

# **REVISTA CEJ**

ISSN 1414-008X  
Ano XXIII  
jan./jun. 2019

Centro de Estudos Judiciários  
do Conselho da Justiça Federal

# **77**

**O compromisso de dinamização da prova civil**

**Livre arbítrio, direitos humanos e Direito Penal: compatibilização em tempos de neurociências**

**A afetação do direito à vida humana saudável provocada pela aviação comercial**

## **CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL**

Ministro João Otávio de Noronha

**Presidente**

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

**Corregedora-Geral da Justiça Federal e  
Diretora do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Desembargador Federal Carlos Eduardo Maul Moreira Alves

Desembargador Federal Reis Friede

Desembargadora Federal Therezinha Astolphi Cazerta

Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus

Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho

**Membros Efetivos**

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior

Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

Desembargador Federal Kassio Nunes Marques

Desembargador Federal Messod Azulay Netoe

Desembargador Federal Nery da Costa Júnior

Desembargador Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle

Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto Neto

**Membros Suplentes**

Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes

**Secretária-Geral**

**REVISTA**  
**CEJ**

**SECRETARIA DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS***Meirielle Viana Pires*

Secretária do Centro de Estudos Judiciários

*Maria Aparecida de Assis Marks*

Diretora da Divisão de Biblioteca e Editoração do CEJ

*Milra de Lucena Machado Amorim*

Chefe da Seção de Editoração – Seedit/CEJ

**Edição***Milra de Lucena Machado Amorim* – Seedit/CEJ*Telma Cristina Ikeda Gondo* – Seedit/CEJ*Kaynara Jaquelin Souza Llamocca* – Seedit/CEJ**Revisão ortográfica***Alexandre Hartmann Monteiro* – Cerevi/CJF*Lucinda Siqueira Chaves* – Cerevi/CJF*Ariane Emílio Kloth* – Cecint/CJF**Diagramação***Helder Marcelo Pereira* – Assistente da Seedit/CEJ**Capa e Ilustrações***Rayanne Marcelle Gomes Durso* – Seedit/CEJ**Abstracts***Ariane Emílio Kloth* – Cecint/CJF**Impressão**

Seção de Serviços Gráficos – SAD/CJF

**ENDEREÇO:**

Centro de Estudos Judiciários

Seção de Editoração do CEJ

Setor de Clubes Esportivo Sul, Trecho 03,

Polo 08, Lote 9 – CEP: 70200-003 – Brasília-DF

**www.cjf.jus.br***E-mail:* revista@cjf.jus.br

As opiniões expressas pelos autores não refletem, necessariamente, a posição do Conselho da Justiça Federal.

Aceitamos permuta.

Piedese canje.

We ask for exchange.

On demande l'échange.

Esta Revista não é comercializada.

**CONSELHO EDITORIAL DO CEJ****Presidente***Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura*

Diretora do Centro de Estudos Judiciários

**Membros***Ministro Og Fernandes*

Superior Tribunal de Justiça

*Ministro Mauro Campbell Marques*

Superior Tribunal de Justiça

*Ministra Regina Helena Costa*

Superior Tribunal de Justiça

*Ministra Maria Isabel Gallotti*

Superior Tribunal de Justiça

*Ministro Cesar Asfor Rocha*

Superior Tribunal de Justiça

*Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva*

Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Porto Alegre-RS

*Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior*

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

*Desembargador Federal Rogério de Meneses Filho Moreira*

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

*Juiza Federal Vânia Cardoso André de Moraes*

Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais

*Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes*

Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais

*Juiz Federal Daniel Marchionatti Barbosa*

Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul

*Juiz Federal Marcelo Costenaro Cavali*

Seção Judiciária do Estado de São Paulo

*Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet*

Pontifícia Universidade Católica-PUC – Porto Alegre-RS

*Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci*

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

*Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Junior*

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Revista CEJ / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. – Ano 1, n. 1 (1997)- . – Brasília, DF : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 1997-  
v. : il. color. ; 30 cm.

Quadrimestral: 1997-2001; 2012-2018. Trimestral: 2002-2011. Semestral: 2019- .

Editada em formato eletrônico a partir de 2008.

Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej>>.

ISSN 1414-008X (Impressa). – ISSN 2179-9857 (Eletrônica).

1. Ciência jurídica, periódico. 2. Justiça Federal. 3. Poder Judiciário. I. Conselho da Justiça Federal (Brasil). Centro de Estudos Judiciários.

CDU 34(05)

# **REVISTA CEJ**

ISSN 1414-008X  
Ano XXIII  
77, jan./jun.

**Centro de Estudos Judiciários  
Conselho da Justiça Federal**

# **77**



**JUSTIÇA FEDERAL**  
Conselho da Justiça Federal  
Centro de Estudos Judiciários

**PARECERISTAS AD HOC**

- ADRIANO CESAR BRAZ CALDEIRA  
Professor Doutor da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- AFONSO MARIA DAS CHAGAS  
Professor Doutor da Universidade Federal de Rondônia
- ALESSANDRO HIRATA  
Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP – SP
- ALEXIS COUTO DE BRITO  
Professor Doutor da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- ANA CLÁUDIA RUY CARDIA  
Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- ANA PAULA KOSAK  
Advogada – PR
- ANDRESSA LOLI BAZO  
Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- ARTHUR ROBERTO CAPELLA GIANNATTASIO  
Professor Doutor da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- CAMILO ZUFELATO  
Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP
- CINIRA GOMES LIMA MELO  
Professora Doutora da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- DANIELA DE MELO CROSARA  
Professora da Universidade Federal de Uberlândia – MG
- DANIEL ALVES PESSOA  
Professor e Mestre na Universidade Federal Rural do Semiárido – RN
- DANIEL ARAÚJO VALENÇA  
Professor Doutor da Universidade Federal Rural do Semiárido – RN
- DANIEL BUSHATSKY  
Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- DARCI GUIMARÃES RIBEIRO  
Professor Doutor da Unisinos – RS
- DARIO ALMEIDA PASSOS DE FREITAS  
Professor da PUC Paraná – PR
- DAVID AUGUSTO FERNANDES  
Professor Doutor da Universidade Federal Fluminense – RJ
- DEILTON RIBEIRO BRASIL  
Professor Doutor da UIT – Itaúna – MG
- DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO  
Professor Doutor da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- EDILENE LÔBO  
Professora Doutora da UIT – Itaúna – MG
- ÉLCIO NACUR REZENDE  
Professor Doutor da Escola Superior Dom Helder – BH
- ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR  
Professor Doutor em Direito da Universidade de Itaúna – MG
- ERIKA CHIOCA FURLAN  
Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- EVERTON LUIZ ZANELLA  
Professor Doutor da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- FLÁVIO QUINAUD PEDRON  
Professor Doutor da PUC Minas – MG
- GABRIEL LUDWIG VENTORIN DOS SANTOS  
Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie – Campinas – SP
- GEISA DE ASSIS RODRIGUES  
Professora Doutora da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA  
Professor Doutor da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
- GUSTAVO SAAD DINIZ  
Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP
- HEITOR VITOR MENDONÇA SICA  
Professor Doutor na Faculdade de Direito da USP
- JAIR APARECIDO CARDOSO  
Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – SP
- JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR  
Professor da Universidade Federal Rural do Semiárido – RN
- JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR  
Professor Doutor Adjunto da PUC Minas – BH
- KEL LÚCIO NASCIMENTO DE SOUZA  
Delegado de Polícia Federal em Brasília – DF
- LUCIANE KLEIN VIEIRA  
Professora Doutora da Unisinos – RS
- MARCELA CUNHA GUIMARÃES  
Professora Doutora da Universidade Federal de Uberlândia – MG
- MARCELO CAETANO GUAZZELLI PERUCHIN  
Professor Doutor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
- MARCIO HENRIQUE PEREIRA PONZILACQUA  
Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP
- MARCO AURÉLIO NOGUEIRA  
Professor Doutor da Universidade Federal de Uberlândia – MG
- MARIA PAULA BERTRAN  
Professora Doutora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP
- MARIA PRISCILA SOARES BERRO  
Professora Doutora da Universidade Federal de Rondônia
- MICHAEL CÉSAR SILVA  
Professor Doutor da Escola Superior Dom Helder Câmara – MG
- ROBERTO DE PAULA  
Professor Doutor da Universidade Federal de Rondônia
- RODRIGO CARNEIRO GOMES  
Delegado de Polícia Federal em Brasília – DF
- RODRIGO GUTMACHER GALVÃO BUENO  
Analista Judiciário no Conselho da Justiça Federal
- ROSEMIRO PEREIRA LEAL  
Professor Doutor da PUC Minas
- RUBENS BEÇAK  
Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP
- TATIANA DE ALMEIDA R. F. CARDOSO  
Professora da Unisinos – RS
- VLADIMIR PASSOS DE FREITAS  
Desembargador Federal aposentado do TRF da 4ª Região – RS
- WILSON ENGELMANN  
Professor Doutor da Unisinos – RS

# SUMÁRIO

Revista CEJ, Ano XXIII, n. 77, jan./jun. 2019

- DIREITO PROCESSUAL CIVIL
- 7** O AMICUS CURIAE E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O PROCESSUALISMO DEMOCRÁTICO  
*Amicus curiae and its contribution to democratic procedure*  
Flávio Quinaud Pedron, Rafael Filipe Fonseca Menezes e Breno Fernandes Souza
- 18** O COMPROMISSO DE DINAMIZAÇÃO DA PROVA CIVIL  
*The commitment to empower civil evidence*  
Cássio Benvenuti de Castro
- 35** A OBJEÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO  
*Objection as a defense mechanism pertaining to the writ of execution*  
Bernardo Silva de Seixas e Gabriela Costa de Oliveira Paiva
- TEORIA DO DIREITO
- 44** LON LUVOIS FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO  
*Lon Luvois Fuller and the internal morality of law*  
Reis Friede
- DIREITO PENAL
- 51** LIVRE ARBÍTRIO, DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL: COMPATIBILIZAÇÃO EM TEMPOS DE NEUROCIÊNCIAS  
*Free will, human rights and criminal law: conformity in times of neurosciences*  
Elisangela Melo Rghelin
- 60** LEGÍTIMA DEFESA E PROPORCIONALIDADE: ASPECTOS CONTROVERTIDOS NO PROJETO DE LEI N. 882/2019  
*Self-defense and proportionality: controversial aspects of bill 882/2019*  
Juliana Gomes Miranda  
Nicole Albuquerque Dino de Castro e Costa
- DIREITO PROCESSUAL PENAL
- 68** UM ESTUDO ACERCA DA SENTENÇA E COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL COMPARADO BRASILEIRO-ALEMÃO  
*A study about sentence and res judicata within the brazilian-german criminal proceedings*  
Kelly Susane Alflen da Silva
- DIREITO AMBIENTAL
- 82** A AFETAÇÃO DO DIREITO À VIDA HUMANA SAUDÁVEL PROVOCADA PELA AVIAÇÃO COMERCIAL  
*The impact caused by commercial aviation on the right to a healthy life*  
David Augusto Fernandes

- DIREITO ADMINISTRATIVO **90** A APLICAÇÃO RESTRITIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ECONOMICIDADE COMO ÓBICE ÀS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS  
*Restrictive application of the constitutional principle of economic efficiency as an obstacle to the sustainable bidding process*  
Seunes José da Silva
- 98** ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE: LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS  
*Accumulation of positions, jobs or public posts within the health sector: constitutional limitations*  
Ingrid Bispo dos Santos
- DIREITO EMPRESARIAL **110** POSSIBILIDADE DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI  
*Possibility of requesting judicial debt restructuring for sole proprietorship with limited liability – Eireli*  
Francisco de Assis Basilio de Moraes, Daniel Franzotti Donadello e Carla Rocha de Andrade
- DIREITO ECONÔMICO **120** BREVE ANÁLISE SOBRE A ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE  
*Brief assessment of the essential facilities doctrine*  
Maria Izabel Gomes Sant’Anna de Araujo
- DIREITOS HUMANOS **134** A CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DOS DIREITOS SOCIAIS  
*The construction of human dignity beginning with social rights*  
Alexandre Nogueira Pereira Neto
- INDICAÇÕES LITERÁRIAS **142** PRECEDENTES: A MUTAÇÃO NO ÔNUS ARGUMENTATIVO  
Por Humberto Theodoro Júnior
- 146** INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: SISTEMATIZAÇÃO, ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DO NOVO INSTITUTO PROCESSUAL  
Por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro



# O *AMICUS CURIAE* E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O PROCESSUALISMO DEMOCRÁTICO

7

## *AMICUS CURIAE AND ITS CONTRIBUTION TO DEMOCRATIC PROCEDURE*

Flávio Quinaud Pedron  
Rafael Filipe Fonseca Menezes  
Breno Fernandes Souza

### **RESUMO**

Assere que vários ordenamentos jurídicos mundo a fora vêm cedendo espaço para uma modalidade de processo cooperativo, no qual todos os sujeitos do processo possam contribuir para o conteúdo decisório.

Demonstram ser o *amicus curiae* um forte colaborador ao processualismo democrático, pois garante maior legitimidade às decisões judiciais.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Processual Civil; *amicus curiae*; processo – cooperativo, democrático; Estado Democrático de Direito.

### **ABSTRACT**

*This paper sustains that several legal systems around the world have been giving way to a type of cooperative procedure, in which all parties to the lawsuit may contribute to the decision content.*

*They consider *amicus curiae* to be a strong contributor to the democratic procedure, since it provides greater legitimacy to legal rulings.*

### **KEYWORDS**

*Civil Procedure Law; *amicus curiae*; procedure – cooperative, democratic; Democratic Rule of Law.*

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo estuda um sujeito processual que, apesar de presente no Direito brasileiro há um tempo, ainda se mostra uma figura desafiadora para os estudiosos do Direito. Já muito estudado no âmbito do Controle de Constitucionalidade, o *amicus curiae* voltou a chamar atenção de alguns juristas devido à inédita previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015, a qual rompeu com a tradição do terceiro no Direito brasileiro e alargou a atuação do instituto, passando a permitir que um terceiro, estranho à lide, possa nela intervir, mesmo se tratando de uma discussão em primeira instância.

Buscando apresentar o cerne dos *amici curiae*, este trabalho, ao se iniciar, realiza uma análise das atuações do instituto nos países onde teve maior exploração, como no Direito inglês, americano e argentino. Em seguida, são traçados os passos desse terceiro nas terras brasileiras, onde, por muitos anos, foi explorado, principalmente nas Ações de Controle de Constitucionalidade, até a promulgação do CPC de 2015, com a qual, como dito, a possibilidade de sua atuação foi consideravelmente alargada.

O *amicus curiae* apresenta-se como um forte colaborador ao processualismo democrático, pois garante maior legitimidade às decisões judiciais, vez que possibilita que todos aqueles que, de alguma forma, serão alvos de determinada decisão judicial possam nela influir, apresentando argumentações e estudos que garantam ao magistrado um conteúdo decisório bem mais robusto.

Nas derradeiras páginas deste estudo, é feita uma análise sobre a colaboração dos *amici curiae* para o novo modelo de processo adotado pelo novo Código, qual seja: um processo participativo/cooperativo. Essa inovadora modalidade caracteriza-se por um processo no qual todos os sujeitos passam a poder atuar de maneira mais ativa, podendo influir concretamente em seu desenrolar, o que possibilita uma maior fiscalização das atuações dos sujeitos processuais, a qual é amplamente reforçada pela intervenção dos *amici*, que certamente será uma pessoa (física ou até mesmo jurídica) com vasto conhecimento acerca da temática em questão.

## 2 OS ATRIBUTOS DOS AMICI CURIAE NO DIREITO COMPARADO

Apesar de explorado no ordenamento jurídico de vários países, a figura do *amicus curiae*, que outrora foi chamada de controversa (MENEZES, 2015, p. 66), desafiadora (IDEM) e enigmática<sup>1</sup>, vem ganhando espaço no Direito brasileiro de maneira cada vez mais perceptível. Isso se deve ao fenômeno de aproximação ou convergência entre *common law*<sup>2</sup> e *civil law*, também denominado “circulação de modelos”, “mixagem” ou “hibridismo processual” (IDEM).

É certo que *nenhum sistema ou tradição pode, na atualidade, ser tratado com o necessário rigor científico tendo como justificativa principal uma maior ou menor atribuição de importância ao precedente ou aos códigos* (IDEM).

No âmbito do Direito brasileiro, que, *a priori*, caracterizava-se pelo *civil law*, hodiernamente, não são poucos os estudiosos que asseguram que estamos vivendo uma evidente perspectiva de valorização de precedentes como instrumentos para resolução de casos, sobretudo aqueles tidos como repetitivos (NUNES; BAHIA, 2015).

A terminologia “*amicus curiae*” advém do latim e é comumente entendida como “amigo da Cúria”, ou “amigo da Corte” (BISCH, 2010, p. 17). Tal expressão, rotineiramente, é utilizada para designar um terceiro, estranho à determinada lide, que nela intervém, mediante requisição ou a pedido do órgão julgador, com o intuito de fornecer informações e pareceres relevantes à elaboração da decisão ou, ainda, um terceiro que ingressa na lide com o propósito de tutelar algum direito de seu interesse que se entenda não satisfatoriamente defendido pela parte (MENEZES, 2015, p. 68).

### 2.1 O AMICUS CURIAE NO DIREITO INGLÊS

Não obstante ser reconhecida a existência de atuações características de *amicus curiae*, como já mencionado, há quem defenda que foi no Direito inglês que esse *terceiro enigmático* apareceu de forma mais sistemática (BUENO, 2012, p. 114; BISCH, 2010, p. 19; MENEZES, 2015, p. 69). No contexto do antigo Direito inglês, a função dos *amici* era a de *apontar e sistematizar, atualizando, eventuais precedentes (cases) e leis (statutes) que se supunham, por qualquer razão, desconhecidos pelos juízes* (BUENO, 2012, p. 114). O *amicus curiae* inglês era responsável pela catalogação de [...] *informações relevantes de precedentes judiciais e statutes, fornecendo serviço considerado verdadeiro guia e fonte de consulta para advogados e juizes saberem se as decisões passadas teriam sido reafirmadas, citadas ou revogadas por outros julgados* (BISCH, 2010, p. 19-20).

Assim, o *amicus curiae* encontrou terreno fértil no Direito inglês, em virtude da natureza eminentemente judicial deste, o qual era caracterizado pelo *adversarial system* – uma espécie de confronto entre dois adversários, responsáveis pela condução do processo e um juiz passivo (MENEZES, 2015, p. 69) na condução do processo.

### 2.2 O AMICUS CURIAE NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Embora já tivesse aparecido de forma sistemática no Direito inglês, foi no Direito americano que o *amicus* adquiriu maior notoriedade (BISCH, 2010, p. 20).

Distintamente do que ocorrera no Direito inglês – m que a intervenção buscava a tutela de direitos eminentemente privados – o *friend of court*, num primeiro momento, buscou a defesa de interesses públicos que, de alguma forma, via-se insuficientemente tutelados (BUENO, 2012, p. 115-116). A intervenção do *friend of court*: [...] *podia ser justificada para que o amicus se manifestasse acerca de qual lei, federal ou estadual, deveria ser aplicada ao caso concreto. Nesse sentido é que se podia afirmar ser um interesse público o que legitimava a intervenção do amicus. E mais do que isso, a necessidade de uma representação adequada desse interesse público mesmo em ações em que os litigantes eram particulares* (IDEM).

A princípio, os argumentos dos *amici* americanos limitavam-se em ser estritamente jurídicos. A partir da chamada *Warren Court*, a Suprema Corte assume um caráter liberal e passa a admitir a intervenção para a apresentação de outros argumentos, não necessariamente de ordem legal, como se vê no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, no qual se fez referência a estudos empíricos, sinalizando que a segregação racial nas escolas propiciaria danos psicológicos às crianças (IDEM, p. 55;

MENEZES, 2015, p. 72).

Entretanto, com o transcorrer do tempo, a jurisprudência norte-americana passou a admitir os chamados “*litigant amici*”, que, diferentemente do *friend of the Court* tradicional, aspiram muito mais à tutela de interesse próprio do que à defesa de interesses públicos (BUENO, 2012, p. 120): *É que a evolução do instituto passou a levar em conta outros interesses não qualificáveis públicos no sentido de “interesses federais”. Bem diferentemente, o instituto passou a cobrir aquelas situações em que se trata de um “interesse” posto em juízo, mas que não está adequada ou suficientemente representado (tutelado) pelas partes envolvidas diretamente no litígio* (IDEM).

Independentemente de quais interesses o *friend of Court* buscava tutelar – sejam eles privados ou públicos – o terreno americano corroborou bastante para a consolidação do instituto. Isso se deve ao *judicial review*, que acentuou e, inclusive, modificou o uso do instrumento processual inerente à democracia americana e às peculiaridades da família de seu *common law* (BISCH, 2010, p. 20-21).

O povo americano viu-se na ânsia de criar um instrumento jurídico apto a informar e convencer o Poder Judiciário das possíveis consequências que suas decisões poderiam provocar, sobretudo aquelas discutidas no controle de constitucionalidade (IDEM, p. 47).

### 2.3 O AMICUS CURIAE NO DIREITO ARGENTINO

Chamado de *amigo del Tribunal*, o instituto foi bastante explorado no Direito argentino (DEL PRÁ, 2008, p. 36) e, assim como no Direito americano, seus primeiros passos foram desprovidos de legislação que o regulamentasse expressamente. Todavia, conforme os ensinamentos de Ekmeekdjian, trazidos por Bueno, o *amicus curiae* argentino ergue-se de maneira implícita no ordenamento jurídico daquele país, sendo inicialmente extraído da interpretação do art. 33 da Constituição Argentina (EKMEEKDJIAN apud BUENO, 2012, p. 136): *Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.*

O caráter consultivo é uma característica notável do *amigo del Tribunal*, pois, consoante Ekmeekdjian: *O amicus curiae é um rol que pode assumir qualquer pessoa, particular ou não, consistente em assistir ao tribunal, de ofício ou a requerimento deste, trazendo-lhe informação, opiniões ou mostrando ao tribunal a existência de alguma razão jurídica que tenha escapado da consideração daquele* (EKMEEKDJIAN apud MENEZES, 2015, p. 81).

***Não é correto interpretar os regramentos processuais sem se pautar nos ditames do modelo constitucional do processo e sem notar que o processo não se limita à produção numérica de resultados em face da profusão de casos à espera de julgamento.***

A frequente utilização do *amigo del Tribunal* despertou o interesse do legislador argentino (RAZABONI, 2009, p. 38) em regulamentar o instituto (MENEZES, 2015, p. 82-83). Dessa forma, em 1995, o *amigo del Tribunal* recebeu sua primeira previsão expressa, no art. 7º da Lei n. 24.488/95, dispositivo que previa a possibilidade de intervenção do *Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto*, na qualidade de *amicus curiae*, nas ações promovidas em face de Estados estrangeiros (DEL PRÁ, 2008, p. 36-37).

A partir de então, a boa aceitação do *amicus* no Direito argentino fez com que o legislador daquele país se propusesse a editar vários projetos legislativos que regulamentasse o instituto, fazendo com que ele se tornasse cada vez mais explorado naquele país.

A atuação do *amicus curiae* em solo argentino merece destaque diante de outros países, porque, enquanto, em alguns países, a função principal do instituto era a de auxiliar o órgão julgador na busca da verdade, na Argentina, ele desenvolveu atribuição primordial à democratização do processo, na medida em que permitiu a intervenção de organizações e entidades, não apenas com o intuito de privilegiar o tribunal, mas, sobretudo, concretizar o direito de participação democrática (RAZABONI, 2009, p. 39).

### 3 O AMICUS CURIAE NO DIREITO BRASILEIRO

Antes da promulgação do atual

Código de Processo Civil, não havia no direito brasileiro, nenhuma referência legislativa expressa à figura do *amicus curiae* (BUENO, 2012, p. 144). Todavia, a doutrina é pacífica ao reconhecer que, antes mesmo da publicação do CPC de 2015, algumas leis, bem como os tribunais brasileiros<sup>3</sup>, já legitimavam a intervenção de terceiros com perfis típicos de *amicus curiae*.

A Lei n. 6.616/78, que, alterando o art. 31<sup>4</sup> da Lei n. 6.385/76, confe-

riu à Comissão de Valores Mobiliários o direito de, após a intimação judicial, manifestar-se em todos os processos cuja matéria esteja no rol de sua competência; a Lei n. 8.884/94, que determinava, antes da revogação de seu art. 89<sup>5</sup> pela Lei n. 12.529/11, ativa participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em processos cujo litígio fosse a própria aplicação dos seus dispositivos legais; a Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e OAB) está no mesmo sentido, ao dispor, em seu art. 49<sup>6</sup>, sobre a possibilidade de os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB intervirem em processos com participação de inscritos na OAB; por fim, a Lei n. 9.469/97, que também possibilita a intervenção de terceiros, em seu art. 5º, parágrafo único<sup>7</sup>, ao dispor que pessoas jurídicas de direito público podem intervir em processos cuja decisão possa gerar efeitos/reflexos (diretos e/ou indiretos) de natureza financeiro-econômica (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 1196).

Não obstante as previsões mencionadas, há quem diga que a participação do *amicus curiae* está presente no Direito brasileiro desde os tempos do Império, por conta do Decreto n. 2.684 de 1875, que conferiu ao Supremo Tribunal de Justiça a competência para tomar assentos para *intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem divergentes havidos no mesmo Tribunal*,

*Relações e Juízos de primeira instância, nas causas que cabem na sua alçada* (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 409).

Para Didier Jr. e Souza: O § 2º do art. 6º do referido Decreto nomeou (em lista numerus clausus) o Instituto da Ordem dos Advogados, os Tribunais do Comércio e os “jurisconsultos de melhor nota” como eventuais amici curiae do STJ, nos procedimentos de tomada de assentos sobre a interpretação de leis de relevante conteúdo. A atuação destas instituições pode ser enquadrada como intervenção de amici curiae: destinada a auxiliar o juízo no conhecimento das repercussões de suas decisões e na consideração dos melhores argumentos possíveis de interferir em seu julgamento, por meio de opiniões qualificadas ou presumivelmente qualificadas. A redação do § 2º do art. 6º não deixa margem a outra conclusão: possivelmente, é a primeira previsão de amici curiae no direito brasileiro – e não a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários, imposta pelo art. 31 da Lei 6.385/1976. A notícia de uma disposição normativa como a referida implica revisar em um século a informação difundida na doutrina processualista acerca de qual teria sido a primeira previsão de intervenção de amicus curiae no direito brasileiro (IDEM, p. 413-414).

**[...] essa participação promove a fiscalização dos atos dos sujeitos processuais, vez que permite uma blindagem às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes, conduzindo a uma maior qualidade nas decisões.**

10

Deveras, a possibilidade de um terceiro manifestar-se num processo do qual não é parte há muito vinha sendo comum no Direito brasileiro, a exemplo das intervenções de terceiros previstas no processo civil. No entanto, a utilização e destaque do *amicus curiae* brasileiro expandiu-se com sua previsão nos procedimentos de Controle de Constitucionalidade – especialmente nas Leis n. 9.868/99 e n. 9882/99, as quais se tornaram um marco na jurisdição brasileira, tanto na busca da legitimidade das decisões brasileiras, como pelas diversas indagações que a intervenção possibilita (MENEZES, 2015, p. 88).

É importante salientar que tais leis foram formuladas sob grande influência do pensamento do jurista alemão Peter Häberle, grande inspirador<sup>8</sup> do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, principal idealizador de tais legislações (BISCH, 2010, p. 104). O pensamento central de Häberle encontra-se: [...] *na visão de que o processo de interpretação constitucional vincula, ao menos potencialmente, todos os órgãos estatais, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da constituição. Enfim, para Häberle, “[...] os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. Nessa perspectiva, o autor sugere como participantes do processo constitucional, além do requerente e requerido, outros participantes com direito de manifestação ou integração à lide, como pareceristas ou experts, peritos e representantes de interesses, associações, partidos políticos, grupos de pressão organizados, etc. [...] Segundo o autor, com a abertura das portas do Judiciário aos mais diver-*

*sos segmentos da sociedade, proporcionando maior reflexão sobre leis que provocam acentuadas controvérsias, “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”* (IDEM, p. 104-105).

Demonstrando, de fato, as ideias de Häberle, o § 2º do art. 7 da Lei n. 9.868/99 e os §§ 1º e 2º e *caput*<sup>10</sup> do art. 6 da Lei n. 9.882/99 inovaram o procedimento do Controle de Constitucionalidade brasileiro, relativizando a proibição de intervenção de terceiros, passando: [...] *a permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (adequacy of representation), possa, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, tendo, porém, o Supremo Tribunal Federal relativizado essa irrecorribilidade, autorizando a possibilidade de recurso pelo amicus curiae da decisão que haja denegado seu pedido de admissão no processo* (MORAES, 2016, p. 1172).

Para Mendes e Branco (2012, p. 1001), a possibilidade de intervenção do “Amigo da Cúria” no processo de controle de constitucionalidade constitui inovação significativa que confere caráter pluralista e democrático ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

Na mesma toada, Binenbojm (2004, p. 3) assevera que a possibilidade de intervenção de terceiros exsurge no contexto de abertura da interpretação constitucional no país, possibilitando que quaisquer indivíduos e grupos sociais participem ativamente das decisões do Supremo Tribunal Federal. O propósito dessa abertura: [...] *é claramente o de pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento [...] dos elementos informativos e das razões constitucionais daquelas que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou indiretos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade.*

O Supremo Tribunal Federal chama-nos atenção para a necessidade de distinguir-se o *amicus curiae* quando se concernir de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, bem como quando se tratar de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Diante das primeiras ações, há apenas a previsão de participação de órgãos ou entidades, portanto, não é admitida a intervenção voluntária de pessoas físicas, a não ser que haja requisição do órgão julgador. De forma distinta, a lei que regulamenta a ADPF prevê um rol mais extenso de legitimados para intervirem como *amicus curiae*, na medida em que permite a manifestação de todos aqueles interessados na questão (BISCH, 2010, p. 109).

Embora o *amicus curiae* tenha adquirido destaque no Controle Concentrado, é de extrema importância a sua previsão no Controle Difuso (também chamado Incidental), principalmente após o CPC de 2015 e a sistemática de processamento dos Recursos Extraordinários repetitivos (IDEM, p. 113). Não poderia de outra forma ser, pois, conforme demonstrado, o sistema jurídico americano, que dispõe apenas de um sistema de Controle Difuso de Constitucionalidade, foi terreno fértil para o

desenvolvimento dos *amici*. Sendo assim, não haveria lógica vedar a atuação do instituto na modalidade difusa (MATTOS, 2011, p. 201). Segundo afirma Bueno: [...] a Lei 9.868/99 transportou para o controle difuso e concreto da constitucionalidade os mesmos princípios que, de acordo com o art. 7º, § 2º, daquele diploma legal, presidem a atuação do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e [...] também nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se, pois, de mais uma hipótese em que, expressamente, o direito positivo brasileiro consagrou a figura do *amicus curiae* [...] (BUENO, 2012, p. 202).

Nota-se que o instituto vinha ganhando espaço a passos largos no ordenamento brasileiro, até receber previsão expressa com a nomenclatura de *amicus curiae* no Código de Processo Civil de 2015. Essa previsão inédita<sup>11</sup> confere grande ampliação ao instituto, ultrapassando os limites do controle de constitucionalidade e passando a poder atuar em qualquer processo, ainda que em sede de jurisdição de primeiro grau (BAHIA, 2013, p. 175). Nesse sentido, percebe-se que, no novo CPC, houve uma nítida generalização da intervenção do *amicus curiae* (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 523).

#### 4 O PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Percebe-se, já há algum tempo, em especial por força do movimento de constitucionalização dos direitos, que o Direito processual se despreendeu da restrita preocupação com os institutos e procedimentos a serem observados (NUNES, 2011, p. 39) e passou a adotar uma visão panorâmica do ordenamento jurídico na qual a materialização do Direito se volta especialmente ao texto constitucional.

Não é correto interpretar os regramentos processuais sem se pautar nos ditames do modelo constitucional do processo e sem notar que o processo não se limita à produção numérica de resultados em face da profusão de casos à espera de julgamento. Deve-se almejar uma aplicação do Direito que garanta uma percepção dinâmica das normas constitucionais, de modo a permitir uma

participação dos interessados e, conseqüentemente, atingir maior legitimidade em todas as decisões proferidas (IDEM).

O modelo constitucional do processo, de acordo com os ensinamentos de Cattoni de Oliveira, pode ser entendido como a garantia de participação e condições procedimentais idôneas que viabilizam a geração legítima do provimento jurisdicional. Referidas condições dizem respeito à garantia fundamental da legitimidade democrática da atividade jurisdicional, pela existência de um espaço procedimental argumentativo vocacionado à garantia de participação de todos os interessados na reconstrução discursiva das questões fáticas e na individualização e adequabilidade das normas jurídicas a serem aplicadas no caso concreto, reconstruído a partir do contraditório (MENEZES, 2015, p. 59-60).

A busca pela aplicação do Direito mediante um processo constitucional democrático deve-se às transformações ocorridas mundo afora, sobretudo as duas grandes Guerras Mundiais. A partir desses acontecimentos, começa-se a buscar a materialização dos direitos fundamentais, os quais, outrora relegados a simples textos positivados, passaram a pressuposto e objetivo primordial de todo Estado que se pretenda democrático (IDEM, p. 22).

Diferente não foi no Brasil, onde a Constituição de 1988, rompendo com um longo período ditatorial e iniciando um Estado Democrático de Direito, criou uma nova fase metodológica do estudo do Direito, sobretudo o Direito Processual (IDEM, p. 23).

Diante da ineficiência dos poderes Executivo e Legislativo em materializar os direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988, o processo, que fora idealizado para o dimensionamento de conflitos privados e individuais (NUNES, 2011, p. 39), deixa de ser apenas um mecanismo judicial no qual dois litigantes discutem a tutela de um direito visceralmente ligado ao patrimônio, e passa a ser, além disso, um meio pelo qual se busca a concretização de direitos fundamentais direcionados a uma classe ou a uma diversidade de pessoas.

Mesmo com os avanços realizados, o Código de Processo Civil de 1973 não conseguiu alcançar o grau de complexi-

dade desses novos perfis de litigiosidade que caracterizam o processo civil contemporâneo, a exemplo da litigiosidade repetitiva e serial e da litigância de interesse público (MENEZES, 2015, p. 23).

Isso compeliu o legislador brasileiro a realizar diversas reformas no antigo CPC; no entanto, apesar dos esforços, as iniciativas mostraram-se insuficientes para alcançar os desideratos propostos.

No ano de 2009, foi convocada uma comissão de notáveis juristas para a criação do anteprojeto de um novo Código de Processo Civil, codificação maturada e discutida até o final do ano de 2015, quando, então, foi submetido à sanção presidencial, vindo a ser promulgado em 16 de março de 2015 e cuja vigência teve início em 18 de março de 2016.

A nova codificação almeja romper com o paradigma da prevalência dos interesses particulares – não só das partes, mas também do magistrado –, como ocorrera nos modelos tradicionais de organização do processo (modelo adversarial/dispositivo e o modelo inquisitorial/inquisitivo<sup>12</sup>), e consubstancializar um modelo processual participativo/cooperativo.

#### 4.1 A COMPARTICIPAÇÃO ADOTADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O CPC de 1973 induzia a um modelo de processo no qual o juiz se preocupava com a “otimização numérica” de suas decisões e, por sua vez, as partes agiam “no âmbito de uma litigância estratégica”, preocupando-se apenas em obter sucesso na lide (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 20). Nesse modelo, havia abertura para atuações egoístas dos envolvidos no processo, os quais almejavam, na maioria das vezes, apenas a satisfação de seus interesses, não se preocupando com a construção de um conteúdo decisório legítimo.

Theodoro Jr. et al. defendem que tal *patologia de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, deve ofertar* (IDEM). Partindo dessa premissa, os mesmos autores destacam a necessidade de uma *base normativa que induza um comportamento de diálogo genuíno*

no qual estes comportamentos não cooperativos sejam *mitigados* (IDEM).

Nesse seguimento, o Código de Processo Civil de 2015 surge preocupando-se com uma visão inovadora do contraditório que não mais se limita a uma simples bilateralidade de audiência, mas confere aos litigantes o direito de participar de maneira efetiva na formação do provimento judicial. O processo torna-se um *locus* da cooperação de todos os sujeitos processuais (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 26).

Nos moldes do recém-promulgado Código de Processo Civil Português<sup>13</sup>, a nossa codificação aposta no Princípio da Cooperação (art. 6)<sup>14</sup>, corolário do Princípio da Boa-Fé Objetiva e do Princípio Moderno do Contraditório, que não mais se limita à garantia de audiência bilateral das partes, mas tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir de maneira concreta no conteúdo decisório (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 81). Trata-se de: [...] *uma proposta que leva a sério o policentrismo processual e suas repercussões para o sistema jurídico, forjando uma teoria normativa (não axiológica) de deveres contrafáticos a induzirem um comportamento cooperativo dos sujeitos processuais, mediante deveres de consulta, esclarecimento, auxílio, correção, coerência, integridade, consideração em busca de um diálogo genuíno no âmbito processual e de respeito à participação dos sujeitos processuais num ambiente de boa-fé normativamente controlada* (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 89).

Além do fortalecimento do conteúdo decisório, essa participação promove a fiscalização dos atos dos sujeitos processuais, vez que permite uma *blindagem às atividades equivocadas das partes, advogados e juizes* (NUNES, 2011, p. 39), conduzindo a uma maior qualidade nas decisões. Essa cooperação é um esforço necessário, empreendido pelos sujeitos processuais, para evitar imperfeições e comportamentos indesejáveis que possam macular a marcha do processo e comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 154).

### **[...] uma das características fundamentais do *amicus curiae* é a de pluralizar o debate processual, defendendo interesses (inclusive daqueles que não possuem legitimidade para intervir no processo) [...]**

O CPC de 2015 apresenta-nos uma gama de comandos que fomentam essa comparticipação, a exemplo da exigência da boa-fé processual, da fundamentação estruturada das decisões, da coerência, da integridade, do formalismo democrático (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 92) e da inédita previsão expressa do *amicus curiae*, a qual, se bem tematizada, contribuirá em muito para a realização dos desideratos propostos pela comparticipação, vez que a *cooperação otimiza o funcionamento processual na medida que cria ferramentas de fiscalidade para o comportamento de todos os sujeitos e [...] induz que o processo ofereça o máximo aproveitamento de sua atividade* (IDEM). A intervenção do *amicus*

*curiae*, que se justifica pelo suporte técnico que esse terceiro pode oferecer ao magistrado, incontestavelmente estará contribuindo ao debate processual.

Nesse sentido, uma das características fundamentais do *amicus curiae* é a de pluralizar o debate processual, defendendo interesses (inclusive daqueles que não possuem legitimidade para intervir no processo) que, de algum modo, podem vir a ser atingidos pela decisão. Isso, sem dúvidas, possibilita a prolação de uma decisão com maior grau de legitimidade e mais próxima do padrão decisório almejado.

#### **4.2 A PREVISÃO NORMATIVA DO *AMICUS CURIAE* NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Como já aventado, a Lei n. 13.105/2015 instituiu o novo Código de Processo Civil e, dentre suas inúmeras modificações, foi inovadora ao prever, pela primeira vez, no Direito brasileiro, o instituto do *amicus curiae* com tal nomenclatura. Nesse sentido, Didier Jr. informa que a previsão é um verdadeiro marco na processualística pátria, por ser concreta e específica referência, em Código Civil brasileiro, do tema *amicus curiae*, em função deste, até então, ter previsão menos direta e esparsa (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 1199).

É indubitável que tal previsão em muito contribui para o processo cumprir seu real papel no Estado Democrático de Direito. Nesse modelo de Estado, faz-se imprescindível uma verdadeira participação daqueles que estarão sujeitos à coisa julgada (de modo a cumprir com a proibição de decisões de surpresa) e, também, daqueles que podem cooperar para o julgamento do modo mais propínquo possível do ordenamento jurídico-constitucional. Conforme Caputo: [...] *àqueles que estarão sujeitos aos efeitos da coisa julgada há de se assegurar não só uma formal participação, mas uma efetiva participação, contraditória e ampla, não só de uns (litigantes, no tradicional processo de partes; e legitimados e instituições amigas ou colaboradoras no processo objetivo ou coletivo) com relação aos outros, mas de uns e outros também junto ao Estado-juiz, a fim de isonomicamente terem oportunidade de influir no livre convencimento motivado deste* (CAPUTO, 2015, p. 200).

Se outrora o instituto basicamente era explorado no controle de constitucionalidade e no julgamento da repercussão geral, com a previsão do art. 138 do CPC de 2015, o instituto pode ser explorado até mesmo nos juízos de primeira instância (IDEM; BAHIA, 2013, p. 175).

Visando impedir a banalização desse tipo de intervenção, o CPC 2015, sabiamente, apresenta alguns requisitos que devem ser observados para a admissão, quais sejam: a) relevância da matéria discutida; b) especificação do objeto da demanda; c) controvérsia com repercussão social. Estando presente um desses requisitos, o magistrado poderá requisitar ou admitir, por decisão irrecorrível, a intervenção do *amicus curiae*.

A participação do *amicus curiae* justifica-se, sobretudo, pela sua aptidão em fornecer ao órgão julgador informações, dados e pareceres, pertinentes ao objeto do debate processual e relevantes para o bom julgamento da causa. Deve ocorrer, especialmente, naquelas demandas que exigem decisões complexas, sobre as quais o juiz não tenha domínio, e, ainda, quando houver algum tipo de carência nas argumentações ventiladas pelas partes<sup>15</sup>.

Ressalta-se que a conveniência ou não da intervenção fica a critério do magistrado, devendo ele expor as razões de fato e de Direito que o levou a decidir, em cumprimento da exigência das fundamentações das decisões judiciais, conforme o art. 11, *caput*<sup>16</sup>, do CPC de 2015.

Não obstante a nomenclatura utilizada tenha recebido ampla aceitação pela doutrina brasileira, ela foi alvo de fundada crítica tecida por Alvim (2015, p. 314), segundo o qual o CPC de 2015: [...] dá um mau exemplo no uso da expressão latina *amicus curiae*, em vez da portuguesa, “amigo da corte”, descumprindo o preceito por ele próprio insculpido no art. 192, *caput*, dispondo que, em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa; porque no pedido do *amicus curiae*, a expressão a ser usada no processo será mesmo a latina [...] Se o próprio código não prestigia a língua portuguesa, na transmutação de institutos alienígenas, como o *amicus curiae*, para a ordem interna, perde toda a autoridade para exigir que os partícipes do processo a respeitem na prática de atos processuais. Não é por que alhures o instituto se chama *amicus curiae*, que deva, também no Brasil, ser assim chamado, em rota de colisão com o princípio do respeito à língua nacional, consagrado pelo ordenamento processual.

Em que pese o instituto estar previsto no Título III do Código, o qual trata das Intervenções de Terceiro, muito se tem discutido acerca de sua natureza jurídica. Há quem entenda que se trata de uma modalidade de intervenção de terceiros<sup>17</sup>; outros asseguram que o *amigo da Corte* nada mais é que um auxiliar do juízo<sup>18</sup>. O embate também se encontra no âmbito jurisprudencial, todavia, em recente julgado, o STF entendeu que o *amigo da Corte* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento<sup>19</sup>.

O *amicus curiae* deve atuar de acordo com os limites fixados pelo magistrado quando da sua permissão. Não há que se falar em deslocamento de competência quando for admitido, pois não se trata de uma parte do processo (MENDES; SILVA; ALMEIDA, 2017, p. 101). Por ser um co-

laborador do juízo, está dispensado de custas, despesas e honorários pessoais, contudo, nada impede que seja condenado por litigância de má-fé (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 419), nos termos do art. 79 do CPC de 2015<sup>20</sup>.

No que tange à capacidade postulatória do *amicus curiae*, em algumas ocasiões, é necessário que esteja acompanhado por advogado, como nos casos de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, interposição de Embargos de Declaração, sustentação oral, bem como recurso em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Todavia, quando o *amicus curiae* apenas se pronunciar nos autos, dispensa-se tal exigência, pois não seria proveitoso exigir a capacidade postulatória ao interventor quando este apenas for ouvido na demanda, sobretudo quando se tratar de pessoa natural, como um cientista ou professor (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 523).

### ***A participação do amicus curiae justifica-se, sobretudo, pela sua aptidão em fornecer ao órgão julgador informações, dados e pareceres, pertinentes ao objeto do debate processual e relevantes para o bom julgamento da causa.***

Sendo rigoroso com a estrutura do nosso CPC, se a atuação do *amicus curiae* é tratada na codificação como “Intervenção de Terceiro”, ao intervir no processo, o terceiro torna-se parte<sup>21</sup>. Mas há algumas ressalvas, pois não lhe é aplicada, por exemplo, a suspeição ou impedimento; só há possibilidade de recurso quando se tratar de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Embargos de Declaração; seus poderes são delimitados pelo magistrado.

A previsão da intervenção do *amicus curiae* também aparece no Capítulo III – “Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”, cujo art. 948, § 1<sup>o</sup><sup>22</sup>, em franca semelhança com o procedimento da legislação anterior (§§ 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> do art. 482 do CPC de 1973), prevê a possibilidade de manifestação das pessoas jurídicas de Direito público que sejam responsáveis pela edição do ato questionado, bem como a manifestação de outros órgãos e entidades, nos casos de relevância da matéria (§ 3<sup>o</sup>).

A intervenção do *amicus curiae* também está prevista na Seção II, Subseção I

– Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, na qual, dentre as disposições gerais aplicáveis à repercussão geral, da mesma forma que o atual art. 543 do CPC de 1973, o § 4<sup>o</sup> do art. 1035 prevê a possibilidade de o relator admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, na Subseção II – Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo os artigos em comento, observados o disposto no RISTF e no RISTJ (art. 1.036 NCPC). Para tanto, o presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça selecionará dois ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados

para o STF ou STJ para fins de afetação, determinando a suspensão dos processos pendentes (art. 1.036, § 1<sup>o</sup>, NCPC). O relator em tribunal superior também poderá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito (art. 1.036, § 5<sup>o</sup>, NCPC), desde que, assim como os recursos selecionados pelos tribunais inferiores, sejam admissíveis e contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, § 6<sup>o</sup>, NCPC). Nesse novo procedimento dos recursos repetitivos, de forma semelhante à abertura possibilitada pelos arts. 543-A, § 6<sup>o</sup>, e 543-C, §§ 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup>, do CPC de 1973, o relator poderá, de acordo com o art. 1.038 do NCPC, I) solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II) fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; III) requisitar infor-

mações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia, no prazo de quinze dias (art. 1.038, III, § 1º) (IDEM).

Dentre as diversas novidades do novo CPC, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas também traz a previsão normativa da intervenção do *amicus curiae*<sup>25</sup>. O Incidente desponta como uma das grandes apostas do novo CPC, na medida em que, conforme observado por Bahia, tenta buscar respostas adequadas à diversidade de litigiosidades que compõe o atual cenário brasileiro, como a repetitiva e a *litigância de interesse público*<sup>24</sup> (BAHIA, 2012, p. 280).

Seguindo a tendência de padronização decisória que caracteriza o Direito brasileiro nos últimos anos, o Incidente confere ao Judiciário a possibilidade de paralisar grande número de casos que se caracterizam por uma questão de direito análoga<sup>25</sup>. Com o novo instituto, os casos em questão poderão ter o mérito resolvido a partir de uma estruturação procedimental orientada ao julgamento único da controvérsia que caracteriza todos os feitos, sendo que a decisão do Incidente resolverá o mérito de cada processo paralisado.

O art. 983 disciplina que *o relator ouvirá as partes e os interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida*, podendo também designar data para ouvir, em audiência pública, depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

14

***O amicus curiae deve atuar de acordo com os limites fixados pelo magistrado [...] Por ser um colaborador do juízo, está dispensado de custas, despesas e honorários pessoais, contudo, nada impede que seja condenado por litigância de má-fé [...]***

O que releva destacar é que, na sessão de julgamento do Incidente, feita a exposição do objeto pelo relator, *o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões* (art. 984, II, a), o mesmo prazo sendo conferido aos demais interessados e a ser dividido entre todos (art. 984, II, b), podendo, a critério do julgador, ocorrer sua ampliação quando houver muitos interessados (art. 984, II, § 1º)<sup>26</sup>.

Por fim, o *amicus curiae* também tem legitimidade para ajuizamento de ação rescisória (art. 967, IV), nos casos em que a intimação para sua intervenção for obrigatória e, porventura, não ter sido realizada<sup>27</sup>.

A previsão normativa do *amicus curiae* no novo CPC, dessa forma, potencializará as possibilidades de intervenção, na medida em que estas serão possíveis desde a primeira instância, de modo a contribuir durante toda a fase instrutória do processo, bem como efetivar um modelo bifásico de cognição que possa dar a devida importância a todos os argumentos apresentados pelos sujeitos processuais e discutidos nos autos.

O *amicus curiae* certamente será um especialista so-

bre a questão discutida, ou uma pessoa (física ou jurídica) que tem a real visão sobre as consequências daquela decisão. Desta feita, sua intervenção favorece a redução de interposição de recursos, pois, quando a decisão é proferida com o aprofundamento do debate sustentado nos subsídios trazidos por especialistas na temática discutida, em atendimento ao contraditório dinâmico, à fundamentação analítica das decisões e à concretização de uma efetiva comunidade argumentativa de trabalho entre os sujeitos processuais, destinatários da decisão, as chances de haver pontos que, por algum motivo, ensejariam um eventual recurso são amplamente restringidas.

Trata-se de um autêntico colaborador para a legitimidade decisória, pressuposto indissociável do processualismo constitucional democrático de matriz cooperativa/comparticipativa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 surge em momento no qual o Poder Judiciário se encontrava com grandes complicações em apresentar uma resposta legítima aos velhos problemas da morosidade, do ativismo judicial e *deficit* democrático das decisões jurisdicionais. Esse fenômeno resultou da constante ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo em assegurar aos cidadãos os direitos e as garantias fundamentais, que, apesar de previstos na Constituição Federal, ainda não foram concretizados em sua plenitude.

Após a promulgação da Constituição de 1988, que viabilizou, pelo direito de ação e inafastabilidade do Poder Judiciário, a utilização deste para a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, especialmente com os fundamentos do “Acesso à Justiça” e do “Devido Processo Legal”, as pessoas passaram a enxergar, no Judiciário, uma forma de concretização de direitos fundamentais não adimplidos. A partir disso, surge, no Brasil, um novo contexto no qual os tribunais, abarrotados e imersos em inúmeros problemas, apresentam-se incapazes de dimensionar tais questões e operacionalizar suas funções em perspectiva constitucionalmente adequada.

Diante dessa dificuldade, o CPC de 2015 surge buscando promover uma justiça ágil e efetiva. Para isso, realça a aproximação do processo brasileiro ao *common law*, ao buscar a estabilização da jurisprudência, mediante o delineamento de um sistema de precedentes e adoção de procedimentos de uniformização decisória.

Em um sistema que atribui cada vez mais importância às decisões judiciais e julga diversas causas com base numa tese jurídica, é imprescindível que estas sejam edificadas tendo como base o máximo cuidado, consubstanciado na abertura cognitiva dos juízes e tribunais ao contributo de terceiros interessados, viabilizando um amplo espaço argumentativo entre todos os interessados na decisão, sobretudo os *experts* na temática em discussão.

Diante desse contexto, o *amicus curiae* torna-se um formidável colaborador para a efetividade e legitimidade decisória, caso sua intervenção seja entendida de modo constitucionalmente adequado e a partir de uma compreensão sistêmica do novo Código de Processo Civil, a partir da importância e aplicabilidade de suas normas fundamentais.

## NOTAS

- 1 Assim chamado por Cássio Scarpinella Bueno (2012).
- 2 Merece destaque a afirmação de Bisch (2010, p. 21): *a figura do amicus curiae é fruto das peculiaridades da família jurídica do common law e fruto, também, da natureza do judicial review.*
- 3 Como exemplo, podemos citar o seguinte acórdão: *PROCESSUAL CIVIL – DEFERIMENTO DE INGRESSO DE SINDICATO COMO AMICUS CURIAE – RELEVÂNCIA DA MATÉRIA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES.* Esta Corte tem reiteradamente aceito o ingresso do amicus curiae nos feitos em que haja relevância da matéria como o presente, no qual se discute a incidência de PIS e COFINS sobre o faturamento das empresas locadoras de mão-de-obra. *Agravo regimental improvido.* (STJ – AgRg nos REsp: 827194 SC 2008/0265499-4, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 09/09/2009, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJe 18/09/2009). (BRASIL, 2017)
- 4 Art. 31. *Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.*
- 5 Art. 89. *Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.*
- 6 Art. 49. *Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.*  
*Parágrafo único.* *As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indicados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.*
- 7 Art. 5º *A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.*  
*Parágrafo único.* *As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”*
- 8 Bisch anota que Carlos Del Prá expõe que a grande influência do alemão Peter Häberle sobre o conteúdo das leis de autoria de Gilmar Mendes se mede pelo fato de que os projetos de leis foram apresentados em 1997, coincidentemente no mesmo ano em que o atual Ministro do STF traduzira a obra de Peter Häberle (DEL PRÁ apud BISCH, 2010, p. 104).
- 9 Art. 7º *Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.*  
[...]  
§ 2º *O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.*
- 10 Art. 6º *Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.*  
§ 1º *Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*  
§ 2º *Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.*
- 11 Apesar de já ter sido prevista a possibilidade de intervenção de terceiros em várias leis, cuja vigência se iniciou antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, esse último diploma legal foi inovador ao prever, pela primeira vez, a intervenção com a nomenclatura amicus curiae.
- 12 Fredie Didier, em seu *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, como o próprio título da obra já aduz, trata dos três modelos de Direito processual. Na obra, o autor assevera que: *Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo* (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 208).
- 13 É notório que a recente codificação portuguesa (promulgada em 2013) adota o Princípio da cooperação, em seu art. 7º, ao dizer 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.*
- 14 Art. 6º do CPC 2015: *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*
- 15 Nesse sentido está um recente julgado do Supremo Tribunal Federal, assim ementado: *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. FPM. PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE INDEFERIDO. ASSOCIAÇÕES ESTADUAIS E FEDERAÇÕES DE MUNICÍPIOS. AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE E CONTRIBUIÇÃO ESPECÍFICA. 1. A interação dialógica entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito. 2. Conforme o art. 138 do CPC/15, os critérios para admissão de entidades como amicus curiae são a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, assim como a representatividade adequada do pretendente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 705423 AgR-segundo, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-024 DIVULG 07-02-2017 PUBLIC 08-02-2017). (BRASIL, 2017)*
- 16 Art. 11. *Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.*
- 17 Por exemplo, Caetano, em *Novo CPC: doutrina selecionada*, aduz que: [...] *pode-se asseverar ser o amicus curiae entendido como espécie de terceiro interventor, cujo ingresso processual poderá ser solicitado pelo próprio interessado, por qualquer dos litigantes e de ofício pelo julgador, afim de levar ao processo dados com repercussão processual maior (institucional, metaindividual, difuso e coletivo).* (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 1.199)
- 18 Theodoro Júnior (2017, p. 412) é um defensor dessa tese, afirmando que: *Nossa opinião é de que o amicus curiae, tal como conceituado pelo novo CPC, é um auxiliar especial do juiz, a quem cabe fornecer informações técnicas reputadas relevantes para o julgamento. Não se confunde, entretanto, com aqueles auxiliares que habitualmente participam do processo, tais como o escrivão, o perito, o tradutor, o curador, o custos legis etc. pois chega até a dispor do direito de recorrer em alguns casos. Sua interferência é, pois, típica e particularíssima, seja pelas condições em que se dá, seja pelo objetivo visado; na mesma toada são as palavras de Caputo (2015, p. 200): O participante informativo deve auxiliar, ser amigo da Corte, do Juízo, e não das partes. [...] seja lá quem for, e ainda que, em situações ordinárias, tenha foro diferenciado, a vinda do auxiliar a juízo não altera a competência...*
- 19 **EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AMICUS CURIAE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO NÃO APRECIADO ANTES DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NATUREZA INSTRUTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO DE AMICUS CURIAE, CUJA EVENTUAL DISPENSA NÃO ACARRETA PREJUÍZO AO POSTULANTE, NEM LHE DÁ DIREITO A RECURSO. 1. O amicus curiae é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de amicus curiae no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente, um direito subjetivo processual do interessado. 2. A participação do amicus curiae em ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator. A decisão que recusa pedido de habilitação de amicus curiae não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, circunstância por si só suficiente para justificar**

- a jurisprudência do Tribunal, que nega legitimidade recursal ao preterido. 3. Embargos de declaração não conhecidos. (ADI 3460-ED, rel. min. Teori Zavascki, Plenário, Dje de 11.03.2015). (BRASIL, 2015b).
- 20 Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.
- 21 Apesar de isso ser alvo de grande descontentamento doutrinário, se observarmos a estruturação do Código de Processo Civil, notaremos que se trata de uma assertiva verídica (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 526-527).
- 22 Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.
- Art. 949. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.
- Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, se assim o requerem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.
- § 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. § 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.
- § 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.
- 23 Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
- I – efetiva repetição de processos que contêm controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.
- [...]
- Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.
- § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiên-

cia e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

- 24 Nunes (2011, p. 51) observa que não se pode ainda olvidar que a 'litigiosidade de alta intensidade' (coletiva e serial) merece tratamento dogmático próprio. Quando se percebe, na atualidade, que não lidamos somente com processos bipolares (um autor – um réu) acerca de pretensões patrimoniais, mas com processos multifacetados (envolvendo a litigância de interesse público – questões fundiárias, consumidor, saúde, minorias, meio ambiente, entre outras temáticas) com vários atores sociais, percebemos a necessidade de ampliar o enfoque de análise.
- 25 Nunes e Patrus explicam que, como é sabido, a referência estrangeira na qual se baseia o CPC projetado de um incidente de resolução de demandas repetitivas é o procedimento-modelo alemão. [...] A lei que introduziu o procedimento-modelo no sistema processual alemão (**Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz**) foi editada em 2005. Foi concebida, de início, como um instrumento restrito aos litígios no campo do mercado de capitais, sendo proposta como lei experimental, destinada a perder sua eficácia com o exaurimento do prazo de cinco anos (em novembro de 2010, portanto). Antes disso, porém, a técnica foi incorporada ao ZPO (Zivilprozessordnung). A origem da lei respeita ao caso Deutsche Telekom (DT), empresa com mais de três milhões de acionistas na Alemanha. Em função de suposta veiculação de informações equivocadas a respeito da extensão do patrimônio da sociedade em duas circulares de ofertas de ações (em 1999 e 2000), milhares de investidores ditos lesados (aproximadamente 15 mil), representados por mais de setecentos e cinquenta advogados diferentes, propuseram demandas contra a DT perante a corte distrital de Frankfurt, foro da sede da bolsa de valores em que os prospectos circularam. O conjunto das ações representa valor superior a cento e cinquenta milhões de euros. Depois de quase três anos sem que uma única audiência fosse designada, parte dos demandantes apresentou queixas constitucionais (Verfassungsbeschwerde) perante o Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), sob a alegação de negativa de acesso à justiça. O Tribunal rejeitou as queixas, mas reconheceu a necessidade de a corte distrital agilizar a tramitação dos procedimentos instaurados. Nesse contexto, o **legislador reagiu** com a edição da lei de procedimento-modelo para o mercado de capitais, objetivando facilitar o tratamento das causas propostas no caso Deutsche Telekom. A ideia da lei é simples, mas também ousada: introduzir no bojo do processo judicial um expediente incidental com a pretensão de estabelecer, a partir do julgamento de uma causa-modelo, um padrão decisório, de acordo com o qual todos os demais casos repetitivos serão posteriormente examinados e julgados. Era, como se pensou, a solução mais adequada, dentro dos parâmetros da ordem processual alemã, vinculados ao sistema tradicionalmente de civil law de resolução de litígios civis, para o

tratamento do caso DT. (NUNES; PATRUS, 2012, p. 477-478)

- 26 É claro que, havendo centenas de interessados o prazo pode se mostrar exíguo, razão pela qual entendemos que estes poderiam aderir a algo semelhante à técnica alemã do Musterverfahren alemão e escolher no grupo um "litigante-modelo" que fale em nome dos autores e um que fale em nome dos réus (Musterklager e Musterbeklagte, respectivamente) dos processos sobrestados – e que poderia incluir ou não as demais "pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia" –, de forma que sejam reunidas e articuladas de forma ordenada as principais teses. (BAHIA, 2012, p. 281. grifos dos autores).
- 27 Enunciado Interpretativo 339. (art. 979, IV; art. 118, Lei n. 12.529/2011; art. 31, Lei n. 6.385/1976). O CADE eCVM, caso não tenham sido intimados, quando obrigatório, para participar do processo (art. 118, Lei. 12.529/2011; art. 31, Lei n. 6.385/1976), têm legitimidade para propor ação rescisória contra a decisão ali proferida, nos termos do inciso IV do art. 979. (Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória). Disponível em: [https://www.academia.edu/9845423/Enunciados\\_consolidados\\_do\\_F%C3%B3rum\\_Permanente\\_de\\_Processualistas\\_Civis](https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis). Acesso em: 25 fev. 2015.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Lei 13.105/15: volume 2: arts. 82 ao 148. Curitiba: Juruá, 2015.
- ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina de 1994*. Constitución Society, San Antonio, 1994. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>. Acesso em 29 abr. 2017.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do "amicus curiae". *RECHTD: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 169-177, 2013.
- BAHIA; Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do papel do *amicus curiae* no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF. In: FREIRE; Alexandre et. al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 1, jan., 2004. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 17 abr. 2017.
- BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estado comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- 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/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm). Acesso em: 4 maio 2017.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010.
- BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 11 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.882, de 10 de novembro de 1999*. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 11 maio 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 3 maio 2018.(a)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial 827194* – Santa Catarina. Relator: Min. Humberto Martins, 9 de setembro de 2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado?componente=ATC&sequencial=16082394&num\\_registro=200802654994&data=20110621&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado?componente=ATC&sequencial=16082394&num_registro=200802654994&data=20110621&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 13 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade* – Distrito Federal. Relator: Min. Menezes Direito, 14 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2244578&tipoApp=RTF>. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3460-ED*. Relator: Min. Teori Zavascki, 11 de março de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3887518&tipoApp=RTF>. Acesso em: 13 maio 2018.(b)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Especial* – Distrito Federal. Relator: Min. Edson Fachin, 15 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000321586&base=baseAcordados>. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 59289* – São Paulo. Relatora: Min. Rosa Weber, 1 de agosto de 2012. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168801&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 maio 2018.

BUENO, Cassio Scarpina. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. *Código de Processo Civil Articulado: comentários aos artigos do NCPC, com remissões, referências, notas e quadro comparativo (CPC/1973 – NCPC)*. São Paulo: Jh Mizuno, 2015.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 220, p. 407-422, jun. 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi et al (org.). *Novo CPC doutrina selecionada: v. 1: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Editorial 55*, [S.l.], 2017. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/edito>

rial-55. Acesso em: 21 abr. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 207-217, ago. 2011.

MATTOS, Ana Leticia Queiroga de. *Amicus Curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MEDINA, Damares. *Amigo da corte ou amigo da parte?: amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 214p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; ALMEIDA, Marcelo Pereira. *Novo Código de Processo Civil: comparado e anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Rafael Filipe Fonseca. *O amicus curiae no processualismo constitucional democrático*. 2015. 252p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

NUNES, Dierle et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Org.). *Coletânea novo CPC: doutrina selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. [Editorial]. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 41-82, set., 2011.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas no direito brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Dispute Settlement Understanding (DSU)*. Genève: World Trade Organization (WTO), [2017]. Disponível em: [http://www.wto.org/English/Tratop\\_E/dispu\\_e/dsu\\_e.htm](http://www.wto.org/English/Tratop_E/dispu_e/dsu_e.htm). Acesso em: 21 maio 2017.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional*. 2009. 163p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado, Direito Constitucional) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia; PEDRON,

Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Artigo recebido em 26/12/2018.

Artigo aprovado em 6/2/2019.

**Flávio Quinaud Pedron** é professor doutor adjunto da Faculdade Guanambi (Bahia), da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e do Ibmecc.

**Rafael Filipe Fonseca Menezes** é advogado e professor, na Favag-MG e na Favenorte-MG.

**Breno Fernandes Souza** é bacharel em Direito pela UniFG (Bahia) e advogado.



## O COMPROMISSO DE DINAMIZAÇÃO DA PROVA CIVIL

### *THE COMMITMENT TO EMPOWER CIVIL EVIDENCE*

Cássio Benvenuto de Castro

#### **RESUMO**

Assere que o novo Código de Processo Civil reflete os ditames constitucionais. Assim, a prova, como atividade e meio técnico que tem por escopo a aproximação à verdade, deve estar aparelhada por técnicas abertas e móveis para atender às necessidades do Direito.

#### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Processual Civil; Novo Código de Processo Civil; prova – ônus da; técnica; standard.

#### **ABSTRACT**

*This text considers that the new Civil Procedure Code reflects constitutional law. Hence, evidence – as an activity and a technical means aimed at unveiling the truth – should be provided with open and mobile techniques to meet the demands of law.*

#### **KEYWORDS**

*Civil Procedure Law; New Civil Procedure Code; proof – burden of; technique; standard.*

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), considerando, como escopos principais prevalentes, a liberdade e a igualdade. Em nível institucional, ou melhor, em termos de tutela jurisdicional, a primazia desses valores deve ser garantida por um processo justo, o que subentende um modelo colaborativo (das partes para com o Judiciário), e atendida uma previsibilidade-confiabilidade (não surpresa e garantia da influência nas decisões) na qual está inserida a questão da verdade e da segurança jurídica.

A questão da previsibilidade reúne os **meios** para o atingimento de decisões justas: normas + fatos. Agora, a justiça do processo, como ideal e função, acaba por implicar uma estrutura coordenada (funcional-estruturalismo), estipulando que a experiência jurídica se sirva das mesmas normas para os casos análogos e compreenda os fatos com a serenidade de que as contingências fazem repetir comportamentos parecidos em diversas situações. Se a verdade ou a totalidade é inatingível, diversos fatores pressupõem graus de uma maior precisão na tomada da decisão.

A verdade constitui um valor-meio para o alvitre dos escopos, daí que, antes de uma rele preocupação de entender que o juízo sobre o fato é de ordenação cartesiana, a compreensão sobre o fato atende a diretrizes não raramente tendentes ao universal, o que, obrigatoriamente, faz sopesar uma visão holística (coerência do contexto) e analítica (verossimilhança e credibilidade) da prova. Evidente que particularismos existem; porém, a dedução ou os axiomas positivistas também deixaram de ser as únicas diretrizes metódicas a organizarem a valoração da prova.

Ao contrário do formalismo ortodoxo, hoje, fala-se em um arsenal que aproxima o conceito da realidade para chegar à parcial conclusão – a funcionalização da verdade é valor encerrado no sistema constitucional, estado de coisas alvitado por intermédio de meios de provas consistentes, inclusive, atípicas, mas, sobretudo, verticalizadas por novas modalidades de visualizar o mundo real. Nessa linha, o ensaio elabora a prova como uma **atividade** dinâmica por antonomásia (porque trata sobre fatos), e comenta alguns **meios** de prova que atendem ao modelo aberto predisposto no Código de Processo Civil, aberto à atipicidade das provas, móvel ao contexto holístico pelo qual elas devem ser examinadas.

## 2 A PROVA COMO POSIÇÃO JURÍDICA DE CONCRETIZAÇÃO ARGUMENTATIVA

O processo justo é preenchido por uma série de valores que convivem na busca de uma solução justa a um problema. Trata-se de método de trabalho que se desdobra pelo intermédio de uma série de normas jurídicas, em que uma norma é presuposta da seguinte, formando uma totalidade procedimental padronizada. Ocorre uma conexão de normas, atos e posições

jurídicas para que os atores processuais se movimentem organizadamente, tudo verticalizado na busca da decisão.

Embora os atos processuais sejam os elementos visíveis do procedimento, nessa cadeia estruturada, a posição jurídica é figura que assegura uma situação de proeminência do sujeito em relação a um determinado objeto, implicando posição de tutela processual refletida pelos efeitos da norma jurídica (FAZZALARI, 2006, p. 80-83). Vale dizer que as faculdades, os deveres, os poderes, os direitos e, inclusive, os ônus processuais consistem em posições jurídicas como formas de exteriorização do padrão de organização processual. O ônus processual, formalmente, consiste em uma posição jurídica.

## 3 O ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DO NOVO PROCESSO CIVIL

O ônus da prova consiste em uma posição jurídica na qual a norma jurídica confere uma liberdade condicionada à parte processual. A norma jurídica não estabelece uma sanção, tampouco uma situação de sujeição de uma parte em relação a outra. Pelo contrário, quando se fala em ônus, confere-se uma liberdade para que a parte possa praticar determinado ato processual, no interesse dessa própria parte. Entretanto, trata-se de uma liberdade condicionada, porque, no caso da inércia, em especial, quanto ao caso da não produção da prova processual, por falta de interesse ou de conveniência, a posição de proeminência da parte – em relação ao objeto que ela pretende (provar que “p”) – pode estar prejudicado.

O ônus da prova estrutura-se e funcionaliza-se em duplicidade: ele possui um sentido subjetivo e outro sentido objetivo.

O sentido subjetivo da prova constitui regra de instrução, ou seja, configura uma posição jurídica que desempenha uma função promocional<sup>1</sup> – preordena uma referência, para as partes processuais, pautando quem deve produzir que “está provado que p”, conforme a tutela jurisdicional postulada (demanda)<sup>2</sup>.

De outro lado, o sentido objetivo da prova constitui regra de julgamento, ou seja, assume uma finalidade resolutória, como um critério para extinguir o processo, ainda que as partes não tenham produzido prova suficiente (MITIDIERO, 2012).

A estrutura e a função da prova estão previstas em norma do CPC: *Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Essa discriminação é denominada “distribuição estática do ônus da prova”. Talvez, porque leva em conta a posição dos sujeitos parciais do processo e a relação deles para com as afirmações sobre os fatos; também, porque a previsão vem desde dentro do sistema do processo, como se a argumentação fosse regulamentada para resolver qualquer tipo de objeto a ser decidido.

Aqui, um ponto de inflexão: em primeiro lugar, pensar em processo é refletir sobre **movimento**, vale dizer, um mecanismo antípoda à inércia; em segundo lugar, a prova processual assi-

nala uma posição concretizadora da argumentação que se pretende conferir validade, quer dizer, a prova ilustra e aparelha a demanda, em um sentido que o ônus da prova é posição jurídica diretamente ligada à causa que implica os efeitos do pedido.

A parte formula um pedido para gerar efeitos. Tais efeitos dependem de uma causa, de uma base jurídica (na qual existem fatos e normas). Por antonomásia, então, ônus da prova é dinâmico por ser ligado à norma que embasa a causa de pedir e o pedido. Eduardo Cambi (2006, p. 323) resume que *no ônus da prova em sentido subjetivo, percebe-se a relativização do binômio substance-procedure, pela íntima correlação entre a dimensão processual e a substancial, porque os fatos constitutivos da demanda e os fatos que fundam as exceções são definidos em função da configuração substancial da fattispecie que vem deduzida em juízo. Com efeito somente pelas normas de direito substancial é que se podem estabelecer quais são os fatos juridicamente relevantes, mas também é pelas normas de direito e processo que se atribui ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos da sua pretensão e ao réu, os fatos em que se fundam a exceção.*

O compromisso do juiz, refere Dall'Agnol Júnior (2001), é com o caso concreto. Daí que o juiz está comprometido com o caso concreto, na coexistência entre as afirmações sobre os fatos (narrativas) na perspectiva da norma jurídica que se pretende fazer valer os efeitos.

Considerado o caráter constitucional do Direito probatório, enfim, a divisão estrutural-funcional do ônus da prova acaba sendo contingencial. O que importa, na questão, é a comunidade de trabalho que o contraditório material deve pautar entre o juiz e as partes, um eixo de previsibilidade funcionalidade ao melhor ou ao ótimo grau de confirmação da cognição. Assim, resulta que o processo não trabalha para o mero atingimento de uma decisão, tampouco se trata de uma máquina hermética que não se comunica com o Direito material.

isso está na natureza das coisas: o direito existe para regular o “mundo lá fora”, as necessidades sociais. A cada caso concreto diferente, é ou seria aconselhável que o Direito predispucesse técnicas adequadas (flexíveis) para otimamente chegar a resultados justos.

Fazzalari (1957, p. 159) arremata: *il rapporto col diritto sostanziale non riguarda soltanto la domanda, ma tutti gli atti della serie procedurale: vuoi quelli in cui si concreta l'azione, cioè la situazione soggettiva (composita) dell'attore; vuoi quelli in cui si concreta la situazione processuale del convenuto; vuoi quelli in cui si traduce la funzione dell'ufficio.* O Direito material é considerado ao largo do processo. O processo justo, ainda mais, porque reclama um modelo colaborativo em que o Direito probatório encerra um mecanismo cujo eixo teleológico é a verdade, e o Direito material, de antemão, acaba por “dinamizar” a inteligência do operador do processo civil.

Pensar o processo civil “desde dentro”, por intermédio de estruturas ou regras estáticas, consiste em retornar a uma perspectiva metodológica superada há séculos de história do formalismo. Justamente por isso, na Alemanha, uma regra de distribuição “estática” do ônus da prova (art. 373 do CPC) sequer existe, porque, no mecanismo tedesco, compreende-se naturalmente a *Normentheorie* (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 194) – vale dizer que, se a causa de pedir e o pedido (demanda) estão aparelhados em narrativas sobre fatos e variações argumentativas sobre normas jurídicas, parece evidente que o ônus de provar depende dos pressupostos da demanda, ou seja, as fontes da prova, questões metaprocessuais ou que exprimem (“desde fora” do processo) aquilo que encarrega cada uma das partes, em termos de posição jurídica argumentativa concretizadora do ônus<sup>3</sup>.

A pretensão ou o ato de pretender algo, em prejuízo de outrem, subentende a necessidade de comprovar as alegações que ilustram e conferem verossimilhança à narrativa da parte. Assim, as clássicas discussões sobre a teoria concreta *versus* a teoria abstrata da ação também podem ser trazidas para o plano do ônus da prova – porque o ônus da prova, tanto quanto a ação (seja concreta ou abstrata), constituem instituto que, atualmente, deve ser compreendido na perspectiva do formalismo-valorativo, do neoprocessualismo, do neoconcretismo, do neoconstitucionalismo, enfim, na perspectiva metódica que elabora um diálogo entre as fontes de Direito material e processo, para, nesse diapasão, concluir-se: existem fatores pré-processuais que embasam a demanda (SANTOS, 2005, p. 51); ainda, a narrativa processual está implicada por alegações de fatos nos termos enunciados pelas normas do Direito (material), daí que, “desde fora”, ocorre uma dinamização do ônus da prova como algo natural, porque é inerente ao polo metodológico do processo civil (a tutela jurisdicional através de um processo justo).

Existe um critério externo que decide a questão de fato – a busca da verdade, enquanto um *standard* almejado, um grau de confirmação de 100%, ou tendente a essa evolução.

A dinamização do ônus da prova não significa uma novidade em termos operacionais. Em realidade, observada a distinção entre “fonte” de prova e “meio” de prova, na prática, o diálogo entre as normas de Direito e processo já acabam resolvendo – *ope legis* –, enquanto um sistema integrado, a questão do ônus da prova

***A parte formula um pedido para gerar efeitos. Tais efeitos dependem de uma causa, de uma base jurídica (na qual existem fatos e normas).***

***Por antonomásia, então, ônus da prova é dinâmico, por ser ligado à norma que embasa a causa de pedir e o pedido.***

Pelo contrário, assim como grandes processualistas dialogaram sobre o perfil monista, dualista, ou transcendente-constitucional da posição jurídica de evolução progressiva – denominada “ação processual” –, parece evidente que a prova, assim como a tutela jurisdicional, determina o encontro entre o Direito e o processo, na medida em que todo o processo está impregnado do Direito material (OLIVEIRA, 2006, p. 46). Com efeito, as narrativas processuais alegam fatos, mas que não são qualquer episódio da vida, antes se tratam de fatos protegidos por determinada norma jurídica, encerrando-se em esquema fato-norma a partir do qual o ônus da prova é mera decorrência, obviamente, uma decorrência dinâmica.

Portanto, a dinamização do ônus da prova é devolver – ao Direito probatório – uma transição que lhe é peculiar, porque

conforme o objeto a ser decidido. Aliás, Calamandrei (1945, p. 337) alertava que *según el diferente grado de probabilidad que a su juicio hubiera que atribuir a las afirmaciones en contraste. Bastaría, en otras palabras, que la afirmación de la parte fuera verosímil, para que el juez hubiera de invertir en su ventaja la carga de la prueba, haciendo gravar sobre la contraparte la carga de probar lo contrario.*

Quer dizer que o ônus de provar está diretamente relacionado ao risco de não apresentar uma prova suficiente para convencer o juiz. O problema é definir o que significa essa “suficiência” da prova, para que seja utilizada a regra do ônus da prova como critério de julgamento, ou qual o grau de “suficiência” que o contexto probatório merece para ser afastada, da conclusão decisória, uma solução com base no sentido objetivo do ônus da prova. **Cabe somente ao juiz decidir sobre o decidir?**

Em outras palavras, além de se reputar convencido, o juiz dispõe de um poder absoluto sobre qual a definição referente à suficiência da prova?

Nesse ponto, o ônus da prova implica-se à questão do *standard* da prova, que consiste em uma questão prévia à decisão, mediante a qual o juiz define se a prova é suficiente e qual o “grau” de prova para ser reputada suficiente. Tal suficiência não é medida taxativa ou imperativo estático, tampouco advém de uma metodologia meramente analítico-classificatória – já que, comumente, atribui-se a estandardização como de utilização unicamente saxônica –, pelo contrário, no Direito continental, o sistema jurídico, avistado “desde” o diálogo das fontes, “desde o Direito material”, afirma a força normativa da estandardização da prova, ou afirma uma graduação sobre os modelos de constatação referentes a uma decisão sobre a matéria de fato.

Vale dizer que ônus da prova e *standard* da prova convergem para a definição do sentido de suficiência da prova, e da própria adequação da prova ao processo. Não se trata de reles adequação e admissibilidade, antes o caso é de verificar a conformação da estrutura – o processo – ao objeto que o verticaliza.

De qualquer maneira, quanto ao ônus e à estandardização, uma posição

jurídica influencia a outra constatação e, também, é por ela influenciada. Daí que o risco de uma decisão com base no critério do ônus da prova objetivo perpassa pela aferição do *standard* da prova. Por isso que Marinoni (2006)<sup>4</sup> critica o julgamento com base na *lógica da melhor verossimilhança*, porque refere que o estado de dúvida do juiz deve ser resolvido com aquilo que o sistema jurídico afirma ser compatível com a natureza do caso concreto, e não deve ser resolvido com base na possibilidade do juiz pender para uma ou para outra narrativa – a mais verossímil –, quando a gravidade do caso reclama uma maior atenção.

**Vale dizer que ônus da prova e *standard* da prova convergem para a definição do sentido de suficiência da prova, e da própria adequação da prova ao processo. Não se trata de reles adequação e admissibilidade, antes o caso é de verificar a conformação da estrutura – o processo – ao objeto que o verticaliza.**

**A posição jurídica do ônus, portanto, é um risco modulado pelo *standard* da prova.** Ambos compõem valores móveis do sistema jurídico processual – quando o grau da necessidade argumentativa aumenta (*standard*), o critério do ônus como regra de julgamento é mais facilmente aplicável. A prova e a leitura da prova, no desenrolar do contraditório, assim, são multifuncionais, ainda segundo Nicola Picardi (2008, p. 19). O juiz exercita tanto um modo de optar entre as várias alternativas que surgem em um sentido vertical, o sentido da constante imediação que ele vai descobrindo ao largo do processo (limites processuais e modelo demonstrativo), como o juiz também deve levar, em seu raciocínio total, os critérios horizontais que pautam as suas escolhas (limites substanciais e modelo persuasivo da prova). Essa horizontalidade reflete na questão do convencimento judicial, em Direito probatório, e estabelece a estandardização do convencimento, pois o próprio sistema jurídico aponta para direções, o que Nicola Picardi denomina “limitações”, porque jamais existe uma liberdade absoluta para formar um juízo, sendo que o julgador se movimenta por entre nor-

mas, precedentes, tradições, pesquisas técnicas, cânones interpretativos, dentre outras percepções que, ao longo do tempo, vão povoando as práticas dos julgamentos como instrumentos de regularidade cultural.

A despeito de posições extremas – realistas ou dogmáticas<sup>5</sup> –, fácil concluir que elas não resolvem o problema de elaborar critérios para controle da questão de fato, e que os julgamentos com exames inferenciais ao quadrado ou até em terceira potência (por exemplo, *hearsay testimony*)<sup>6</sup> merecem um controle de classificação ou de cotejo desse julgamento em relação à totalidade das

normas que imperam em cada sistema jurídico. O Direito é um subsistema cultural, um sistema aberto e móvel, e as palavras utilizadas pelas normas e pelo Direito probatório oferecem códigos ou esquemas que assinalam contextos ou cenários maiores. Logo, não adianta decidir e não justificar perante um cenário que apresente a imediação do juiz para com a prova e da prova e do juiz perante uma totalidade normativa maior, que afirme as soluções ou escopos correspondentes a cada realidade social pautada pelo Direito material.

Não interessa, ao jurisdicionado, enfim, que o juiz entregue uma decisão formalmente técnica, e com ela chegue a conclusões de surpresa, sendo necessário e democraticamente válido que figuras racionais e, sobretudo, normativas componham esse instrumental que conecta o Direito ao processo. O juízo de fato implica uma redobrada atenção do julgador, primeiro, porque o leigo também pode emitir juízos de razoabilidade sobre os fatos, e na era do politicamente correto, todos tornaram-se julgadores; segundo, porque as inferências realizadas pelo juiz demonstrarão uma racionalidade em sua ponderação (KNIJNIK 2007b, p. 25).

Ocorre que os modelos de constatação da experiência sobre a questão de fato, ou seja, os denominados “standards probatórios” ou “standards do convencimento judicial” acabam por sistematizar padrões de decidibilidade, porque preordenam fatores cujo fio condutor é uma melhor reconstrução da realidade que está colocada em juízo, “desde fora” do processo. Daí a importância da natureza do Direito material que se disputa em causa, na medida em que, “desde fora” do processo, o sistema está aberto a uma sorte escalonada de critérios que definem ou ajudam a definir o estado de dúvida do juiz – isso vai tangenciar o risco sobre a utilização, ou não, da regra de julgamento conforme o ônus da prova.

Se tiver prova suficiente, o juiz decide conforme o confronto das narrativas; se não houve prova suficiente, o critério será a regra de julgamento do ônus da prova. Assim, os *standards* complementam o ônus da prova, pois lhe implica um realismo metodológico. Consoante Danilo Knijnik (2007a, p. 18), os *standards* do convencimento judicial funcionam como critérios que devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas e, como um *continuum*<sup>7</sup> para a reconstrução dos fatos da causa, possam ser debatidas em contraditório e, eventualmente, corrigidas ou contestadas por alternativas recursais ou cassacionais.

O que define a chamada *suficiência*<sup>8</sup> da prova, para preencher o convencimento e afastar o julgamento com base no critério do ônus da prova, é a densidade normativa do Direito debatido, é o caso concreto. Logo, a importância da demanda e a caracterização do ônus da prova, como um organismo propulsor de um sistema aberto, passa a definir – em decorrência – o grau de prova para preencher um *standard* probatório. Armado pela força que o Direito material atribui a determinados fatos, o sistema de valoração da prova, “desde fora” do processo, condiciona o convencimento do juiz, para que, assim, ele possa concluir que uma prova é mais difícil para uma parte do que para a outra parte, bem como concluir sobre a questão da *suficiência* da prova e sobre o próprio pragmatismo do ônus da prova.

### O que define a chamada *suficiência* da prova, para preencher o convencimento e afastar o julgamento com base no critério do ônus da prova, é a densidade normativa do Direito debatido, é o caso concreto.

Tudo sopesado, a divisão do ônus da prova não parece estática (art. 373 do CPC). Apenas quando observada somente em um paradigma “desde dentro” do processo, como os clássicos teóricos da ação concreta ou da ação abstrata o faziam, por séculos, pode-se falar em ônus estático da prova, vale dizer, a partir da posição processual da parte e do fato, em abstrato, que se pretende provar. Agora, desde o momento em que o processo é analisado na perspectiva da tutela jurisdicional, portanto, “desde fora”, e na perspectiva das narrativas do caso concreto, parece que a natureza do ônus da prova é tendencialmente dinâmica.

A tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) como polo metodológico do processo resulta em que o processo justo resolve conflitos jurídicos necessariamente *merit-based* – trata-se do ca-

ráter transcendental do objeto, o que ratifica na verdade como uma referência, como um critério externo que afirma a previsibilidade da decisão judicial (RAMOS, 2015, p. 31).

A dinamicidade é a regra. Agora, trata-se de uma dinâmica que está colocada desde a demanda, desde a distinção entre fontes e meios de prova, naquilo que a causa de pedir implica ao pedido: uma cultura jurídica cujo sentido está na abertura do sistema de valoração da prova e, sobretudo, na **mobilidade** das normas encerradas e comunicadas no pluralismo desse sistema – a inteligência do ônus da prova na conjugação ao caso concreto e à respectiva standardização que disso está emanado.

#### 4 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

A própria legislação pode estipular, de maneira diversa àquele sistema proposto pelo CPC, a distribuição do ônus da prova. Quer dizer, *ope legis*, um outro sistema de normas pode redistribuir a questão do ônus de provar – daí sequer se falar em “inversão do ônus” da prova, mas em “nova versão” do que estava vertido de outra maneira. Para tanto, o legislador vale-se de presunções legais e técnicas que preordenam uma convergência decisional em outro regime de normas. A dificuldade é entender que existem sistemas de normas que encerram diferentes nichos de casos, que reúnem normas tanto de processo como de Direito material e, assim, que o legicentrismo ou o unitarismo codificado é moeda vencida no milênio passado. No atual quadrante constitucional, as leis não são abstratas e genéricas, elas não são completas e unitarizantes do sistema jurídico – como um triângulo fechado –, bem ao contrário, ocorre uma dogmática fluida (ZAGREBELSKY, 2009, p. 17), com um pluralismo de fontes que dialogam, complementam-se sistematicamente e, eventualmente, apresentam solução de continuidade por subsidiariedade.

Quando a própria lei distribui o ônus da prova, algo diverso da regra geral prevista no Código de Processo Civil (que é a regra geral do ordenamento), em realidade, não ocorre uma inversão do ônus da prova, por operação do juiz; antes, ocorre uma mera atribuição do ônus da prova com fundamento no Direito material, que é preponderado, pelo legislador que, por exemplo, elaborou o CDC. No Código de Defesa do Consumidor, pode-se observar, facilmente, que, no caso de a parte (fornecedor) não se desincumbir na desconstrução da presunção elaborada pela norma, o julgamento será ancorado nos termos previstos pela lei – ou seja, conforme a posição jurídica privilegiada do consumidor.

Isso reflete a ascensão da pessoa no sistema jurídico, ao invés da vetusta prevalência do objeto sobre a pessoa. Logo, constata-se que o direito do consumidor brasileiro é estruturado por intermédio de tipos presuntivos que, melhor ou otimamente, privilegiam a defesa da posição jurídica do consumidor e, por decorrência, reservam ao fornecedor o encargo de afastar as presunções legalmente antecipadas e em benefício do consumidor.

A leitura do texto de algumas normas infere essa valoração. Por exemplo, na responsabilidade pelo fato do produto, previsto no art. 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, está estabelecido que: *o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*. Na responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14, § 3º, do CDC, estabelece que *o fornecedor de serviços só não será responsabilizado*

*quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.* Vale dizer que os danos decorrentes do acidente de consumo não serão ressarcidos ao consumidor somente quando o fornecedor excepcionar a presunção tipificada nas regras legais<sup>9</sup>.

Isso não significa inversão do ônus da prova. Pelo contrário, o CDC consiste em um sistema diverso do CPC, no qual as normas sobre a distribuição do ônus da prova estão previstas (verdades) de maneira especialíforme, de maneira peculiar. Logo, na grande maioria das demandas embasadas no CDC, é até desnecessário falar em inversão do ônus da prova, porque o próprio legislador já inverteu o que estava vertido no CPC, ou verteu de maneira diversa do CPC, com base em um sistema peculiar – onde Direito material e processo dialogam com uma naturalidade típica do formalismo-valorativo.

O espaço para a inversão judicial (*ope iudicis*) do ônus da prova, no CDC, é para os casos em que não existe esse tipo de presunção legal, já na fase de instrução (CARPES, 2007, p. 27 e ss.). Em especial, para o caso da reponsabilidade civil do profissional liberal – no qual o próprio sistema do CDC estipula que se trata de responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4º, do CDC).

Quer dizer, existem diferentes sistemas de normas, e cada qual reclama maneiras de compreensão peculiares aos casos em que o próprio Direito material predispõe diretrizes preponderantes, desde para a abertura como para a mobilidade do Direito probatório – o que se reflete na valoração da prova.

Em outras palavras: os diferentes sistemas de normas, o próprio ordenamento jurídico, antecipam – como uma questão prévia – como o juiz deve reputar suficiente determinada prova. Isso não é estatística, não se trata de confronto de provas técnicas, mas resume um apanhado cultural que está fundado em uma experiência jurídica e que, com o passar do tempo, pendulariza-se para a proteção de uma ou de outra categoria de casos jurídicos.

Cansativamente, a doutrina cita o art. 6, VIII, do CDC, como um exemplo de inversão do ônus da prova. O problema é o seguinte: inverte-se o ônus da prova em relação a quê? Ora, essa inversão remete

à verossimilhança ou à hipossuficiência do consumidor, vale dizer, remete à categoria jurídica do consumidor. Daí que tal inversão possui um endereço no sistema de proteção que está diretamente relacionado ao conjunto de normas de Direito material cujo *standard* é diferente da vasta gama de *standards* de confirmação com as quais o CPC pode se deparar.

No processo civil, a decisão pode envolver improbidade administrativa, questão empresarial, Direito de Família, responsabilidade civil, Direito Previdenciário, e assim por diante. Portanto, a regra do CDC não é universal, pelo contrário, ela possui um endereço de subsidiariedade – presta-se ao CDC.

**[...] o standard da prova, o grau de confirmação para a convicção judicial, deve dialogar com a totalidade do ordenamento jurídico – e não ficar arraigado a uma novidade do art. 6º, VIII, do CDC, que já não é novidade alguma.**

Em geral das hipóteses do CPC, o *standard* da prova, o grau de confirmação para a convicção judicial, deve dialogar com a totalidade do ordenamento jurídico – e não ficar arraigado a uma novidade do art. 6º, VIII, do CDC, que já não é novidade alguma. Em realidade, é uma norma que deve ser pouco aplicada porque, afinal, quase todo o CDC já traz presunções suficientes para colocar o consumidor em posição de prestígio, em relação ao ônus e ao *standard* da prova.

Basta comprovar que é consumidor<sup>10</sup>, o que denota a vulnerabilidade desse sujeito (afinal, o sistema do CDC foi predisposto para tutelar essa vulnerabilidade), então, o ônus de provar encarga o fornecedor – salvo em particularismos, como no caso do profissional liberal.

Portanto, em termos sistemáticos, embora a dogmática do novo CPC apresente uma “inovação”, parece que a dinamização do ônus da prova apenas consagra uma realidade já batida nas instituições: *Art. 373. O ônus da prova incumbe: § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se*

*desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.*

Não se cogita de uma subsidiariedade pragmática. A norma apresenta procedimentos, pauta a necessidade do contraditório, o momento da inversão do ônus da prova e, sobretudo, define quem melhor deve ser onerado com o peso da posição jurídica de provar.

A “subsidiariedade” que ora se comenta é para ressaltar o atraso operativo do sistema brasileiro – no Brasil, não se acredita na norma do texto, somente tem

valor o texto da norma.

Tudo sopesado, a aproximação entre Direito material e processo fica dramática, porque, desde o momento em que a tutela jurisdicional é colocada como polo metodológico da teoria do processo (art. 5º, XXXV), o Direito, “desde fora”, já deveria estar pautando as diretrizes para nortear o ônus da prova, a standardização do convencimento judicial, e a própria decorrente motivação da decisão.

O direito fundamental à prova, em síntese, é dinâmico desde o nascedouro da demanda, deve ser analisado desde antes do processo, na perspectiva das fontes (metaprocessuais) até o desfecho da decisão. Porém, não está cravado no texto o que parece invisível ao operador brasileiro.

Isso posto, o juiz não possui total liberdade para redistribuir ou para valorar a prova, como parece, quando analisado um sistema fechado e estático. Pelo contrário, em um sistema aberto e movido, o convencimento judicial está abalizado por tendências conflitantes que, porém, respectivamente, coordenam-se entre si. Daí que o problema da valoração da prova remete a um novo modelo de relação entre prova e verdade – um modelo cuja perspectiva cultural predispõe algumas diretrizes, mas está em diuturna reconstrução, trata-se de uma empresa em eterno refazimento.

## 5 OS CONCEITOS COMPROMISSADOS COM OS PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DO PROCESSO CIVIL

A ascensão da pessoa como pedra de toque do sistema jurídico, ainda mais, levando-se em conta a formação de novos núcleos institucionais de poder, com a decorrente corrosão da soberania e com o legicentrismo e o jusestatalismo absolutos, resultaram em um sistema por intermédio do qual as categorias jurídicas deixaram de ser axiomas ou dogmas imbatíveis, a espera de uma dedução unívoca e incontestável. Pelo contrário, a experiência jurídica contemporânea é de coalizão em termos de fontes, no sentido de organizar diretrizes basilares, porque inarredáveis, mas, também, no sentido de pautar soluções a serem implicadas por módulos, por modelos funcionais, porque o Direito não é somente um “dado” objetivo cravado em uma regra, antes o Direito é um constante “fazer-se” (ZAGREBELSKY, 2009, p. 123). O Direito é uma empresa em construção.

*[...] uma época em que se valorava a prova sem, contudo, realmente observar o “mundo lá fora”. O sistema do processo civil estava “fechado” para os demais campos do Direito e, por isso, qualquer norma elaborada parecia recebida como uma revolução [...]*

A dignidade da pessoa humana é considerada núcleo duro do sistema. Se a liberdade e a igualdade são valores materiais a serem alcançados, justamente, o *link* que pode garantir sustentabilidade, sustentação desse diagrama jurídico é a metodologia de trabalho, daí que tal metodologia deve ser previsível, na medida em que prevista em normas e em critérios que aproximem o Direito da realidade – a verdade é um critério externo ao processo, porque a decisão é *merit-based*, mas a verdade se conecta com o processo por intermédio da prova (que está dentro do processo).

Do contrário, o Direito consagraria um sistema hermético, sem referenciais e correndo o risco de uma autopoiese manipulável, sem o cumprimento dos escopos precípuos já consagrados secularmente: a justiça, a pacificação social, a efetividade e a segurança.

Inúmeras discussões conceituais foram travadas na teoria do processo, em termos de verdade e prova. Entretanto, chama a atenção que os “pontos de inflexão”, os núcleos das discussões, estão comprometidos, cada qual, à perspectiva metódica que vigorava em seu tempo.

Desde Calamandrei (1945, p. 112), verificou-se que a atividade de investigação processual da verdade não era totalmente livre, ela deveria atender a um método de trabalho. Levando-se em conta mais garantias que direitos fundamentais em oscilação axiológica, naquela época, já se comentava que o juiz não seria um mero historiador, pois devia se pautar pela imparcialidade. O interessante é que o mesmo doutrinador formulou a clássica escala da “possibilidade, verossimilhança e probabilidade”, que foi campo fértil para inúmeras discussões dentre os processualistas.

Independente das correntes ou distinções alinhavadas, é perceptível que tais conceitos olhavam, apenas, para dentro

do processo, para os aspectos nucleares da ciência processual, justamente, porque estavam comprometidos com fatores cujos pressupostos metodológicos remetiam ao norte da teoria da ação e da teoria da jurisdição. Quer dizer, para Calamandrei e seus epígonos, o processo consistia em um sistema hermético que fincava balizas normativas a serem resolvidas dentro do próprio processo. Daí que as distinções – chame-se de escalas, graus ou progressões referentes à prova – acabavam por pautar conceitos técnicos, porém, desligados da realidade maior que os cercundava.

Em outras palavras, falar em possibilidade, verossimilhança, probabilidade, enfim, atribuir críticas às regras de experiências ou tentar tarifar percentuais estatísticos em termos de probabilidade acaba por retratar uma época em que se valorava a prova sem, contudo, realmente observar o “mundo lá fora”. O sistema do processo civil estava “fechado” para os demais campos do Direito e, por isso, qualquer norma elaborada parecia recebida como uma revolução – como o art. 6º, VIII, do CDC. Ainda quando se cogita de cognição ou de certeza, em vez desses conceitos, a reaproximação prática é mais aparente do que real, porque tudo indica voltar a decisão – e a formação da certeza (cognição) – para dentro do processo. Por isso que, por tanto tempo, o juízo de cognição ficava em suspenso, somente podendo ser decidido ao final, sem juízos sumários, porque os conceitos estanques não permitiam uma flexibilização e uma mobilidade entre os seus próprios congêneres. Verossimilhança em relação a quê? Probabilidade em relação a quê?

Conceitos cujos conteúdos eram investigados dentro do processo, o que ensejava um círculo situacional de novas investidas de fechamento operativo.

A questão do erro também possui endereço similar. Em geral, fala-se que a análise da prova deve precaver-se contra o erro. A valoração da prova, atualmente, trabalha com uma metodologia comparativa ou classificatória-analítica, onde se pautam *standards* que poderiam evitar o erro. Nesse “ponto de inflexão”, evidencia-se que a jurisdição está ancorando as diretrizes de toda uma formulação, que se reporta ao *common law*. De fato, é possível comparar julgamentos, olhar para “o lado” e verificar como determinada questão foi julgada. Até na velha discussão entre verdade formal e verdade material, efetuou-se tal comparação – valendo-se de outro critério de distinção (a atuação do juiz na produção da prova).

De qualquer maneira, a problemática de evitação do erro não é invenção ou sequer apanágio adstrito ao direito dos precedentes. Com efeito, o erro não chega a ser uma contingência das atividades culturais; ele está presente em todas as ciências. Daí que as teorias formulam hipóteses de trabalho para que o erro não se torne sistemático, mas isso deve ocorrer sem que uma sobrecarga de trabalho remeta toda a responsabilidade para apenas um agente das relações.

A questão do erro judicial não é apenas judicial. Nesse caso, a temática compromete-se com a perspectiva metodológica na qual a jurisdição é colocada no núcleo do processo. Assim, tanto o erro como o seu “conserto” são tarefas – unicamente – do juiz, porque se tratam de formular balizas estandardizadas com supedâneo em precedentes em que a própria jurisdição diz tudo, ou melhor, *ela mesma diz o que pode dizer*.

No atual quadrante constitucional, os conceitos não são estáticos. Para tanto, eles devem aproximar-se da realidade. Dessa forma, a utilização de ferramentas como os “modelos de prova” otimiza a relação entre a prova e a verdade. Na cultura presente, falar em possibilidade, verossimilhança e probabilidade, e colorir esses conceitos com regras inferenciais de experiência ou de estatística, acaba “trazendo o processo para dentro do processo”. Na cultura presente, falar na evitação do erro com uma matriz kantiana (KANT, 1989, p. 58) – comparativo-formal – também resulta em estancar o processo em uma figura estática, do tempo em que a jurisdição era dizer o direito do texto da lei.

Aliás, parece que os processualistas importaram os conceitos kantianos e os promiscuíram à questão da certeza, o que resultou em uma indevida promiscuidade entre a questão da verdade e a questão da correção da decisão. Sem aprofundar complexidades, na filosofia, a lógica constitui uma teoria formal, teoria do conhecimento, que trata a não contradição e razão suficiente, enfim, que trata sobre regras do pensamento (assentimento) – daí se falar em “conhecimento” correto ou errado. De outro norte, a teoria do conhecimento (gnosologia) trabalha com objetos materiais, portanto, é humanamente impossível formular-se um padrão genérico sobre o que é verdadeiro ou falso, na medida em que os objetos são aceleradamente mutáveis.

Isso se reflete na atualidade – no confronto entre teoria procedimentalista e teoria estruturalista do Direito. Elas não são excludentes; elas complementam-se. Porém, tudo indica que os clássicos conceitos processualistas colocaram, no mesmo patamar, conceitos que seriam melhormente diagramados quando identificados desde a própria origem.

Além de respeitar a relevância dos conceitos afirmados, o que importa é indicar que a nova ordem constitucional, hoje melhor refletida no Código de Processo Civil, apresenta uma perspectiva que não fica atarracada aos velhos pressupostos metódicos do processo. A sociedade atual está liquefeita, as relações são dinâmicas, portanto, os conceitos devem aproximar-se dessa realidade, sempre considerando a conexão teleológica dos institutos.

### 5.1 O MODELO COMPARTILHADO DE PROVA

Tudo sopesado, o polo metodológico do processo civil atual é a tutela jurisdicional<sup>11</sup>.

A Constituição estabelece, no art. 5º, XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

As grandes discussões teóricas sobre a ação e jurisdição perderam algum sentido, embora mantenham aquela supervivência típica dos mais ortodoxos positivistas. Agora, o importante é constatar que não adianta mudar um Código, não adianta mudar a Constituição, se os conceitos – se a experiência jurídica – continuar sendo guiada por uma maneira hermética de observar a natureza das coisas jurídicas.

A colocação da tutela jurisdicional como polo metodológico do processo civil implica um modelo compartilhado da prova. O velho pêndulo do modelo demonstrativo para o modelo persuasivo da prova ganha novas influências, seja no tocante à teoria das normas, seja, ainda, no tocante à prática encerrada no formalismo processual, seja no tocante ao desenlace da técnica do processo, que elabora uma síntese entre o sistema e a forma.

**[...] a tal pós-modernidade – os nossos tempos líquidos – não procura encontrar o que é comum ou o que é parecido com o outro, pelo contrário, na atualidade, o normal é ser diferente, porque as medidas de tempo-espço já não permitem uma segmentação pontualista.**

A verdade, enquanto critério externo de referência da decisão, é um “valor-meio” ao processo. Trata-se de um guia ou um vértice que polariza a decisão. Segundo Michele Taruffo (2007, p. 214), a verdade *si tratta di un valore vallore “regolativo” che orienta l’attegiamento che si deve avere nei confronti dei fatti, ma questa sua natura di “punto di riferimento” non ne fa venir meno l’importanza, ed anzi consente di configurarlo come valore di rilevanza generale*.

O modelo compartilhado da prova está embasado em três premissas. A sociedade atual é líquida. Os fatos e as próprias normas jurídicas são dinâmicos e refletem autênticos pontos de abertura ou de coalizão de um sistema jurídico aberto e móvel. Como refere Erik Jayme (1999, p. 25), a pós-modernidade vive

de antinomias, de pares contrapostos: *ela se define justamente através da modernidade, que ela não quer ser*. Daí que a tal pós-modernidade – os nossos tempos líquidos – não procura encontrar o que é comum ou o que é parecido com o outro, pelo contrário, na atualidade, o normal é ser diferente, porque as medidas de tempo-espço já não permitem uma segmentação pontualista.

Ora, tudo é passageiro. As pessoas já não vivem o momento presente, a sociedade está num museu, está numa aula, mas permanece viajando pelo celular. Até os crimes cibernéticos assumiram novas formas, e a própria figura da família está fragmentada – assim como uma raridade de museu que era denominada “sexo com amor”.

Nesse panorama emaranhado de valores e ideias divergentes, o valor preponderante é o “pluralismo”. A partir dele, consagrado o núcleo da dignidade da pessoa humana, podem ser tensionados outros valores em convivência normativa, o que reclama uma coordenação dos sistemas, através da comunicação das normas, e por intermédio de metodologias ponderativas e associativas

Em decorrência desses reflexos da pós-modernidade, no Direito positivo, a leitura dos textos dos direitos fundamentais deixa expresso que fatores morais, políticos, jurídicos e éticos colocam a verdade como um “valor-meio” para que o Estado Constitucional chegue aos objetivos normativamente vigentes. Afinal, o processo justo reúne não apenas um somatório de valores, mas uma ordenação axiológica móvel, que atribui uma visão holística do sistema jurídico.

Isso é básico, está na supremacia da Constituição. O que importa, em realidade, é que os direitos fundamentais densificam os elementos que mais necessitam de tutela. Aqui o ponto – a tutela.

O novo processo civil trabalha com a tutela “desde fora” do processo – daí não se falar mais em condenação, execução, declaração, mandamento ou constituição. É necessário pensar na efetividade para proteger as pessoas contra a lesão ou a ameaça aos direitos. Logo, as necessidades do Direito material, outrora fincadas na figura do “dano”, hoje também se preocupam com a figura do “ilícito”, para formular uma estrutura voltada à proteção dos casos e necessidades que mais interessam à vida civilizada (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 67).

No talvegue da pós-modernidade, portanto, a premissa decorrencial é proteger o diferente, é tutelar o particularismo, por intermédio de um modelo probatório não meramente dicotômico – ora demonstrativo, ora persuasivo. Com efeito, os velhos modelos da dogmática privilegiavam a estática processual. Conferiam uma aparente segurança, porque eram apenas duas ideias como versos de uma moeda, porém, a segurança era aparente, porque a metodologia de trabalho acabava sendo homologada por uma motivação que valia como uma espécie de *warrant fake* – dava uma certa aparência de certeza de *background*, enquanto, em realidade, ocorria uma solução axiomática em que um indício poderia virar prova e uma evidência poderia ser contingenciada e esquecida em um contraditório formal.

26

### *Agora, não remanesce um espaço para uma convicção [...] absolutamente livre, porque o julgador está ligado àquilo que, “desde fora”, as narrativas trazem para dentro do processo: a questão da tutela dos direitos.*

A maneira dicotômica dos modelos de prova remeteria o processo, novamente, a discutir a diferença hermética entre verossimilhança e probabilidade e a questionar a evitação do erro com o juiz Hércules. Ou seja, trocavam os atores, mexia-se nos conceitos, todavia eles continuavam distantes da realidade. Daí que ficavam como meras denominações, sequer conceitos reais, porque distantes do “mundo lá fora”.

Nesse diapasão, evitar lesão ou ameaça de lesão – a tutela no centro da experiência – abre-se um leque de possibilidades de atuação ao processo, o qual, na perspectiva densificadora dos direitos fundamentais, concretiza-se pela técnica processual, técnica esta (OLIVEIRA, 2010, p. 17) que efetua a síntese entre o sistema e a forma de tratamento para, assim, os operadores atingirem os objetivos plurais conviventes.

A terceira premissa toca o formalismo, porque implica uma adequação da técnica processual ao retorno dos sentimentos,

à supremacia da Constituição, e ao dever da tutela dos direitos que vem “desde fora” do processo. O processo, então, vale-se de uma pluralidade de métodos de trabalho para elaborar uma decisão judicial funcionalizada à verdade. No exame da prova, as premissas codependentes não são meramente dogmáticas (relação sujeito-objeto) ou com ceticismo, antes transfiguram uma intersubjetividade que remete a um realismo metodológico.

Realismo metódico quer dizer que as narrativas processuais apresentam problemas contrapostos. Para desvendar a questão, *o terceiro imparcial se garante pelo esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão expressa pela fundamentação. A fundamentação das decisões, por sua vez, é indissociável, do contraditório, é a fiscalização das partes para se alcançar uma decisão racional, não permitindo que seja ela ato isolado do juiz, fruto da sua subjetividade. Pela ampla argumentação, tem-se o direito à prova e assistência de advogado. É uma garantia das partes para que se possa ter o tempo processual apto para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas serão adequadas* (TEODORO; MIGUEL JR., 2012, p. 197).

Agora, não remanesce um espaço para uma convicção – tanto de suficiência como de valoração da prova – absolutamente livre, porque o julgador está ligado àquilo que, “desde fora”, as narrativas trazem para dentro do processo: a questão da tutela dos direitos. Recupera-se o caráter problemático do Direito, mas com uma participação ativa do juiz, que não se trata de um “árbitro de futebol”, daqueles que podem tudo.

Pelo contrário, o juiz do processo deve atender à tutela dos direitos. Daí a importância dessa premissa metodológica, porque ela envolve o contraditório no sentido material, entre as partes, com a garantia de influência e a garantia de não surpresa, nas decisões. O monólogo pouca o litígio e afasta a prova da verdade. Para relativizar essa tendência, para além dos esforços das teorias procedimentais – que predispõem argumentos e escalonam fatores de coalizão validatórios –, o ideal é que a experiência jurídica exclua contradições.

Minimamente, um circuito entre normas e fatos que deve refletir dois aspectos, quando o juiz elabora uma decisão: a) Ele deve referir-se à categoria ou à natureza do problema a ser decidido, porque daí é que se extrai um conjunto de normas (presunções, regras de experiência, técnicas normativas de tendência, políticas públicas) que expressam o “grau” de prova suficiente para que o julgamento seja efetuado; atingido esse “grau” de suficiência, o juiz não pode valer-se do critério subsidiário do ônus da prova (PATTI, 1985, p. 502); b) O legislador não chega a atribuir “graus” de probabilidade dos fatos, não confere uma escala predeterminada de provas que devem prevalecer; contudo, na pós-modernidade, a supremacia constitucional chega a predispor algumas alternativas que se sobrepõem aos demais valores, portanto, o próprio ordenamento jurídico – se observado na tensão dos valores, e com o *revival* dos sentimentos – apresenta uma margem de prejudicialidade onde categorias podem ser privilegiadas, ou determinadas provas podem ser peremptórias, a depender da ponderação ou da multimetodologia aplicada ao caso concreto pelo julgador.

Não se trata de uma resposta pronta. Não se trata de uma receita ou regra de bolso. Justamente, porque reflete aquilo que

a pós-modernidade não quer ser – a pós-modernidade não quer ser moderna.

Chega de modernismos e dicotomias. Logo, o processo justo está comprometido com desígnios sociais e políticos (THEODORO JR., 2009, p. 65) que organizam formalismo processual participativo e ativista em dinamicidade, mas que, sobretudo, reclamam uma redistribuição dos institutos consoante a força da Constituição e das necessidades prementes da tutela.

A técnica deve ser adaptada a essa maneira de observar o processo. Portanto, o modelo compartilhado da prova consiste no esquema em que os sujeitos participam ativamente na feitura dela. É trazer, “desde fora” do processo, o regime jurídico que regulamenta a espécie de cognição; é ter presente que os direitos fundamentais tratam de pluralismos e que o juiz pode errar, mas não deve observar pela evitação do erro, daí não se conformando uma operação meramente dedutivista, mas antes uma operação que depende de arrolar tendências – o que é profícuo na promoção dos valores basilares em nosso ordenamento: a liberdade e a igualdade.

Por entre o princípio dispositivo e o inquisitivo, remontando o liberalismo e a socialização do processo, na classe das teorias procedimentais ou estruturalistas, o que se compromete, no modelo compartilhado da prova, é confiar que o processo reclama um critério externo – uma tutela que advém “desde fora”, portanto, uma tutela em constante mutação.

## 5.2 O ADENSAMENTO DA TIPIFICAÇÃO DAS PROVAS

A experiência jurídica vale-se de provas atípicas para trazer, ao processo, o mundo dos fatos. Com a reiteração de novos casos concretos, a jurisprudência consolida entendimentos que, pela utilidade prática, acabam sendo afirmados na legislação. Nesse momento, algumas provas que outrora eram atípicas assumiram o caráter de provas típicas, porque estão textualizadas no Código de Processo Civil (sem prejuízo de outras fontes versarem sobre a questão).

### 5.2.1 A ATA NOTARIAL

A credibilidade dos carimbos, certificações, registros correspondenciais e ve-

rificações de autenticidade são questões inversamente proporcionais à civilidade (leia-se: boa-fé e colaboração) de uma sociedade. Em realidade, o crédito que esse tipo de prova pode assumir, provavelmente, advém dos diminutos limites geográficos da metrópole portuguesa.

De qualquer maneira, a legislação brasileira mantém simpatia pela burocracia dos cartórios extrajudiciais. Inclusive, argumentos que evitariam o *overload* da jurisdição – e não evitaram, na prática – são utilizados para incrementar a burocracia, para aumentar o número de demandas que são creditadas aos cartórios extrajudiciais. Chega a ser um legado monárquico em pleno terceiro milênio.

O Código de Processo Civil estabelece: *Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.*

Tudo indica que a ata notarial é mecanismo de imediação e atestação entre a feitura de ato eletrônico – pela internet, em especial, rede social via computador ou celular – e a constatação da mensagem digitalmente formulada. Com efeito, o agente público meramente atesta que observou determinada mensagem ou imagem. A partir disso, a ata notarial pode ser apresentada no processo.

O vigor da ata notarial está diretamente relacionado à instantaneidade da atestação que ela efetua, na medida em que é notória a dinâmica das mensagens veiculadas, digitalmente, pela internet. O meio presta-se, portanto, para dizer que tal ou qual mensagem ou imagem, em determinado momento, foi observada, e a distância entre o envio da mensagem e a lavratura da ata (BUENO, 2016, p. 355).

Agora, isso não eleva tal atestação (pela ata notarial) a uma presunção de verdade do conteúdo do documento abalizado/carimbado como “autêntico”, por ser avistado no celular ou no *notebook* de alguém. Evidente que mensagens eletrônicas podem ser manipuladas e a velocidade do *hackeamento* é deveras maior que a possibilidade do “andamento da fila” que existe em qualquer cartório de certidão de atas notariais.

O Direito é fenômeno cultural. Logo, certo que a ata notarial merece uma singela observação de plausível autenticidade, e isso quando não violado um dever que ela deve encerrar – a indivisibilidade da prova (art. 342, parágrafo único, do CPC) –, porque é muito comum que se tente lavrar uma ata do pedaço da conversa que favorece à parte – em conversas de *WhatsApp*, por exemplo – sem, contudo, que se apresente a integralidade da conversa.

Nesse sentido, a autenticidade deve trafegar ao encontro da integridade da prova, do contrário, não merece uma valoração significativa. Apenas fenecerá como ato burocrático sem maior envergadura prática, na formação do convencimento judicial.

Finalmente, o desencontro estrutural entre a ata notarial e a certificação de imagens ou documentos digitais remete esse tipo de prova a uma figura-tampão, de pouca força de convencimento. Pensar que um carimbo ou uma assinatura de agente público pode conferir certeza ou avantajar a verossimilhança de documento digital consiste em comparar os meios de comunicação da cultura do terceiro milênio às escritas do Direito romano. Ora, para que uma ata notarial tenha vigor efetivamente valorativo, ela deve estar na mesma linguagem (PEREIRA NETO, 2001, p. 18) daquilo que ela analisa – ou seja, a ata notarial, os cartórios, enfim, devem estar interligados ao sistema de criptografias e de protocolos de internet para, daí sim, conferirem velocidade e autenticidade indiscutível à prova.

Do contrário, a “novidade” da ata notarial não passa de um arremedo de *hearsay testimony* escrito, e muito aquém daquilo que ela pretende demonstrar, porque jamais assegura a inalterabilidade (PEREIRA NETO, 2001, p. 21) do documento a ser atestado. Ainda mais, quando é praxe, no Brasil, as atas ou documentos aparecem entrecortados, manipulados, violando a indivisibilidade. O dever da apresentação de documento indivisível<sup>12</sup> (CARRATA, 2014, p. 76) não é sinônimo de autoincriminação, mas, sobremaneira, dificulta a possibilidade da mentira – tática odiosa e repudiada pelo ordenamento.

### 5.2.2 A PROVA TÉCNICA SIMPLIFICADA (EXPERT WITNESS OU CONSULENZA TESTEMONIALE)

A metodologia processual orientada pela sincera colaboração e pela boa-fé

processual trata-se de um esquema em que as provas podem ser antecipadas, agilizadas, inclusive, para o próprio reforço do contraditório. A tática brasileira, tradicionalmente, é esconder as provas e surpreender o adversário; de outro lado, em países evoluídos (civilizados, em todos os sentidos do termo), a surpresa não remete à racionalidade da vitória, porque vence quem tem razão, em vez de ter razão – a qualquer custo – quem vence.

Independentemente da triste situação enfrentada na realidade dos foros, a legislação brasileira parece encorpar técnicas probatórias que se aproximam do clássico *discovery*, da *common law*, em que o aparato probatório até poderia prevenir litígios. De fato, em algumas contendas, em vez da esperteza de alguns, prevalece o bom senso e o vigor do processo justo – o processo previsível, em que as provas mais diretas e efetivas devem ser manuseadas para a aproximação da decisão ao vértice da verdade.

**[...] o conhecimento humano tem sido amplificado; o que antes estava restrito a uma perícia, talvez, pode ser explicado por um testemunho técnico, por algum experto que possui qualificação na área, técnica que confere efetividade e celeridade à operação judicial.**

28

No Direito brasileiro, a prova técnica ou a perícia assume um privilégio que exaspera a impossível onisciência do juiz. A perícia, em certos casos, é o único remédio plausível (ver art. 375 do CPC).

Agora, o conhecimento humano tem sido amplificado; o que antes estava restrito a uma perícia, talvez, pode ser explicado por um testemunho técnico, por algum experto que possui qualificação na área, técnica que confere efetividade e celeridade à operação judicial. No Brasil, não chega a ser uma total novidade, porque já havia uma incipiente previsão na Lei n. 9.099/95: *Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.*

Considerada a “informalidade” e a “simplicidade” dos Juizados Especiais, evidente que os técnicos da confiança do juiz não caracterizam um substituto do perito, uma *expert witness*. Porém, a ideia não deixa de ser análoga, no sentido de antecipar o conhecimento da questão de fato, por intermédio da abreviação da gestão da linguagem na coleta da prova: um sujeito que está acostumado a trabalhar em determinado ramo tem mais condições de examinar a previsibilidade das coisas do que um juiz, que é um técnico das normas jurídicas.

A *expert witness* é prova semelhante, porém, deveras mais formal que a oitiva do técnico, que está previsto pelo Juizado Especial. Com efeito, a *expert witness* constitui movimento cultural semelhante, mas cujo formalismo acresce em termos de credibilidade quanto em termos de possibilidade de controle daquilo que a testemunha pronuncia (ANSANELLI, 2009, p. 722).

A questão é identificar qual o tema adstrito ao técnico, ou seja, o que seria admitido, segundo o objeto da prova, a ser explicado pela técnica da *expert witness*. De fato, parece cuidar-

-se de um meio termo entre a perícia e a prova testemunhal, porque tal modalidade aparecerá quando as partes puderem apresentar especialistas que expliquem – direta ou indiretamente – como funciona determinado exame sobre o estado de fatos ou de pessoas. A *consulenza tecnica* trabalha nos espaços não facilmente inteligíveis, vale dizer, naquilo que exaspera o senso comum ou o senso de conhecimento especial do juiz e das partes, mas não chega a ser algo significativamente complexo, a justificar uma perícia mais formal.

Tanto que o próprio CPC confere um caráter subsidiário a tal prova: *Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. § 1º O juiz indeferirá a perícia quando: I – a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III – a verificação for impraticável. § 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade. § 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico. § 4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.*

A nova legislação denomina de “prova técnica simplificada” o trabalho do substituto do perito, isso quando o ponto controvertido for de menor complexidade. A técnica pode conferir mais agilidade ao processo – *il problema è che la consulenza diviene, di fronte ad un giudice non specializzato, una vera e propria prova legale; e assai poco servono le perizie di parte, che soffriranno, dal punto di vista del giudice, della medesima strutturale inintelligibilità* (LOTARIO, 2011, p. 117). Em outras palavras: não importa que o juiz tenha formação técnica em determinada área (THEODORO JR., 2009, p. 78), como a engenharia ou a medicina, o ponto de flexão é que o juiz deve ter o bom senso para nomear a testemunha técnica para assuntos tangentes entre a experiência comum *versus* a perícia; do contrário, o julgador estaria cumulando, indevidamente, especialidades que o sistema jurídico – por eticidade – não permite que sejam cumuladas.

O problema da prova técnica simplificada retorna ao fundamento do próprio novo ordenamento processual – será, mesmo, que o brasileiro dispõe da civilidade e da boa-fé objetiva para apresentar técnicos comprometidos com a “razão da prova”? Ou continuará prevalecendo, como se verifica, facilmente, na prática, o ceticismo de uma inescrupulosa “prova da razão”?

Pode-se dizer que o tempo responderá quanto à eficácia prática desse meio de prova. De outro lado, refletindo sobre alguns séculos da cultura processual brasileira, talvez, o sujeito não precise ser um profeta para imaginar a utilização meramente pontual que o instituto assumirá.

### 5.2.3 A PROVA EMPRESTADA

Os fundamentos lógicos da prova emprestada consistem na economia processual e na unidade da jurisdição. Com efeito,

se uma prova já foi produzida perante a jurisdição, não haveria motivos evidentes para que ela fosse repetida, em outro processo, caso o objeto da prova seja análogo ou seja o mesmo objeto que se pretende provar.

A prova emprestada configura prova documental (CAMBI, 2006, p. 53). Embora, no processo originário, ela pudesse ter sido de outra natureza (prova pericial ou testemunhal, por exemplo), considera-se prova emprestada aquela que já foi produzida outrora, em outro processo, para nele gerar efeitos. Entretanto, na medida em que a essência do objeto da prova pode ser reaproveitada, agora, em outro processo, fala-se em prova emprestada: de um processo para o outro.

O CPC apresenta regulamentação típica sobre a matéria: *Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.*

O ideal é que a prova originária tenha sido produzida entre as mesmas partes, porque o ponto de inflexão do empréstimo de provas, entre processos, é questão do contraditório. Sendo preservado o contraditório, desde a feita da prova, até o transporte da documentação para outro processo, garante-se o processo justo, e toda a sorte de valores que ponderam o ambiente dialético.

A partir da preservação do contraditório – tanto na origem (formação da prova originária) quanto no destino (processo no qual a prova será documentada) – assume-se um caráter mais pragmático do que propriamente teórico. Trata-se da utilidade da prova produzida.

Ora, se a prova não pode ser reproduzida (porque faleceu a testemunha ou porque pereceu o objeto da perícia), a prova emprestada assume maior credibilidade. Ainda no sentido do crédito da prova, é evidente que princípios como o juiz natural e a oralidade são relativizados, tendo em vista a sobreposição pontual da efetividade sobre a segurança jurídica. Do contrário, o formalismo exacerbado não contribuiria para o andamento dos processos, o que acaba sobrearregando todos os desdobramentos das esferas de poder estatal e social.

Segundo Eduardo Cambi (2006, p. 59), a prova produzida em procedimen-

to administrativo, onde garantido contraditório, também pode ser transportado para o processo civil e vice-versa. Vale dizer que a metodologia, desde a admissão até o debate sobre a prova, enfim, a observação formal da produção da prova como atividade de compartilhamento de informações, torna-se o eixo de validação da prova emprestada. Garantidos os direitos fundamentais, o processo administrativo (embora aqueles de cunho punitivo) não se distancia, em termos de estandardização, do processo civil, onde os reflexos da prova emprestada geram efeitos análogos – indenização, sequestro de bens, demissão, dentre outros aspectos.

Finalmente, a interceptação telefônica ou a gravação clandestina – em regra geral, meios de prova admitidos mediante previsão legal para questões criminais (Lei n. 9.296/96) – não consistem em um meio de prova tipicamente utilizado no processo civil. Em questões de eminência civil, o juiz não está autorizado a decretar interceptação telefônica. De qualquer maneira, na medida em que essa prova seja produzida, regularmente, mediante ordem de juiz criminal, ela pode ser emprestada ou transportada para o processo civil ou, inclusive, para o processo administrativo disciplinar.

**[...] a interceptação telefônica ou a gravação clandestina – em regra geral, meios de prova admitidos mediante previsão legal para questões criminais (Lei n. 9.296/96) – não consistem em um meio de prova tipicamente utilizado no processo civil.**

Observados a lei que autoriza a interceptação telefônica, o juízo natural que decretou a interceptação, o contraditório e a proporcionalidade da medida, portanto, trata-se de prova que pode ser emprestada a processo não criminal (LAZARI, 2011, p. 81). Quer dizer, se a interceptação telefônica ou a gravação foram regularmente produzidas na origem – em juízo competente –, tal prova pode ser emprestada ao processo civil.

Inclusive, porque o maior rigorismo formal do processo penal (estandardização em grau máximo: prova acima da dúvida razoável) implica uma prova mais cuidadosa, desde a formação até a valoração. Logo, a pro-

va produzida em processo penal suficiente, como documento degravado, para ser emprestada ao processo civil, chegando a se falar em *utilização ou compartilhamento de dados* (BRILHANTE, 2010, p. 849) colhidos pela jurisdição de outra competência, em razão da matéria.

### 5.3 A PROVA ATÍPICA E A CONFUSÃO

#### REFERENCIADA

O Código de Processo Civil não é taxativo no referente às provas. Inclusive, deixa em aberto a possibilidade de surgirem outras modalidades que sejam funcionais à verdade.

O art. 369 do Código de Processo Civil estabelece: *Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*

O dispositivo ratifica a multifuncionalidade da prova e projeta abertura do sistema do CPC em relação aos demais regimes jurídicos. O problema que consiste no critério que referencia a abertura operativa – o moralmente legítimo.

A questão da moralidade é algo

relativizável em estruturas sociais que ainda estão no divã evolutivo. Portanto, esse fator tem causado um estrago significativo em termos de desencontro de soluções jurisprudenciais.

Mais abaixo, cita-se um exemplo.

### 5.3.1 A INSPEÇÃO OU CONSTATAÇÃO EFETUADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA

A inspeção judicial é meio típico de prova. Contudo, notório que o magistrado não dispõe de tempo para se deslocar até os locais dos fatos, para observar e constatar, *in loco*, a situação de pessoas e coisas.

Na medida em que é inerente à atividade do oficial de justiça a mobilidade, o deslocamento, natural que algumas diligências possam ser facialmente desempenhadas por tal agente público, mediante determinação judicial. O CPC chegou a conferir, ao oficial de justiça, a possibilidade de avaliar determinados objetos.

Além disso, intuitivo que o juiz pode determinar que o oficial de justiça efetue outras diligências compatíveis com a função desempenhada no trabalho de rua, tanto por medida de economia processual como por questão de efetividade da jurisdição.

O CPC estabelece: *Art. 154. Incumbe ao oficial de justiça: [...] II – executar as ordens do juiz a que estiver subordinado.*

Logo, o oficial de justiça desempenha um meio atípico de provar determinados fatos, desde que sejam compatíveis à simplicidade da observação que ele dispõe e na medida de tempo que o *overload* jurisdicional lhe propicia.

### 5.3.2 O COMPORTAMENTO DA PARTE COMO PROVA

Na razão especificada no número 17 do Código de Processo Civil de 1973, Buzaid já divulgava que: *Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever às partes: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.*

No Código de Processo Civil de 2015, a questão da boa-fé atingiu um patamar não meramente cognitivo, antes comportamental, porque se trata de boa-fé objetiva, momento em que a posição jurídica dos atores do processo é analisada de maneira a não poder refletir situações sem lógica, ou sem que haja um compromisso de civilidade litigatória. O CPC estabelece a boa-fé como elemento necessário ao comportamento das partes (art. 5º), o que é reforçado pelo modelo colaborativo de processo civil (art. 6º).

Daí que a boa-fé é uma obrigação processual, até um dever processual, e chega a caracterizar, em termos probatórios, um ônus processual. Em termos de obrigação (ou dever – no presente, utilizados como análogos), a força

normativa do comando estabelece o dever da não contradição, a proibição do abuso do poder processual, a perda de poder processual em face desse abuso, ou mesmo a vinculação decisória a uma expectativa legítima implicada à contraparte, pelo fato do comportamento processual (MITIDIERO, 2011, p. 107).

Os exemplos multiplicam-se esparsamente, pelo CPC, e chamam a atenção pela imperatividade no sentido de uma obrigação da parte: *Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V – declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.*

A boa-fé processual, que caracteriza o comportamento leal e conforme o direito, trata-se da boa-fé objetiva (RIBEIRO, 2004, p. 85). Com efeito, pelas circunstâncias de fato, praticadas dentro do processo (comportamento propriamente dito), o juiz está legitimado a avaliar a situação como desconforme àquilo que seria esperado pela lealdade entre as partes e para com a jurisdição, àquilo que caracteriza uma litigância civilizada.

O comportamento da parte, no processo, é multifuncional. Para além de uma obrigação legal, que pode gerar consequências indenizatórias (perdas e danos, multa), ou consequências expurgatórias (riscar palavras ou pena referente ao atentado), o comportamento da parte em juízo auxilia na formação do convencimento do juiz. Nesses casos, o comportamento processual da parte consiste em um ônus – a depender do que a parte faz, ela perde uma posição processual, em termos de fortalecer um convencimento que não lhe é favorável.

O ônus processual é um encargo da parte, ele é uma condição para que a parte alcance uma posição jurídica de vantagem (ou não). Portanto, o comportamento processual desleal, contraditório, não colaborativo ou contracivilizatório acaba implicando um prejuízo à parte que violenta a boa-fé objetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu tal solução, que já vinha consagrada na jurisprudência (ver Código Civil): *Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa. Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.*

O comportamento processual da parte, no Brasil, constitui prova atípica (art. 369 do CPC). Em outros ordenamentos, configura prova típica.

O Código Civil Italiano estabelece: Art.116. *(Valutazione delle prove) Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinato e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.*

O comportamento da parte, talvez, afete a admissão ou a relevância da prova requerida. Aparentemente, questão mais ligada à realidade do Direito material discutida como demanda. De qualquer maneira, em termos de processo civil, para que o processo justo alcance a decisão judicial tendencialmente verticalizada em direção à verdade, o comportamento processual configura documentação, de contexto, de um fechamento da *Gestalt* operativa que o magistrado deve levar em conta – seja para conferir credibilidade à determinada prova, seja para formar o convencimento, nos casos em que a verossimilitude possível do processo não permite maior precisão probatória. Uma solução hermenêutica, sobretudo, argumentativa, no escopo do *continuum* autoimplicar-se do processo, no Estado Constitucional.

### 5.3.3 O FRENESI DA REDE SOCIAL COMO ALTER EGO DE UMA CIVILIZAÇÃO IMEDIATISTA

As provas mais utilizadas, processos de família, são conversas de *WhatsApp*. Uma prova atípica, assim como o seria uma conversa por *e-mail* ou por rede social. De qualquer maneira, a questão da “moralidade” que o CPC comenta (art. 369) deve ser convergente às implicações constitucionais.

O art. 5º da Constituição garante a privacidade e a intimidade do sujeito: *X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito*

*ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Ainda que sejam travadas conversas digitais, e embora o interlocutor disponha de um documento que fora produzido em suas mãos, alguns limites devem ser observados.

### **A eticidade ou a moralidade da prova atípica é critério referenciador da prova atípica. Daí que o caso concreto é que fornece dados, com base na proporcionalidade, para que a utilização seja liberada – em hipóteses não criminais.**

A eticidade ou a moralidade da prova atípica é critério referenciador da prova atípica. Daí que o caso concreto é que fornece dados, com base na proporcionalidade, para que a utilização seja liberada – em hipóteses não criminais.

Por exemplo: a) falta de credibilidade de um dos interlocutores, por ocasião do comportamento processual desleal, pode retirar a força dessa prova; b) a violação frontal ao postulado constitucional da proporcionalidade, na vertente da “necessidade”, pode refutar a utilização dessa conversação, porque, de qualquer maneira, a conversa digital expõe a intimidade de um dos sujeitos, contra a vontade dele, sem falar na possibilidade da manipulação de dados, o que é facilmente perceptível no *WhatsApp* – ainda mais com determinados programas utilizados por *hackers*, cujo tutorial está no próprio *YouTube*; c) tempo de duração das conversações ou das gravações não pode ser desarrazoado, e tal elemento pode ser extraído do ordenamento, porque, em questões criminais, permite-se interceptações telefônicas por prazos exíguos (15 ou 30 dias, prorrogáveis) – se passar desse prazo, a conversa passa a ser uma devassa, o que contraria ditame da privacidade; d) a relação de equilíbrio entre as partes é fator que demonstra eventual deslealdade, ou seja, se não existe evidente abuso ou algum fato específico a ser demonstrado, a prova da

conversação não é eticamente aprovada; e) inclusive, em situações isonômicas, a gravação ou *print* de conversação pode ser produto de quebra de confiança como *leading questions*, ou seja, diálogos nos quais um interlocutor conduz o outro a dizer o que não queria – isso retira a veracidade, porque configura uma prova de arapuca, moralmente ilegítima; f) quando um dos interlocutores prepara ou efetua um ardiloso cenário para o debate, a prova torna-se imprestável, porque violenta a ética da reciprocidade na confiança entre os sujeitos.

A doutrina (AVOLIO, 2011, p. 8) re-

fere que é prova imoral aquela que consiste em: *Gravação unilateral de conversa (gravação clandestina ou ambiental) em que o autor da gravação dirige ao interlocutor perguntas capciosas para lograr respostas induzidas, que, num falso contexto, poderiam fornecer-lhe versão dos fatos favorável aos seus intentos. São as chamadas “leading questions”.*

Nenhum direito é absoluto, no atual quadrante constitucional. Se o interlocutor pode gravar algumas conversas, evidente que ele não pode efetuar uma devassa na vida da outra pessoa. Pelo contrário, uma devassa caracteriza uma ação delitiva, porque atenta contra o direito público de intimidade do interlocutor.

No caso concreto, por intermédio da proporcionalidade no sentido estrito, a tensão entre os valores definirá a eticidade da prova atípica. No confronto entre eles, prepondera a liberdade e a proteção da intimidade, a não ser que situações excepcionais tirem da curva aquilo que normalmente acontece.

Diálogos ou gravações intermináveis denominam-se perseguição – *stalking*.

Luis Alberto Reichelt (2009, p. 88) comenta: *O respeito a critérios de racionalidade e de justiça exige que se pense a ordenação do processo como uma forma de permitir o acompanhamento, passo a passo, da dinâmica de formação do convencimento jurisdicional. Ao*

mesmo tempo, essa mesma ordenação pressupõe a obediência a valores que transcendem o mundo do meramente jurídico, os quais permeiam o conteúdo dos comandos que compõem o sistema normativo de maneira a pautar a conduta dos sujeitos processuais em uma dimensão cultural. Nessa perspectiva, razão e valor são dimensões que se entrelaçam na dinâmica de interpretação da realidade com vistas à construção de decisões, permeando o raciocínio judicial de maneira a garantir sua orientação no que se refere à forma e ao conteúdo.

Isso posto, o caso concreto deve ser ponderado, os valores plurais devem ser tensionados, para que a atipicidade não se transforme em antiética ou imoralidade institucionalizada.

## 6 CONCLUSÃO

O problema sobre a decisão da questão de fato no processo civil não apresenta fórmulas ou esquemas mais contáveis que jurídicos. A questão é ressaltar que não se resolve o problema ao remeter soluções para a motivação da sentença. A questão da relação entre prova e verdade deve ser enfrentada desde a origem – ou seja, desde as necessidades do direito material até ao largo das técnicas abertas e moveções que o CPC predispôs.

O compromisso dinâmico da prova não constitui conceito pronto. Justamente, tudo o que ele não quer ser é algo pronto e acabado, nos moldes cartesianos do positivismo. As soluções e técnicas surpreendem propostas que, na circularidade em relação ao caso concreto, podem auferir resultados que elaborem uma concordância prática entre a visão de contexto (holística) e particularista (analítica) dos meios de prova. Daí tratar-se de uma atividade em diuturno aperfeiçoamento e, sobretudo, dinamicidade.

O mito da codificação, do jusestatalismo, do legicentrismo e do formalismo interpretativo cede espaços a um diálogo entre as fontes, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana e cujos objetivos são a garantia da liberdade e da igualdade. A verdade – bom, a possível verdade – configura um “valor-meio” que encerra previsibilidade à metodologia processual.

Tudo sopesado, fala-se em modelo compartilhado de prova, firmado em três premissas: a) pluralismo e particularismos, um mundo líquido, que deve ser objeto de diuturna atualização pelo saber jurídico; b) o regime das provas processuais não é adstrito às regras do processo e a questão da standardização ou dos modelos de constatação não é adstrita ao Direito saxônico; pelo contrário, na medida em que a tutela jurisdicional elabora uma perturbação de direito + processo, as provas reclamam tutela “desde fora”, o que envolve as implicações dos direitos fundamentais e se reflete nas técnicas de adequação do processo às necessidades do Direito material; c) finalmente, o modelo compartilhado enseja uma participação colaborativa dos atores processuais e vale-se de múltiplas metodologias, porque somente a problematização das narrativas, ante as necessidades das pessoas de carne e osso, é que pode ser resolvida por critérios racionais que empreendam razoabilidade, proporcionalidade, ponderação, enfim, humanismo, quando da elaboração de uma decisão.

## NOTAS

- 1 A doutrina também comenta uma função psicológica e uma função jurídica, respectivamente, para o aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova (MOREIRA, 1988, p. 75).
- 2 Na medida em que defende o ônus da prova como um “dever”, ainda mais considerando os poderes instrutórios do juiz, respeitável doutrina dispensa uma maior preocupação com a natureza subjetiva do ônus da prova. Ver Ramos (2015). De outro lado, parece majoritária a tendência de que os poderes instrutórios do juiz não apoucam a função promocional do sentido subjetivo do ônus da prova, pelo contrário, a função de pacificação social, e o caráter publicístico do processo estabelece uma comunidade de trabalho, no qual *il confine tra potere dispositivo delle parti e poteri d'ufficio del giudice finisce così per presentarsi come mobili, per risultare necessitata per l'accertamento della verità materiale*. Ver Vidiri (2012, p. 1157).
- 3 A motivação do juiz deve explicar por que os fatos que ele reputou relevantes, para a decisão, foram compreendidos daquela maneira. Porque isso explicita o mecanismo da própria enunciação normativa, base do esquema do direito continental – *quem instaura processo de cognição pleiteia o reconhecimento ou a produção de determinado efeito jurídico. Ao órgão competente para julgar a causa, incumbe pronunciar-se acerca do efeito pretendido. Como todo efeito resulta da incidência de uma norma jurídica sobre um fato (ou conjunto de fatos), para julgar, necessita o juiz, de um lado, reconstituir o fato (ou o conjunto de fatos) e, de outro, identificar a norma aplicável*. Ver Moreira (1988, p. 73). A *Normentheorie* consiste no reconhecimento explícito do diálogo explícito entre Direito e processo, um está impregnado no outro.
- 4 Inclusive, a questão da “inesclarecibilidade”, suscitada por Marinoni, é conclusão que reporta a estrutura do processo justo ao objeto de análise, em virtude disso, levam-se em conta a vulnerabilidade, a posição da parte, a melhor possibilidade de provar algo, a natureza do fato, dentre outros fatores. O importante é perceber que tudo isso é proveniente da natureza das coisas, do Direito material, desde fora do processo, uma peculiaridade que remonta ao diálogo entre as fontes, e Marinoni, com propriedade, é repetitivo em lembrar. Em outra época, até porque os *modelos de comprovação* eram culturalmente mais limitados, o sopesamento de verossimilhança era facilmente aceitável, ainda hoje podendo ser, e ocorre que, no presente, em época de internet, câmeras por todos os lados, gravações e ampliações de escutas e telefonias, parece que o confronto entre verossimilhanças mais se aproxima de um critério resolvido com base no ônus da prova no sentido objetivo. Consultar Walter (1985, p. 193 e ss.).
- 5 Todas as classificações ou definições ombreiam um paradigma, é inerente à condição humana, o que desde o início é salientado. A tendência científica ou a incessante busca é identificar e trazer à tona os critérios definitórios e classificatórios e concluir com a polarização da pretensão de correção. A opção de reputar uma postura doutrinária como mais ou menos formalista, realista, ou moderada, não quer dizer que está acolhida absolutamente tal ou qual postura doutrinária, mas que, de alguma forma, estão sendo conjugados esforços no sentido de compreender o que esses textos transmitem quando internalizados à nossa cultura. Hart fora reputado de *realista moderado* no presente trabalho, o que não afasta o eventual predicado de *positivista*, que podem lhe emprestar, assim como também não está afastada a possibilidade de se reputar Taruffo como um *formalista*, apesar de ele, aparentemente, ter a predileção por escrever sobre fatos, embora fatos que estejam minimamente controlados por normas, o que não o afasta do paradigma hartiano, somente em épocas com meio século de diferença, mas sobretudo com um requinte linguístico cujas balizas possuem o mesmo ou semelhante epicentro jusfilosófico. A grande questão de qualquer abordagem científica é identificar as tendências jurídicas contemporâneas e, a partir deste caldo de cultura aplicável ou não à realidade brasileira, extrair disso tudo alguma sorte de justificativas estruturantes da presente pretensão de regularidade ou, com isso, afirmar o que é possível elaborar para irradiar uma melhor regularidade ao Direito nacional, em especial, ao conjunto das decisões judiciais.
- 6 Testemunha por ouvir dizer.
- 7 A instrução e reconstrução dos fatos não é um *unicuum*, mas um *continuum* que repercute a metodologia do contraditório e se categoriza juridicamente na solução da decisão judicial. Ver Michele Taruffo (2010, p. 206).
- 8 A formação do convencimento judicial *versus* a utilização do critério do ônus da prova para o julgamento é um autêntico dilema. *Nei casi in cui*

- il giudice, pur constatando che le prove prodotte spingono in una certa direzione, non perviene al ripensamento della <verità>, compie per così dire un passo indietro, ripartendo da zero ed applicando la regola sull'onere della prova. Conseguentemente, ad esempio, l'attore che purè aveva prodotto alcune prove in grado di dimostrare la verossimiglianza del fatto, ma non tali da vincere ogni possibile dubbio del giudice, vede respinta la sua domanda.* (PATTI, 1985, p. 497)
- 9 Outro exemplo: o art. 23 do CDC refere que a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade. O elemento normativo da culpa não permite afastar a consequência jurídica que tutela o consumidor em face dos vícios dos produtos e dos serviços. A culpa não pode ser alegada como justificativa. Deveras, o sistema de defesa do consumidor enaltece a proteção da confiança como uma base do ordenamento, tanto que a definição de vício que compromete o dever de adequação do produto ou serviço é a segurança (arts. 12, § 1º, e 14, § 1º) ou a finalidade (arts. 18 e 20, § 2º), aspectos decorrenciais ou derivativos de um estado de coisas que o próprio legislador regulamentou como padrão.
  - 10 *Il progressivo passaggio dei diritti umani dall'ordine sociale all'ordine (anche) statale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <oggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell'ordine giuridico. Un <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità.* (OPPO, 2002, p. 835)
  - 11 A Escola de Processo Civil da UFRGS, pelo menos, enquanto capitaneada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, parece adotar a teoria de Fazzalari, para quem o processo consiste no polo metodológico do processo civil. De qualquer maneira, ele ressalta que está superada a ideia de um juiz superpartes, de uma assimetria absoluta do processo, no sentido de a jurisdição estar no centro de todas as tomadas de decisões sobre o juízo de fato. Inclusive, em termos filosóficos, o transcendentalismo entre prova e verdade não reflete, somente, a apreensão dogmática do objeto pelo sujeito, antes repercute a viragem linguística na qual o sentido das coisas – do objeto da prova – é adquirido pela intersubjetividade; é produto de um compartilhamento que interlocuciona os atores processuais.
  - 12 A parte não é obrigada a dizer a verdade substancial, daí falar-se em boa-fé subjetiva, quando da manifestação da parte em termos de princípio dispositivo. O dever da completude ou da indivisão da prova não remete a uma verdade substancial, porém, ajuda a evitar a mentira: *si vuole solo evitare che la ricostruzione dela fattispecie storica dedotta in giudizio sia in qualche modo falsata o alterata e perciò si impone alla parte di non essere consapevolmente reticente o scorretta, omettendo fraudolentemente alcuni elementi o particolari che as bene essere rilevanti nel contesto della domanda o dell'eccezione avanzata* (CARRATA, 2014, p. 76).

## REFERÊNCIAS

- ANSANELLI, Vincenzo. Comparazione e ricomparazione in tema di *expert witness testimony*. *Rivista di diritto processuale*, Padova, anno 64, n. 3, p. 713-724, maggio/giugno 2009.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Gravações dandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER Teresa Arruda Alvim (org.). *Processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais, v.4).
- BRILHANTE, Tércio Aragão. Gravações telefônicas e de imagens como provas no processo administrativo disciplinar. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 24, p. 851-847, 2. quin. dez. 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2.ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.
- CALAMANDREI, Piero. Verdad y verossimilitud en el proceso civil. In: *Derecho processual civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1959. Tomo 3.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CARRATA, Antonio. Doveri di verità e completezza nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, anno 68, n. 1, p. 47-76, mar. 2014.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica do ônus probatório. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 90, n. 788, p. 92-107, jun. 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.
- FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 88, n. 759, p. 24-40, jan. 1999.
- KANT, Immanuel. *Lógica*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 1989.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.
- KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.
- LAZARI, Rafael José Nadim. Sobre a validade da interceptação telefônica como prova emprestada em processo não penal. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 572, p. 79-81, jul. 2011.
- LOTARIO, Dittrich. La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza técnica e fatto notorio. *Rivista di diritto processuale*, Padova, anno 66, n. 1, p. 108-125, gen./febr. 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno 48, n. 6, p. 829-836, nov./dic. 2002.
- PATTI, Salvatore. Libero convencimento e valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, n. 40, p. 481-519, 1985.
- PEREIRA NETO, Miguel. Os documentos eletrônicos utilizados como meio de prova para a constituição de título executivo extrajudicial e judicial. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Internet: o direito na era virtual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In: PICARDI, Nicola; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, ano 31, n. 95, p. 71-87, set. 2004.
- SANTOS, Andrés de la Oliva. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Madrid: Civitas, 2005.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2010.
- TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 154, p. 207-222, dez. 2007.
- TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JÚNIOR, Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*: RIHJ, Belo Horizonte, ano 12, n. 15, p. 183-201, jan./jun. 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A importância da prova pericial no devido processo legal. *Revista IOB de Direito Civil e Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 11, n. 62, p. 64-79, nov./dez. 2009.
- VIDIRI, Guido. Giusto processo, accertamento della verità materiale e <imparzialità> del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 67, n. 6, p. 1547-1566, nov./dic. 2012.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Trad. ed. 1979 por Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

Artigo recebido em 6/7/2018.

Artigo aprovado em 10/8/2018.



# A OBJEÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

35

## *OBJECTION AS A DEFENSE MECHANISM PERTAINING TO THE WRIT OF EXECUTION*

Bernardo Silva de Seixas  
Gabriela Costa de Oliveira Paiva

### **RESUMO**

Trata da exceção de pré-executividade, instituto corolário do processo de execução, utilizado pela parte interessada como instrumento de defesa, com o viés de corroborar os princípios constitucionais do contraditório e ampla-defesa e do direito de petição, manuseado para alegar questões de ordem pública, conhecidas de ofício e que não necessitem de dilação probatória.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Processual Civil; exceção de pré-executividade; princípio do contraditório; ampla-defesa; processo executório; execução.

### **ABSTRACT**

*This paper discusses the pre-execution exception as a corollary institute to the writ of execution, referred to by the interested party as a defense system – used for claiming public order issues, known ex officio and requiring no production of evidence – with a view to corroborating the constitutional principle of the adversary system and also the right to counsel and to petition.*

### **KEYWORDS**

*Civil Procedure Law; pre-execution exception; adversary system (principle); right to counsel; writ of execution; execution.*

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por delimitação a exceção de pré-executividade como instrumento de defesa no processo de execução, a corresponder ao princípio constitucional do contraditório e da ampla-defesa, constante do art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Este instituto representa mais do que um direito de petição, é constituído para representar a defesa ao devedor que, em razão de uma execução infundada, não acabe tendo os seus bens constritos.

Criado por Pontes de Miranda no ano de 1966, por meio do seu parecer de n. 95b (*in Dez Anos de Pareceres*) para a Companhia Siderúrgica Mennesman, a grande questão envolvendo o caso “Mennesman”, como era denominado na época, estava voltada para o grande número de ações contra a companhia, todas fundadas em títulos executivos notavelmente falsos, baseados em valores exorbitantes. É um instrumento utilizado para, mediante prova pré-constituída, levar ao conhecimento do magistrado questões de ordem pública que deveriam ser conhecidas de ofício por estar consolidadas em requisitos essenciais à execução, como a certeza, a liquidez e a exigibilidade do título executivo.

A exceção de pré-executividade é um instrumento importantíssimo ao ordenamento jurídico, pois tem o objetivo de fazer com que o executado possa realizar sua defesa de forma imediata, levando ao conhecimento do magistrado matérias relacionadas às nulidades constantes do título executivo que dá início ao processo de execução. Esse meio de defesa tem a finalidade de desconstituir a relação jurídica nula e todos os atos dela decorrentes, podendo o executado por simples petição – e sem a necessidade de aguardar intimação ou até mesmo constrição de seus bens – defender seus interesses por meio das alegações de matérias de ordem pública, ou seja, que deveriam ser reconhecidas de ofício.

**[...] a exceção de pré-executividade é um instrumento que tem como objetivo levar ao conhecimento do magistrado nulidades referentes ao processo de execução, tendo, no seu escopo, a desconstituição da relação jurídica [...]**

Grande discussão gira em torno de qual denominação é a mais adequada para a exceção de pré-executividade. Entende-se, atualmente na doutrina, que a terminologia “exceção” está reservada às matérias de defesa, que só podem ser conhecidas a partir da alegação da parte interessada, ou seja, aquelas tratadas no âmbito da literalidade do executado, no Código de Processo Civil. Já a terminologia “objeção” refere-se a matérias de ordem pública que devem ser conhecidas *ex officio*, ou seja, a prescrição, a decadência, a ilegitimidade de parte, entre outras.

Com o advento da Lei n. 13.105/15, grandes alterações no diploma do Código de Processo Civil foram feitas, e, com elas, a inclusão de dois dispositivos, quais sejam, o art. 525, § 11, e o art. 803, parágrafo único. Debate-se, atualmente, a hipótese de serem a possível positivação da exceção de pré-executividade. No primeiro, discute-se a defesa do executado na fase de cum-

primento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia certa; no segundo, versa-se sobre a fase de execução propriamente dita, envolvendo a questão do conhecimento pelo juiz de matérias de ordem pública.

Atualmente a exceção de pré-executividade é mais utilizada quando se fala de um procedimento específico regido pela Lei de Execução Fiscal, procedimento este que se inicia por um título executivo extrajudicial chamado “Certidão de Dívida Ativa”, que constitui o objeto de impugnação por parte do executado, mediante a exceção de pré-executividade. Ao se tratar do processo de execução constante de uma dívida ativa, esses títulos executivos, denominados CDA, por diversas vezes, acabam possuindo vicissitudes que, se não forem alegadas de pronto pelo executado, podem acabar por lhe prejudicar. Muitas das vezes, não se faz justo que a parte executada por um título manifestamente nulo tenha que ter por constritos seus bens ou garantido o juízo por meio de uma penhora para que, somente assim, possa oferecer defesa, sendo nesse aspecto que encontramos a grande importância da exceção de pré-executividade, pois nela não necessita da garantia do juízo para sua interposição, não depende de intimação ou de uma penhora e dispensa a dilação probatória.

Portanto, resta clara a importância do instituto tratado ao longo deste trabalho, pois a sua melhor compreensão pode gerar um grande avanço ao ordenamento jurídico e até mesmo ao jurisdicionado.

## 2 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SUAS CARACTERÍSTICAS

A exceção de pré-executividade ou objeção de pré-executividade, como também é conhecida, é um instituto que foi criado por Pontes de Miranda no ano de 1966, no parecer jurídico de n. 95 (*in Dez Anos de Pareceres*) para a Companhia Siderúrgica Mennesman.

A grande questão envolvendo o caso “Mennesman”, como era denominado na época, estava voltada ao grande número de ações contra a companhia, todas fundadas em títulos executivos notavelmente falsos, baseados em valores exorbitantes, não sendo justo que o executado sofresse primeiro a constrição de seus bens, procedimento que era usual na época, para depois afastar a validade do título executivo por meio dos embargos à execução.

A partir disso e ante a falsidade destes títulos executivos, protocolou-se uma petição levando ao conhecimento do magistrado a existência de tal irregularidade, com o objetivo de obstar, de imediato, o prosseguimento daquela execução, não havendo nomeação de bens à penhora, evitando-se assim maiores prejuízos à Siderúrgica. A partir desse cenário, surgiu o que conhecemos por exceção de pré-executividade.

Assim, nos casos em que o magistrado deveria conhecer da matéria de ofício e acabava por não conhecê-la, sofria o executado os efeitos, conforme explica Assumpção Neves (2011, p. 1126): *Apesar de o sistema jurídico da época prever como defesa típica do executado os embargos à execução, não teria sentido obrigar o executado a ingressar com uma ação incidental de embargos para alegar uma matéria que o juiz já deveria ter conhecido de ofício. Realmente não tem nenhum sentido lógico ou jurídico condicionar em termos extremamente formais a alegação de uma matéria que o juiz deve conhecer de ofício.*

Tem-se entendido que o instituto sobre o qual versa o pre-

sente trabalho de curso possui denominação, segundo Siqueira Filho (2000, p. 87): *Arguição de nulidade feita pelo devedor, terceiro interessado, ou credor, independente de forma, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, referente aos requisitos da execução, que suspende o processo até o seu julgamento, mediante procedimento próprio, e que visa à desconstituição da relação jurídica processual executiva e consequente suspensão dos atos de constrição material.*

Tem-se, como possibilidade de alegação, em sede de embargos à execução, os conhecidos por causar defeitos a petição inicial como ausência de pressupostos processuais e condições da ação, a inexistência ou a deficiência do título, porém é certo que, se a irregularidade se mostrar evidente e puder ser conhecida de ofício, sendo de ordem pública e a ponto de dispensar a dilação probatória, pode o executado, de imediato, nos autos da execução, evidenciá-las, fazendo por meio de uma simples petição, sendo esta a exceção de pré-executividade.

Define Olavo de Oliveira Neto (2000, p. 121) a exceção de pré-executividade como sendo um *incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuções ilegais ou infundadas mediante cognição exauriente da matéria nele vinculada a ser de plano realizado pelo juiz.*

Constata-se, portanto, que a exceção de pré-executividade é um instrumento que tem como objetivo levar ao conhecimento do magistrado nulidades referentes ao processo de execução, tendo, no seu escopo, a desconstituição da relação jurídica e a sustação de todos os atos decorrentes daquele processo, evitando-se assim maiores prejuízos ao executado.

Ademais, segundo Didier (2002), a exceção de pré-executividade possui três características fundamentais que devem ser ressaltadas: a atipicidade, pelo fato de que ainda não existe um possível amparo normativo sobre o instituto; limitação probatória, apoiada na proibição de dilação probatória; e, por fim, a informalidade, devendo ser apresentada no processo executório por simples petição, sem regras quanto ao estabelecimento de prazos ou rigor em seu procedimento.

Neste sentido, conceitua Darlan Barroso (2007, p. 334): [...] *a objeção ou*

*exceção de pré-executividade é um meio de defesa incidental, em que o executado, munido de prova documental e sem a necessidade de dilação probatória, provoca o julgador dentro do processo de execução para arguir questão de ordem pública relativa às condições da ação ou a pressupostos processuais, isso sem necessidade de embargos.*

**[...] pode então o executado adversar a execução sem a necessidade de preencher os pressupostos processuais exaustivos quanto aos embargos de declaração, como por exemplo, seu prazo de interposição [...]**

Discorre também e complementa Hélio Apoliano Cardoso (2009, p. 25): *A exceção de pré-executividade constitui remédio jurídico de que o executado pode lançar mão, a qualquer tempo, sempre que pretenda infirmar a certeza, a liquidez ou a exigibilidade do título por meio de inequívoca prova documental, independentemente sua propositura de prévia segurança do juízo, exigível, conforme a nova ordem processual, apenas para o fim de receber os embargos no efeito suspensivo.*

Dessa forma, pode então o executado adversar a execução sem a necessidade de preencher os pressupostos processuais exaustivos quanto aos embargos de declaração, como por exemplo, seu prazo de interposição, podendo fazer as vezes do instituto da exceção de pré-executividade como via de defesa de imediato, ou também do cumprimento de sentença, podendo utilizar-se deste instituto para se esquivar de uma penhora, sem a necessidade da garantia prévia do juízo.

No que diz respeito à natureza jurídica da exceção de pré-executividade, não se pode dizer que ela tenha natureza de ação, assim como os embargos à execução por exemplo, em razão de não permitir ela a dilação probatória, tendo a doutrina e jurisprudência caminhado no sentido a considerar que sua natureza jurídica é de incidente processual, bem como explica Mizael Montenegro (2012, p. 500): [...] *de acordo com o posicionamento quase unânime da doutrina e da jurisprudência, entendemos que a exceção de pré-executividade é incidente processual (assim como a impugnação ao valor da causa, a exceção de incompetência relativa, o inci-*

*dente de falsidade documental etc.), processando-se não no interior da execução, mas em instrumento apartado, sendo a decisão que põe fim ao incidente prejudicial em relação à demanda executiva, pela só razão de poder acarretar a sua extinção sem a satisfação do crédito reclamado pelo exequente, que se auto-intitulou credor.*

No mesmo sentido, a Quinta Turma do Tribunal Regional da Terceira Região acordou: *AGRAVO DE INSTRUMENTO. NATUREZA JURÍDICA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIAS A SEREM ARGUIDAS EM SEDE DE EMBARGOS.*

1. *Somente é admissível a oposição de Exceção de Pré-Executividade quando tratar de matérias de ordem pública, conhecíveis de plano pelo magistrado, possuindo natureza jurídica de mero Incidente Processual, cuja decisão deve ser combatida por agravo de instrumento ante ao cunho interlocutório, vez não ter posto fim à execução fiscal.* 2. *Precedentes do STJ.* 3. *Recurso desprovido.* (85861 SP 2007.03.00.085861-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, Data de Julgamento: 27/04/2009, QUINTA TURMA.)

Sendo assim, é importante distinguir a natureza jurídica deste instituto para que se possa delinear as características envolvendo a decisão que resolve a exceção. Como ante o exposto, não há dúvidas ou discordâncias acerca do que foi abordado neste tópico do trabalho, compartilhando a doutrina e jurisprudência da mesma percepção.

É indiscutível que as matérias que norteiam a exceção de pré-executividade são as de ordem pública, ou seja, aquelas que são alegáveis e conhecíveis a qualquer tempo ou grau de jurisdição; portanto, incluem-se neste rol as de conhecimento *ex officio* pelo juiz.

Tempestuoso, no entanto, é identificar então o que se enquadraria nas matérias de ordem pública, quais sejam: (a) os

pressupostos processuais de existência: jurisdição, representação do autor por advogado, petição inicial e citação; (b) os pressupostos processuais de validade: juízo com competência, juiz imparcial e não impedido, capacidade e legitimidade processual, petição inicial e citações válidas; (c) os pressupostos processuais negativos: coisa julgada, litispendência, e perempção; (d) as condições da ação: legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.

Em razão de a exceção de pré-executividade não suspender a execução, e o fato de que o tempo é fator crucial para o seu trâmite, deve-se, então, aplicar-se a técnica de cognição adequada. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 21), *a técnica da cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela*.

A técnica de cognição da exceção de pré-executividade assemelha-se bastante à utilizada no mandado de segurança, com a produção de prova pré-constituída para se demonstrar o direito líquido e certo de impetrante, não havendo espaço, portanto, para a dilação probatória, além dos documentos que devem ser acostados nos autos da ação. Marinoni define essa técnica de cognição como exauriente, ou seja, aquela *secundum eventum probationes*.

Por conseguinte, a cognição da exceção de pré-executividade esvazia-se com a prova da demonstração de sua alegação, podendo eventual dilação probatória ser realizada posteriormente, por meio da interposição dos embargos à execução.

Logo, esses critérios conferem justiça para as partes, tendo em vista que concernem ao princípio do contraditório e ampla defesa, impedindo que se prossiga com uma execução, que liminarmente resta categoricamente viciada e, por conseguinte, não autorizada a produzir efeitos sobre o patrimônio do devedor.

38

**[...] as matérias que norteiam a exceção de pré-executividade são as de ordem pública, ou seja, aquelas que são alegáveis e conhecíveis a qualquer tempo ou grau de jurisdição; portanto, incluem-se neste rol as de conhecimento ex officio pelo juiz.**

É notório o conhecimento de que o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa surge da máxima de que ninguém será privado de sua vida, liberdade ou de seus bens sem que haja o devido processo legal. Tem-se este uma importante relevância para o ordenamento jurídico pátrio, se não for o de maior relevância e o mais estimado.

Tal princípio encontra-se disposto no art. 5º, LV, da CRFB/88, caracterizado como um direito fundamental, no qual encontra sua petrificação, haja vista ser considerado um direito constante de cláusula pétrea, segundo o art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88.

Em paralelo a este princípio, encontra-se outra garantia constitucional constante do art. 5º, XXXVI, da CRFB/88, qual seja, a de que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Têm-se, de um lado, um credor que deseja ver satisfeito o crédito e garantida a dívida, e, do outro, um devedor que não pode ter constritos os seus bens sem o devido processo legal e muito menos com base em uma execução infundada e notavelmente ilegal.

Em razão disso, tem o executado o direito de contradizer a pretensão, de modo a obter, por meio de vias de defesa, uma tutela jurisdicional negativa do Estado, buscando precaver seu direito de propriedade e a eficácia do devido processo legal.

Em consequência disso, percebe-se que o direito processual tem-se amoldado em virtude desses contornos constitucionais, isto é, a constitucionalização do processo para que seja garantido às partes um processo justo e legítimo, resguardando o direito ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório e isonomia.

Em consequência do exposto, resta provada a absoluta legitimidade da exceção de pré-executividade para obstaculizar execuções eivadas de vícios e atos ilegais que possam adentrar o direito de propriedade do particular.

Nestes termos, dispõe Zaneti Júnior (2007, p. 191): *É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a 'máxima da cooperação' (Kooperationsmaxima) [...] O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate*.

Levando-se em consideração que as matérias que possam ser argüíveis em sede de exceção de pré-executividade estão relacionadas às de ordem pública e que devem ser conhecidas *ex officio*, ou levado ao conhecimento do magistrado algum fato que, por si só, seja suficiente para obstar o prosseguimento da ação de execução, qual seja, a ausência de condições da ação ou algum outro pressuposto processual específico, é de se convir que a medida pode ser proposta então pelo devedor, pelo credor, por terceiros ou por qualquer pessoa interessada.

Nesse sentido, deve-se alertar o magistrado quanto a qualquer vício que, de alguma forma, ocorra ou tenha ocorrido durante o processo e tenha passado despercebido. Nesta perspectiva, dispõe Marcos Valls Feu Rosa (2000, p. 55): *Alertar para o fato de que recebeu o que não poderia ter recebido, de que deferiu o que não poderia ter deferido, de que determinou o que não poderia ter determinado o juiz consciencioso, presumivelmente, examinará ou reexaminará os requisitos da execução independentemente de quem deu o alerta*.

Em virtude disso, importa é que a nulidade seja levada ao conhecimento do juiz; deste modo, podem fazer as vezes de desvelar tais vícios não só o devedor, mas também o credor, que apesar de deter o maior interesse em ter sanada a dívida, deve contribuir para que a relação processual não se desenvolva de forma patológica, até porque pode existir tal nulidade que venha a prejudicá-lo no futuro processual.

Em relação aos terceiros, deve-se ponderar, na análise, que sua intervenção não se deve a "intervenção de terceiros" na aceção processual do termo, mas, sim a um *aviso ao juiz de que a execução não pode prosseguir, porquanto ausentes os requisitos para o início ou para o prosseguimento da mesma* (ROSA, 2000, p. 55).

Portanto, conclui-se que não importa quem será o sujeito a levar ao conhecimento do juiz a informação de que há um vício que está por macular o processo, o que realmente importa é fazer com que o magistrado consiga enxergar tal nulidade, que

possa examinar a razão de não a ter conhecido de ofício e tome as devidas medidas processuais cabíveis.

Não há necessidade de se observar uma forma específica para arguir a exceção de pré-executividade, basta que esta seja feita por simples petição, assim como entende o Superior Tribunal de Justiça: *a nulidade da execução pode ser arguida por simples petição, em sede de exceção de pré-executividade*.

Como já se evidenciou, a exceção de pré-executividade poderá ser arguida por simples petição (STJ), não sendo necessária a observância dos requisitos dispostos no art. 319 do CPC. Entretanto, aquele que a apresenta em juízo deve observar e juntar todos os documentos necessários às alegações constantes do instituto, porque assim como o remédio constitucional do mandado de segurança, a exceção de pré-executividade não requer a dilação probatória, devendo, no ato de sua interposição, estar tudo pré-constituído.

Uma vez interposta, não pode o magistrado analisar seu conteúdo sem a prévia oitiva do exequente, uma vez que isso viola o princípio constitucional do contraditório e ampla-defesa. Além disso, pode o exequente demonstrar, desde logo, que a razão não se encontra em quem apresentou a exceção de pré-executividade, o que ocasionaria a retomada do curso processual.

A resposta à exceção de pré-executividade deve ser dada da mesma forma, por simples petição, e, como não se tem previsão legal para este ato, deve o juiz fixar o prazo que entender necessário, o qual, consoante Olavo de Oliveira Neto (2000, p. 123), não pode ultrapassar a marca dos 10 (dez) dias, até porque se deve observar os princípios da brevidade e utilidade dos prazos. Tendo transcorrido o prazo, com ou sem resposta do exequente, deve o magistrado decidir.

Tendo o juiz decidido a questão levantada na exceção de pré-executividade, põe fim ao instituto dentro do processo, e, a partir desse momento, levantar-se-ão duas questões: o juiz acolhe o incidente trazido pelo instituto e, em seguida, tranca o andamento da execução, ou o juiz rejeita e determina o curso normal do processo. Vale ressaltar que, nesse momento, deve o magistrado ter a delica-

deza de analisar todo o contexto processual, para que possa evidenciar, desde logo, se a parte faz uso do instituto com o fito de protelar o andamento da execução, aplicando à parte as sanções processuais cabíveis, caso ocorra.

Logo, observa-se que o magistrado possui um papel essencial nesse momento, qual seja, o de filtragem do conteúdo do instituto apresentado pelo devedor, para que a arguição deste não seja utilizada com o mero objetivo de atrasar o andamento processual e prejudicar a lide.

### ***A técnica de cognição da exceção de pré-executividade assemelha-se bastante à utilizada no mandado de segurança, com a produção de prova pré-constituída para se demonstrar o direito líquido e certo de impetrante [...]***

Para parte da doutrina, há o entendimento de que a propositura deste instituto processual não suspende o curso do processo por não haver previsão legal para tanto. Porém, o entendimento que predomina é o de que, uma vez arguida a exceção de pré-executividade, deve o processo de execução ser suspenso. Se pararmos pra analisar, faz todo o sentido que se tome como certa a suspensão da execução quando da interposição da pré-executividade, tendo em vista que ela tem o objetivo de adentrar o patrimônio de quem está sendo executado, e se a execução se fundar em um título executivo manifestamente injusto, pode então acabar acarretando inúmeros prejuízos ao devedor.

Nesse sentido, deve, portanto, ser entendido que a arguição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso por colocar em xeque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em outros termos, da apropriação (ROSA, 2000, p. 83).

Enfim, a jurisprudência se inclina para o entendimento da suspensão do curso da execução, desde que a exceção de pré-executividade seja devidamente recebida pelo juiz, até para evitar que atos executórios posteriores sejam praticados sem necessidade, colocando em risco também o princípio da economia processual.

### **3 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**

Passou-se a admitir na doutrina e na

jurisprudência, antes da posituação do instituto pelo Código de Processo Civil, que as matérias de ordem pública que seriam passíveis de conhecimento *ex officio* e, também, qualquer matéria cuja comprovação dependesse de prova pré-constituída, fossem passíveis de conhecimento por meio de simples petição nos próprios autos da execução. Tal modalidade de defesa ficou amplamente conhecida como exceção de pré-executividade.

Na Doutrina, há grande discussão quanto à denominação mais adequada do instituto, havendo quem a denomine

de exceção de pré-executividade, objeção de pré-executividade ou até mesmo de exceção de não-executividade.

Atualmente a expressão “exceção de pré-executividade” é a mais usual pela doutrina, tendo em vista que assim foi denominada por Pontes de Miranda, seu desenvolvedor, na vigência do diploma processual de 1939. Quando tratamos dessa denominação “exceção” queremos dizer as matérias que não poderão ser conhecidas *ex officio*, mas somente por meio da alegação do interessado, ou seja, do executado.

O termo “exceção” passou a ser mais usual com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o qual corresponde às defesas processuais, como por exemplo, a suspeição, a incompetência ou o impedimento. Portanto, é correto afirmar que a expressão “exceção”, quando combinada para se fazer referência ao instituto, é tratada no âmbito da literalidade do executado, ao abordar as matérias de defesa do Código de Processo Civil que só o interessado pode alegar.

Segundo Alexandre de Freitas Câmara (2008, p. 389), as possíveis alegações do executado por meio da exceção de pré-executividade seriam: *Da falta de algumas das “condições da ação” (incluindo-se aqui, as questões ligadas à teoria do título executivo, como a falta de liquidez da obrigação ou a inadequação do meio escolhido para a obtenção da tutela jurisdicional executiva [...]) e as referentes à legitimidade das par-*

tes e a possibilidade jurídica da demanda), ou de algum pressuposto processual como, e.g., a falta de capacidade processual ou irregularidade formal da demanda executiva.

Em relação ao termo “objeção”, alguns autores acham que este melhor exprimiu a negativa da executividade, que deveria ter sido de pronto reconhecida pelo juiz, mas que, por não ter sido, acaba dando azo ao executado para apresentar defesa quando tomar conhecimento da execução indevida.

A expressão “objeção” refere-se às matérias que podem ser conhecidas de ofício, ou seja, a prescrição, a decadência, a ilegitimidade de parte, entre outras, segundo versa Barbosa Moreira (2000, p. 585-586): *É de se dizer, nesse momento, que a denominação “exceção de pré-executividade”, muito embora tradicional (e, por tal razão, empregada ao longo do texto), não é das mais apropriadas. Por esse motivo, aliás, é que a grafamos entre aspas. Como se sabe, a denominação exceção foi, tradicionalmente, reservada para aquelas matérias de defesa que só podem ser conhecidas mediante alegação do interessado. Fala-se, neste sentido, em exceção de contrato não cumprido. Para se referir às matérias de defesa que podem ser conhecidas de ofício, a doutrina sempre preferiu reservar o nome objeção, como se tem, por exemplo, na objeção de litispendência ou na objeção de decadência. Além disso, a rigor a questão suscitada não diz respeito ao que é prévio à execução, razão pela qual tampouco é adequado falar-se em pré-executividade.*

Os autores que defendem o uso da expressão “objeção” referem-se a ela como correta porque acreditam que mais adequadamente denomina o instituto, em razão de estabelecer melhor relação com as matérias que serão conhecidas de plano pelo juiz, sem a necessidade de que o interessado as alegue para que sejam apreciadas.

Para Fredie Didier Júnior (2010, p. 394), a denominação preferível seria “exceção de não-executividade”: *Como foi visto atualmente se admite a alegação de qualquer questão em “exceção de pré-executividade”. Partindo da premissa de que o termo “exceção” é, também, sinônimo de defesa, qualquer uma, convém mantê-lo. A opção por “objeção” reduziria indevidamente a abrangência do instituto. O complemento, porém, realmente deve ser extirpado, por não ter sentido. Opta-se, então, pela designação: “exceção de não-executividade.”*

Didier Júnior compõe uma parte da doutrina que não faz rejeição ao termo exceção, para ele o termo “objeção” reduziria a abrangência que possui o instituto, em razão de possuir o termo exceção um caráter mais abrangente, haja vista que se remete às questões de defesa processuais que podem ser alegadas pelo executado. Ele entende também que não seria correta a utilização do termo “pré-executividade”, em razão de as questões a serem suscitadas em sede de defesa da utilização do instituto não estarem relacionadas ao que é prévio à execução, no sentido de que não pode nem haver a execução.

O fato é que a nomenclatura do instituto, muito debatida e objeto de muitas discussões, nada muda no fato de ser constantemente utilizada e de possuir tamanha importância ao jurisdicionado. Com a devida vênia aos grandes doutrinadores que delinearam o instituto, entendo como mais correta a denominação “exceção de pré-executividade”, utilizada neste trabalho.

#### 4 O ART. 525, §11 E ART. 803, PARÁGRAFO ÚNICO, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSÍVEL POSITIVAÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Antes do surgimento da Lei que instituiu alterações no Código de Processo Civil, a exceção de pré-executividade era apenas uma grande construção doutrinária e jurisprudencial, que, até os dias atuais, tem sido fortemente utilizada como instrumento de defesa no processo de execução, porém sem estar tipificada em algum diploma legal.

Com o Código de Processo Civil de 1973, caberia ao executado dentro do processo de execução, defender-se apenas por via dos embargos à execução como um meio para desconstruir o título executivo e apresentar alegações contra o suposto crédito do exequente. No entanto, por mais que fosse uma construção doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade ainda era utilizada como um meio de defesa, muitas das vezes mais escolhida por se tratar de um meio de defesa simples, com o fito de impedir que o executado sofresse grandes modificações em seu patrimônio decorrentes dos atos constritivos do processo de execução, principalmente pelo fato de existirem erros cruciais nos títulos executivos relacionados à legalidade, prescrição, entre outras matérias de ordem pública, as quais deveriam ser reconhecidas de ofício.

A alteração introduzida no Código de Processo Civil pela Lei n. 13.105/15, no âmbito da própria execução, não trouxe alterações substanciais ao procedimento, sendo mantido em suma aquilo já estabelecido no diploma anterior. O instituto da exceção de pré-executividade, muito utilizado como forma de defesa na fase de execução do processo, que, até o advento do Novo Código de Processo Civil, era apenas uma construção doutrinária, hoje a partir de grandes discussões doutrinárias, encontrou sua implícita positivação.

Entretanto, há de se destacar a inclusão de dois dispositivos que trouxeram uma alteração muito importante para o ordenamento jurídico, os quais têm sido interpretados pela doutrina como a positivação da exceção de pré-executividade, cuja previsão inexistia no CPC, quais sejam, o art. 525, §11 e o art. 803, parágrafo único.

Para que possamos entender essa importante alteração, mais precisamente a que corresponde ao art. 525, §11, do Novo Código de Processo Civil, faz-se necessário que se compreenda a fase de cumprimento definitivo de sentença. Este dispositivo ora mencionado encontra-se no Capítulo III – Do cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia certa – e dispõe: *Art. 525. [...] §11: As questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato* (BRASIL, 2015, grifo nosso).

A fase de cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia certa ou já liquidada ocorre quando há o trânsito em julgado da sentença que reconhece o dever do pagamento de quantia certa, tornando-se a obrigação

exigível a partir deste momento, devendo ser iniciada mediante requerimento do exequente.

A partir desse momento, ocorre a intimação do executado para o pagamento da quantia que está sendo executada, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, acrescidas as possíveis custas, se houver. Caso o executado perca esse prazo de pagamento, incidirá sobre o valor que pretende o exequente uma multa de 10% (dez por cento) sobre o valor total, a qual tem o objetivo de garantir a maior efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, e, caso o executado pague parcialmente a dívida, essa multa incidirá sobre o valor não pago.

Não havendo o pagamento por parte do executado, respeitado o prazo de 15 (quinze) dias para o feito, o juiz determinará que se expropriem os bens daquele, mediante um mandado de penhora e avaliação de seus bens.

No momento em que se decorre o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento, sem que este tenha ocorrido voluntariamente, começa a correr, automaticamente, independentemente de intimação ou da própria penhora, o prazo para que o executado ofereça a impugnação ao cumprimento de sentença. É neste momento que se pode ofertar a exceção de pré-executividade.

Caberá a exceção de pré-executividade, de acordo com o art. 525, §11, quando algum fato superveniente tiver de ser alegado após o prazo de apresentação dos embargos à execução, a exemplo do cumprimento das obrigações após o prazo previsto no art. 523 do NCPC, em que o executado possui 15 (quinze) dias para o pagamento voluntário, transcorrido esse prazo, abre-se novo prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. O §11 evidencia, mais precisamente, que, depois de ofertada a impugnação, todas as questões que guardem relação com a higidez e validade dos atos executórios serão formuladas por simples petição, nesse caso, por meio da própria exceção de pré-executividade, que deverá ser apresentada no prazo máximo de 15 (quinze) dias contados da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato.

A partir da interpretação deste pri-

meiro dispositivo, já pode-se vislumbrar a positividade da exceção de pré-executividade, agora passaremos à análise do segundo dispositivo, que traz consigo também a positividade do instituto.

O Art. 803, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil encontra-se disposto na parte do código que versa sobre as diversas espécies de execução, o qual dispõe: *É nula a execução se: I – o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível; II – o executado não for regularmente citado; III – for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo. Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução* (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Da leitura do dispositivo ora mencionado destacamos que este elenca três espécies de vícios insanáveis, ou seja, que geram a nulidade do título executivo: (a) título executivo extrajudicial que não corresponde à obrigação certa, líquida e exigível; (b) o executado não ter sido regularmente citado e (c) quando a execução houver sido instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

O que faz a total diferença neste dispositivo é quando passamos à análise do seu parágrafo único, que assevera que as nulidades tratadas no artigo serão pronunciadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

Nota-se então a vontade do legislador em reconhecer o instituto da exceção de pré-executividade quando diz que tais matérias podem ser conhecidas de plano pelo magistrado ou que o próprio executado, dado seu interesse, pode alegá-las independentemente de embargos à execução, ou seja, sem a necessidade de garantia do juízo ou que se espere o transcorrer do prazo dos embargos à execução para poder ofertar uma defesa a um título executivo eivado de vícios.

Entende-se que a exceção de pré-executividade tem como finalidade levar ao conhecimento do magistrado questões que deveriam ter sido conhecidas de ofício, e que não necessitam de dilação probatória, em razão do título executivo, e tal previsão encontra-se no art. e art. 803, parágrafo único.

Esses dois dispositivos passaram a versão, não apenas da forma, mas também do tempo e do modo, a ser oposta à exceção de pré-executividade, que, seguida de orientação jurisprudencial, denominou por “simples petição”, o que, para a doutrina trouxe uma flexibilização na análise de seus requisitos de admissibilidade. E se, com o diploma de 1973, não contava com a sua previsão no ordenamento jurídico e, conforme doutrina majoritária poderia ser alegada a qualquer tempo desde que não tenha ocorrido a coisa julgada, com a nova legislação, deixa de ser um instituto “atípico”, ou seja, sem previsão legal e, nas situações dos dois dispositivos ora mencionados, haverá um prazo de 15 (quinze) dias para o executado se valer do instituto para que seja proferida sua defesa. Tal prazo consta do art. art. 525, §11.

Ademais, as questões de ordem pública, que são de extrema importância e devem ser conhecidas de ofício, como por exemplo, a prescrição, a decadência, a ilegitimidade de partes e erros formais quanto ao título executivo que dá origem à própria execução continuam sendo passíveis de alegação a qualquer tempo.

#### **5 A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA LEI N. 6.830/80 (LEI DE EXECUÇÃO FISCAL) E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A PARTIR DE SUA POSSÍVEL POSITIVAÇÃO NO ART. 525, § 11 E ART. 803, PARÁGRAFO ÚNICO**

É importante compreender que a exceção de pré-executividade e sua aplicabilidade nada mais é do que o próprio direito de ação, assim como é também um sinônimo de defesa. A respeito disso leciona Fredie Didier Jr. (2004, p. 56): *Do mesmo modo que se fala do direito de ação como o direito de provocar a atividade jurisdicional, relacionando-o com o autor (demandante), fala-se da exceção como o direito do réu de resistir à postulação que lhe foi formulada, de ser ouvido e de ter, como consequência, uma decisão que aprecie a postulação do autor. Ambos são assegurados constitucionalmente (art. 5.º, XXXV e LV, da CF/1988).*

A cobrança judicial de Dívida Ativa da Fazenda Pública dá-se por meio da Lei n. 6.830/80, mais conhecida como Lei de Execução Fiscal, e subsidiariamente com o Código de Processo Civil.

O rito especial constante da Lei de Execução Fiscal é conhecido como mais célere e eficiente quando pensamos em satisfizer o crédito, contudo, por meio desse procedimento, a defesa do executado se concentrava apenas no uso dos embargos à execução, o qual só poderia ser ofertado com a devida garantia do juízo. Porém, o próprio legislador com o art. 38, *caput*, da Lei de Execução Fiscal, resolveu excepcionar essa regra, autorizando o executado, por meio de ações autônomas, a ter a possibilidade da interposição nos próprios autos da execução da exceção de pré-executividade como defesa, gerando assim um incidente processual.

O procedimento fiscal dá-se com o lançamento do crédito tributário, sendo notificado o sujeito passivo, tendo por esgotado o procedimento administrativo, quando será então inscrito o crédito tributário em Dívida Ativa para que, desse modo, seja dado início à Ação de Execução Fiscal, por meio de um título executivo denominado “Certidão de Dívida Ativa”. Vide o art. 784, IX, NCPC, que dispõe: *São títulos executivos extrajudiciais: [...] IX – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; (BRASIL, 2015)*

**[...] tem o executado o direito de contradizer a pretensão, de modo a obter, por meio de vias de defesa, uma tutela jurisdicional negativa do Estado, buscando precaver seu direito de propriedade e a eficácia do devido processo legal.**

42

Este procedimento é regido pela Lei n. 6.830/80, mais conhecida como Lei de Execução Fiscal (LEF), e subsidiariamente utiliza-se, neste ato, o Código de Processo Civil. De acordo com a LEF, em seu art. 2º, § 5º, a Certidão de Dívida Ativa, ou CDA como conhecida, deve conter:

*Art. 2º [...] § 5º: O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:*

*I – o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;*

*II – o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;*

*III – a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;*

*IV – a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;*

*V – a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e*

*VI – o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida (BRASIL, 1980).*

Estando a CDA regularmente inscrita, superando todos os seus pressupostos para validade, eficácia e liquidez, por força dos mandamentos dispostos no art. 204 do Código Tributário Nacional e o art. 3º da LEF, gozará de presunção de liquidez suficiente para se iniciar o Processo de Execução Fiscal. Contudo,

estando a Certidão de Dívida Ativa composta por vícios que retiram sua liquidez, cabe ao executado o ônus de expungir aquela presunção, por meio de prova inequívoca.

Nesse caso, antes de ser a exceção de pré-executividade instituída pela lei que alterou o Código de Processo Civil com a entrada dos dispositivos novos que a positivaram, somente existia a positivação dos embargos à execução como instrumento manejável pelo executado para se defender de uma CDA eivada de vicissitudes, porém, para se utilizar deste recurso, a parte interessada necessita preencher alguns pressupostos para sua interposição, dos quais garantir previamente o juízo mediante a penhora, depósito ou fiança bancária todos suficientes a cobrir a dívida que foi posta em litígio.

Estando a parte interessada sendo executada por meio de um título composto por vícios e, para poder interpor sua defesa no processo executório, ainda necessitar ter seus bens constritos não parece uma das alternativas mais razoáveis ou justas. Nesse sentido, a carência de se utilizar da exceção de pré-executividade, que é um meio mais viável no caso, pelo qual o executado, além de não precisar de dilação probatória, não necessitará também de garantia prévia do juízo. Sem esquecer um fator muito importante, que são as matérias que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, nas quais o executado não poderá se valer desse esforço para oportunizar sua defesa. Nessa linha, Raphael Madeira Abad (2003, p; 351) dispõe: *[...] a exceção de pré-executividade pode ser defendida como uma mera petição através da qual o executado aponta (e prova) as nulidades do processo executivo ao qual está sujeito e, por independerem de provocação, podem ser reconhecidas de ofício. Assim, não há como impedir que o magistrado tenha acesso a tais informações e, uma vez ciente dos vícios, mesmo que através de meio informal, não há como impedir que tome providências no sentido de regularizar ou extinguir o processo, conforme o caso.*

O procedimento utilizado na interposição da exceção de pré-executividade numa ação de execução fiscal dá-se mediante simples petição nos autos em andamento para que se instale o incidente processual. Segundo Leonardo Greco (2000, p. 199), *para a arguição da exceção não se exige prazo, nem forma ou procedimento especial. Pode ser arguida por escrito ou verbalmente.*

Ao recebimento da exceção de pré-executividade, deve o juiz, respeitando o princípio do contraditório e da ampla-defesa, oportunizar ao exequente prazo para que este se manifeste acerca do que está sendo arguido pelo executado. Nesse caso, o prazo é de livre arbítrio do magistrado, não existindo determinação típica para a sua estipulação.

Durante esse interregno, da impetração da exceção de pré-executividade até uma decisão do juiz, é prudente que o andamento processual da execução seja suspenso, pois seria abusivo e ilegal dar continuidade a uma execução fiscal podendo certamente chegar aos atos de penhora, adentrando o patrimônio do executado, que está justamente se valendo daquela ação para comprovar a inexigibilidade da dívida cobrada. Vale lembrar que esse procedimento de suspensão dos autos deve ser corroborado nos pedidos da exceção de pré-executividade.

Em relação ao recurso cabível no processo de execução para impugnar a exceção de pré-executividade, este vai depen-

der da postura que tomará o magistrado, sendo, no caso de uma decisão interlocutória, interposto um agravo de instrumento e, no caso de já ter sido prolatada uma sentença, caberá apelação, nos moldes do Código de Processo Civil.

Sobre o uso do instituto a partir de sua positivação no Código de Processo Civil, com o art. 525, §11, e art. 803, parágrafo único, acredito que pode ser utilizada, por analogia, como numa ação de execução fiscal, adentrando numa ação de execução comum para combater um título executivo eivado de vícios, fazendo a parte interessada alegações de ordem pública, que deveriam ser reconhecidas de ofício.

## 6 CONCLUSÃO

Resta clara, como vislumbrado ao longo deste artigo, a grande importância que o instituto da exceção de pré-executividade possui para o ordenamento jurídico. Esta é, sem dúvidas, a observância clara do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, constante do art. 5º, inc. LV, da CRFB/88, que, nesse caso, advém da ideia de que ninguém será privado de seus bens, vida e liberdade sem o devido processo legal.

Atualmente é um dos meios mais eficazes de extinguir uma ação de execução que está eivada de nulidades, em razão de ser um instrumento de defesa célere e justo. A exceção de pré-executividade foi instituída para que o patrimônio do executado seja resguardado ante uma execução baseada em título executivo eivado de vicissitudes, sem a necessidade de o interessado fazer dilação probatória ou garantir o juízo para que possa adentrar com sua defesa.

Há de se salientar que o instituto pode propiciar a garantia de um princípio de muita importância constante do processo civil, qual seja, o da economia processual, tendo em vista que, para sua interposição, é necessária a prova pré-constituída, mas não somente isso, tem o viés de assegurar ao executado o direito de ter suas alegações devidamente apreciadas pelo Poder Judiciário, por meio do seu direito de petição, impedindo o prosseguimento de ação de execução manifestamente improcedente.

Embora o tema possua muitas ressalvas por parte dos estudiosos do Direito e da Jurisprudência, aos poucos

foi tomando forma no ordenamento jurídico. A recente Lei n. 13.105/15, que alterou o Código de Processo Civil, por sua vez, inovou ao positivizar o assunto com dois de seus dispositivos: art. 525, §11 e art. 803, parágrafo único, que versam, de forma clara, as características do instituto e de sua interposição perante um processo executório. Portanto, o instituto possui, atualmente, uma maior visibilidade a partir da inovação trazida pelo Código de Processo Civil.

Isso posto, acredita-se que, a partir dessas alterações e inovações feitas para propiciar a melhora na utilização do instituto, este seja utilizado não somente nos processos de execução fiscal, mas também nos processos de execução em si, devido a sua relevante importância para a defesa do jurisdicionado.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 299-318, jan. 2011.
- ABAD, Raphael Madeira. et al. *Execução Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.351.
- BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. *Lei n. 13.105, de 15 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015].
- BRASIL. [Lei de Execução Fiscal (1980)]. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1980].
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 84-100.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 5. p. 394.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 54-66, 2004. p. 56.
- GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 547-552.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1195.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz*. Revista Forense, São Paulo, v. 96, n. 351, p. 585-586, set. 2000.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 410.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Método, 2011. p. 226.
- SOUZA, Demétrius Coelho. Exceção ou objeção de pré-executividade. *Revista Jurídica da Unifil, Londrina*, PR, ano 3, n. 3, p. 46-58, 2006. p. 47.
- SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de pré-executividade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. Disponível em: [http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica\\_03-4.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-4.pdf). Acesso em: 17 dez. 2016.

Artigo recebido em 14/3/2019.

Artigo aprovado em 30/3/2019.

**Bernardo Silva de Seixas** é Assessor de Desembargador.

**Gabriela Costa de Oliveira Paiva** é Advogada.



## LON LUVOIS FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO

### *LON LUVOIS FULLER AND THE INTERNAL MORALITY OF LAW*

Reis Friede

#### **RESUMO**

Discorre sobre a moralidade interna do Direito sob a ótica de Lon Luvois Fuller.

Apresenta o debate sobre o Jusnaturalismo e o Juspositivismo e as controvérsias históricas associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural que, embora já superadas, suscitam inúmeros aspectos que merecem dedicação acadêmica.

#### **PALAVRAS-CHAVE**

Teoria do Direito; Filosofia do Direito; Jusnaturalismo; juspositivismo; moralidade; direito.

#### **ABSTRACT**

*This paper discusses the internal morality of law from the perspective of Lon Luvois Fuller.*

*It launches a debate over natural law theory and legal positivism, as well as over historical controversies linked to the confrontation between both positive and natural law, which, despite having been resolved, still raise countless aspects deserving of academic dedication.*

#### **KEYWORDS**

*Law Theory; Legal Philosophy; Natural Law Theory; legal positivism; morality; law.*

## 1 INTRODUÇÃO

Noberto Bobbio, aludindo às pesquisas empreendidas por Kuttner, afirma que o primeiro uso da fórmula *Direito Positivo* (*jus positivum*) teria ocorrido pelas mãos de Abelardo, filósofo medieval do fim do século XI, registrando, outrossim, que investigações anteriores apontavam que tal expressão teria sido primeiramente empregada por Damaso, nos idos do século XII. Para Abelardo, segundo narra Bobbio (1995, p. 19), o Direito Positivo *illud est quod ab hominibus institutum*, ou seja, apresenta como característica o fato de ser *posto* pelo ser humano, ao contrário do Direito Natural, *posto* por algo ou alguém que está além dele, como a *natureza* ou *Deus*.

Contemporaneamente, a expressão Direito Positivo pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas estabelecidas com o fim de regular a vida em sociedade. É o Direito cuja elaboração depende da vontade humana, revelando-se através da forma escrita (lei) ou não escrita (norma consuetudinária, norma costumeira ou costume jurídico). É, ainda, o Direito institucionalizado, passível de ser imposto coercitivamente, abarcando a Constituição, as leis, os códigos, os tratados, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, os decretos, as portarias etc.

Tal conjunto de normas jurídicas, como se vê, é criado a partir de decisão humana, seja pela atuação estatal (o processo de produção normativa, por exemplo), seja de modo socialmente difuso, por meio do qual se forjam os denominados costumes jurídicos. Assim, a análise do Direito Positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos a essência do brocardo *ubi societas, ibi jus* ("onde está a sociedade, está o Direito"). Com efeito, diante do poder soberano inerente ao Estado, cada país estabelece, no âmbito do respectivo território estatal, e em atenção à realidade social, o pertinente Direito Positivo, revelador, em última análise, do modo de ser de uma determinada comunidade.

Exatamente como acontece em relação ao Jusnaturalismo, que experimentou diversas perspectivas teóricas ao longo do tempo, o Positivismo Jurídico, de seu lado, também comporta várias incursões analíticas, reveladoras das mais diversas tendências explicativas, conforme será abordado.

## 2 O JUSPOSITIVISMO EM JEREMY BENTHAM

O inglês Jeremy Bentham (1748-1832), nos termos de sua *Teoria Utilitarista do Direito*, argumenta que as normas jurídicas devem ser interpretadas sob o prisma dos efeitos produzidos quando de sua incidência concreta. Assim, na ótica de Bentham, *justa* é a norma que, uma vez aplicada, produz efeitos *bons*; ao contrário, aquela cuja incidência concreta acarreta consequências *ruins* deve ser reputada como *injusta*.

Nota-se, pois, que o critério esposado por Bentham, para o fim de qualificação dos aludidos resultados, consiste exatamente na noção de *utilidade*. Destarte, *bom*, na ótica do pensador inglês, é o que produz *prazer*; *mau*, por sua vez, o que causa *dor*. No plano social, *bom* ou *justo* é o que tende a aumentar a *felicidade* de todos ou, pelo menos, de um grande número de pessoas (DINIZ, 2000, p. 58).

Explica Dias (2015, p. 147-166) que, *por ser conforme uma noção de natureza humana que busca o prazer e foge da dor*, o princípio de utilidade *reconhece que os homens agem de acordo com determinadas finalidades, segundo seus interesses, e coloca como norma que os indivíduos busquem seu prazer ou seus interesses*. No mesmo sentido, ensinam Marcondes e Struchiner (2007, p. 116) que, de acordo com o princípio de utilidade, *o bem seria aquilo que maximiza o benefício e reduz a dor ou o sofrimento*, do que se depreende que *terão mais valor de um ponto de vista ético as ações que beneficiarem o maior número de pessoas possível*.

No que concerne especificamente ao embate entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, cabe mencionar que

Bentham, em sintonia (no seu aspecto global) com as premissas do *Utilitarismo*, formulou críticas ao Direito Natural, justamente por entender que as leis são fruto da vontade humana, consistindo, ademais, em meios que possibilitam a consecução de determinados fins (princípio de utilidade). Com efeito, Bentham entende que *não há direitos naturais em contraposição ou distinção aos legais, sendo a expressão uma mera figura de linguagem; e que, quando se emprega essa expressão, no momento que se tenta dar-lhe sentido literal, o resultado é o erro – o tipo de erro que leva à perniciosidade, ao extremo da perniciosidade* (Edmundson, 2006, p. 75).

## 3 O JUSPOSITIVISMO EM JOHN AUSTIN

O inglês John Austin (1790-1858), a partir de influências teóricas advindas, principalmente, de Jeremy Bentham, mostrou-se preocupado em introduzir um enfoque analítico no âmbito da Teoria do Direito, tendo publicado, em 1832, aquela que é considerada sua mais relevante obra, fruto das dez primeiras lições que havia proferido na Universidade de Londres: *A Delimitação do Objeto do Direito* (*The Province of Jurisprudence Determined*, 1832).

Contrapondo-se aos rumos jusnaturalistas de sua época, Austin empreendeu esforços no sentido de estabelecer – organizada, sistemática e analiticamente – os aspectos conceituais do Direito, buscando promover a separação entre este e a Moral, embora admitisse a existência de conteúdos morais no âmbito do sistema jurídico. De fato, o Direito, afirma John Austin, existe independentemente de ser *injusto*, isto é, sua validade deve ser aferida sob o aspecto conceitual, e não a partir de fundamentos morais. Uma lei *existente*, menciona Austin, *existe*, ou seja, *é lei*, ainda que a aprovemos ou não.

De acordo com as lições de Edmundson, Austin não admirava a expressão *Direito Natural*, tendo em vista que, na sua ótica, tal locução ensinava uma *analogia com as leis da natureza – tais como as da Física*, devendo, pois, ser evitada.

John Austin é destacado por ter concebido – a partir de inspiração teórica buscada nas reflexões de Jeremy Bentham – o Direito como um autêntico conjunto de *comandos/ordens* (amparados na ideia de *coerção*) oriundos do *soberano* no exercício do seu poder ilimitado (Teoria Imperativa do Direito), razão pela qual, na visão austiniiana, este não se submete ao próprio Direito por ele estabelecido, podendo utilizá-lo, portanto, como um instrumento de poder.

Nesse contexto, cumpre ao juiz, ao decidir os mais diversos casos que se lhe apresentam, aplicar exatamente o *comando* advindo do *soberano*. Não obstante, diante da inexistência de um *comando* ajustável ao caso concreto, deve o juiz resolvê-lo como julgar mais adequado, porquanto tacitamente autorizado a fazê-lo pelo mesmo *soberano*. Com efeito, sob o prisma de tal construção teórica de Austin, a autorização tácita para decidir acaba por tornar tais decisões tomadas pelos juizes em autênticos *comandos* do *soberano*.

#### 4 O JUSPOSITIVISMO EM HANS KELSEN

Morrison, ao discorrer a respeito da visão crítica de Hans Kelsen (1881-1973) em relação à teoria anterior, afirma que o professor austríaco *interpreta Austin como um empirista relativamente simples, o que significa que Austin interrompeu sua análise no nível descritivo geral, sem proceder aos atos interpretativos necessários à contemplação da natureza especificamente jurídica da atividade social observada*, asseverando, ademais, o seguinte: *Em essência, Kelsen acusa Austin de não ter compreendido a estrutura normativa da legalidade, e argumenta que, no fim, a teoria austiniiana pretende extrair uma série de proposições ‘dever-ser’ de proposições ‘ser’ [...]. As unidades estruturais básicas da teoria de Austin eram observações de fatos sociais, a redução da ideia de regras de obrigações aos comandos de um soberano e aplicação desses comandos; à procura de dados empíricos para criar uma ciência do direito, o observador se dava conta das regularidades de um soberano que costumava ser obedecido e não obedecia a ninguém, e que comandava sujeitos que habitualmente obedeciam. Kelsen, porém, perguntou: “De que modo isso descreve o processo por meio do qual alguém deve obedecer ao direito?”*

*Para Kelsen, as regras eram as características observáveis (na escrita etc.) de um sistema normativo. As regras eram, portanto, as características de superfície do direito, e as normas sua essência interior; conquanto elas possam ter dado origem aos atos de “vontade” de um Parlamento, ou à adoção de um costume por um juiz, uma vez aceitas como direitos adquirem existência independente; sua validade não depende da vontade de um mandatário: “uma norma é uma regra que afirma que o indivíduo deve comportar-se de uma determinada maneira sem afirmar, porém, que tal comportamento seja a vontade específica de alguém”.* (MORRISON, 2012, p. 391-392)

A principal obra de Hans Kelsen é, sem sombra de dúvida, a conhecida *Teoria Pura do Direito* (1934). Segundo o magistério de Morrison (2012, p. 411), tal produção teórica *fala a uma modernidade que está lidando com a democracia, o perspectívismo e a indeterminação do objetivo social*, sendo claramente identificada por Kelsen *como um projeto de direito antinatural*. Na realidade, conforme anota Sgarbi (2006, p. 31), a *Teoria Pura* não é apenas o nome de um livro, mas de um projeto, tendo em

vista que a pretensão de Kelsen, em última análise, era conduzir o Direito ao *status* de Ciência Jurídica, intento que, de certa forma, acompanhou toda a trajetória acadêmica do formidável pensador austríaco, cujo escopo teórico sempre consistiu em *estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre bem acabadas, ao seu maior propósito, vale dizer, a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país*. Por oportuno, conforme dito pelo próprio Kelsen: *A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.*

*Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.* (KELSEN, 1987, p. 1)

Assim, segundo explica Sgarbi (2006, p. 33), o vocábulo *“pura”* é *palavra que expressa o que os teóricos do Direito ainda não conseguiram obter, mas que cumpre a ele, Kelsen, viabilizar*, isto é, uma *leitura específica da juridicidade, sem interferências de outros campos do conhecimento que não agem na precisa delimitação do Direito*, inclusive o pertinente à moral. No mesmo sentido, Bugallo (2009, p. 11) aduz que: *Kelsen, por sua vez, destaca que seu objetivo é construir ‘uma teoria do direito positivo’, do direito positivo ‘em geral, não de uma ordem jurídica especial’. Portanto, ‘teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas’, embora ‘forneça uma teoria da interpretação’. “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto”. Teoria do direito positivo, isto é, do direito “que é e como é”, não do direito que deveria ou poderia ser.*

Com o advento da *Teoria Pura do Direito*, conforme explica Soares, o *Positivismo Jurídico* converte-se em uma variante do *normativismo lógico*, aprofundando o *distanciamento da Ciência do Direito em face das dimensões valorativa e fática do fenômeno jurídico*.

Da mesma forma, a aludida *Teoria Pura*, no dizer de Soares (2013, p. 162), configura uma *nítida reação ao sincretismo epistemológico no conhecimento jurídico*, tendo como escopo último afirmar a *autonomia e a especificidade metódica da Ciência do Direito*, aspectos que, na ótica de Kelsen, encontravam-se comprometidos *seja pela tentativa metafísica do jusnaturalismo de convertê-la em uma filosofia da justiça, seja pelo propósito empirista do historicismo e do sociologismo jurídico de subordiná-la a outras ciências que cuidam dos fatos sociais, tais como a história e a sociologia*.

A concepção kelseniana envolve, ademais, a *Teoria da Norma Jurídica* (na qual a norma jurídica é estudada como sentido objetivo de um ato criador de Direito dotado de validade) e a *Teoria do Ordenamento Jurídico*, identificado como um *sistema de normas*, disposto hierarquicamente como uma *pirâmide*, no qual a validade de uma norma inferior depende de uma norma superior, que estabelece os critérios formais e materiais para sua produção (SOARES, 2013, p. 163). Assim, consoante as formulações teóricas de Kelsen, *dizer que uma norma é válida é o mesmo que dizer que existe no conjunto normativo e que, por existir, deve ser obedecida e aplica-*

da juridicamente (SGARBI, 2006, p. 41), do que se infere que, na visão kelseniana, não cabe à Ciência do Direito responder o que é justo ou conforme a justiça.

Da mesma forma, dissertando sobre a validade da norma sob a perspectiva de Kelsen, Bugallo registra que *a validade é construída em função de elemento tipicamente kelseniano, isto é, o formal*.

A respeito da separação entre Direito e Moral, asseveram Bittar e Almeida que *validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos*, concluindo os autores, então, que *uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta*.

Como se observa, a autonomia do Direito, para Kelsen, só se alcança isolando o jurídico do não jurídico, o que significa afirmar que o Direito, como ciência, deve significar um estudo lógico-estrutural, seja da norma jurídica, seja do sistema jurídico de normas. Em tal contexto, a interpretação se torna um ato de definição dos possíveis sentidos da norma jurídica; com efeito, a interpretação do juiz, ato prudencial, por natureza, para Kelsen, transforma-se no ato da criação de uma norma individual (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 402).

Ainda de acordo com Kelsen (1990, p. 13), o Direito não estaria vinculado a qualquer regime político ideal, porquanto, do ponto de vista da ciência, livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a democracia e o liberalismo são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a autocracia e o socialismo, não havendo, pois, razão científica pela qual o conceito de Direito deva ser definido de modo a excluir estes últimos; afinal, prossegue Kelsen, o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais.

## 5 O JUSPOSITIVISMO EM HERBERT HART

Foi dito anteriormente que Jeremy Bentham e John Austin, no que se refere ao assunto ora discorrido, são considerados autores positivistas imperativistas, tendo em vista que ambos acolhem uma noção comum, segundo a qual o Direito é fruto da vontade do soberano, tese centrada nas ideias de comando e coerção, concepção esta que, diferentemente, não pode ser atribuída ao inglês Herbert Lionel Adolphus Hart (ou H. L. A. HART, 1907-1992), jurista e filósofo do Direito, autor reconhecidamente importante para uma nova tomada de

posição em relação à Filosofia e Teoria do Direito. Herbert Hart, neste contexto, rejeita a denominada *Teoria Imperativista*, cuja característica fundamental, conforme consignado, consiste justamente em vincular o Direito às noções de *comando* e *coerção*. Em *O Conceito de Direito*, obra publicada em 1961, Hart afirma que o termo *positivismo*, na literatura anglo-americana contemporânea, é empregado para traduzir uma ou mais das seguintes afirmações teóricas: 1) *que as leis são comandos de seres humanos*; 2) *que não há vínculo necessário entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser*; 3) *que a análise ou estudo do significado dos conceitos jurídicos é um estudo importante, que deve ser distinguido (apesar de não ser contrário a elas) das pesquisas históricas e sociológicas e da avaliação crítica do direito em termos de moral, objetivos e funções sociais etc.*; 4) *que um sistema jurídico é um 'sistema lógico fechado', no qual decisões corretas podem ser deduzidas por meios exclusivamente lógicos a partir de normas jurídicas predeterminadas*; 5) *que os juízos morais não podem ser demonstrados, como podem os enunciados factuais, por meio de argumentação racional, evidência ou prova [...] Bentham e Austin defendiam as opiniões expressas em (1), (2) e (3), mas não aquelas em (4) e (5); Kelsen defende aquelas expressas em (2), (3) e (5), mas não as apresentadas em (1) e (4). A afirmação (4) é geralmente atribuída aos 'juristas analíticos', aparentemente sem boas razões.* (HART, 2009, p. 386-387)

**[...] a análise do Direito Positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos a essência do brocardo *ubi societas, ibi jus* ("onde está a sociedade, está o Direito").**

Herbert Hart, pelo que se observa no item 2 da transcrição supra, demonstra que, a seu ver, não há necessariamente um vínculo entre Direito e Moral, o que o situa, segundo um segmento doutrinário, entre os autores *positivistas inclusivistas* (ou *positivistas incorporacionistas*). Significa dizer que Hart admite que conceitos e normas próprios do Direito possam incorporar regras pertinentes ao campo da moral, desde que o sistema jurídico o autorize.

Ademais, em *O Conceito de Direito*,

Herbert Hart contesta a aludida *Teoria do Comando*, delineada por John Austin na obra *The Province of Jurisprudence Determined (A Delimitação do Objeto do Direito, 1832)*, cujos contornos fundamentais consagram a ideia de que o Direito caracteriza-se por abarcar um conjunto de *comandos* e *ameaças* estabelecidos por um *soberano*. Hart, partindo de uma distinção entre *"ter a obrigação de fazer algo"* e *"ser obrigado a fazer algo"*, e adotando como exemplo a conduta ameaçadora de um assaltante, afirma que, na verdade, inexistente obrigação quando o único motivo para obedecer é a ameaça, exatamente o que acontece no caso de um *assalto*. Diferentemente da intimidação contida na ação do assaltante, o Direito estabelece normas de agir aptas a orientar o comportamento não apenas daqueles aos quais as orientações normativas são destinadas, mas também aos funcionários públicos encarregados da aplicação de tais diretrizes.

Com efeito, Hart, de um modo geral, opõe as seguintes objeções ao arquétipo teórico austiniano: *Os fracassos principais da teoria [de Austin] são suficientemente instrutivos para justificar um segundo resumo. Primeiro, ficou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa a outras, ela difere dessas ordens sobre o*

*aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, há outros tipos de lei ou modalidade do direito, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimilados às ordens apoiadas em ameaças. Em terceiro lugar, algumas normas jurídicas diferem das ordens quanto à sua*

origem, pois não foi por prescrição explícita, nem por nenhum modo análogo, que vieram a existir. Finalmente, a análise do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno. (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 98)

Ademais, Herbert Hart, ao empreender uma análise crítica a respeito da teoria de John Austin, desdobra-a em três segmentos. De início, estabelece uma distinção entre as noções de *comando* e *regra*. Em seguida, procura demonstrar que os sistemas jurídicos são integrados por várias espécies de regras, sendo que algumas delas, como dito anteriormente pelo próprio Hart, nem de longe se assemelham aos mencionados *comandos* da teoria austiniana. E, por fim, Hart enfrenta as noções de *soberano*, *súdito* e *hábito de obediência*, concluindo que tais categorias são insuficientes para definir como funcionam as regras jurídicas. Desta feita, enquanto Bentham e Austin fundamentam os respectivos pensamentos teóricos na noção de *comando* oriundo de um *soberano*, Hart, por sua vez, argumenta que o Direito constitui-se em um sistema composto por *regras primárias* e *secundárias*, modelo assim abreviado por Stolz: *Para Hart, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras que ele denomina de regras primárias e por três tipos de regras secundárias: regras de reconhecimento, regras de alteração/modificação e regras de adjudicação. As regras primárias prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações – queiram ou não –, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo e negativo. Já as regras secundárias, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por regras primárias, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na*

*sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas. As regras secundárias de alteração outorgam competência a determinados sujeitos para que ajustem – por meio da introdução, exclusão e modificação de normas – a realidade social em que operam. Por sua vez, as regras de adjudicação dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurisdicionais – identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais. [...].*

*A fim de complementar a estrutura fundacional da sua teoria, Hart cria a noção de rule of recognition [regra de reconhecimento], que pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de regras primárias, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o status de uma norma como membro do sistema dependa de que ela satisfaça certos critérios de validade estabelecidos na regra de reconhecimento. Dita regra, ademais, é uma norma última que subministra um critério jurídico de validade supremo. Neste sentido, todas as normas identificadas com referência a este critério são reconhecidas como normas válidas do ordenamento jurídico. Não obstante, é mister enfatizar que uma norma subordinada pode ser válida ainda que não seja geralmente obedecida, mas uma regra de reconhecimento não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa. Então, uma regra de reconhecimento existirá como questão de fato se, e somente se, é eficaz. Para a verificação do grau de eficácia da regra de reconhecimento se exige, ademais do cumprimento, a aceitação da mesma por seus destinatários, ou seja, que eles a considerem como pauta correta de conduta.*

*A regra de reconhecimento não só estipula a forma que todas as normas jurídicas devem assumir para serem consideradas normas válidas do sistema jurídico, mas também atribui*

*competência e/ou autoridade a certos sujeitos para que ditem e apliquem as normas jurídicas fixando – com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado – os limites de atuação dos Poderes Públicos. Decisivamente, é a presença da regra de reconhecimento que articula a ideia de sistema jurídico, ou seja, é ela que distingue o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de jogo – dado que estes sistemas não dispõem, em seu interior, de uma regra última que identifique toda e cada uma das normas existentes estabelecendo a sua pertinência e validade. (STOLZ, 2007, p. 101-120)*

Bugallo (2009, p. 3) afirma que o objetivo de Hart, no âmbito da *Teoria Analítica*, e dialogando com os *Realismos Americano* e *Escandinavo*, bem como com o formalismo de Kelsen, foi justamente superar a teoria de Austin, válida para as sociedades primitivas e simples, e construir uma teoria explicativa do direito nas sociedades complexas.

Stolz (2007, p. 101-120), ao analisar a contribuição oferecida pela obra de Herbert Hart para a construção do Direito no âmbito dos Estados Democráticos Constitucionais, assevera que *um dos grandes méritos de Hart foi visualizar o Direito tal como se apresenta e, ainda que defensor do Positivismo Jurídico, ele nunca negou a obviedade de que os sistemas jurídicos contemporâneos são complexos e que, ademais desta característica, positivaram princípios e valores morais que têm transcendência no que é o Direito válido, uma vez que acrescentam dimensões éticas novas e mais intrincadas aos processos jurídicos de tomada de decisões.*

## 6 LON LUIVOIS FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO

Lon Luvois Fuller (1902-1978), norte-americano, é conhecido no Brasil pela obra *O Caso dos Exploradores de Cavernas*, cuja leitura é quase que obrigatória para os alunos que ingressam no curso de Direito. No que interessa ao tema abordado no presente artigo, cumpre registrar que Lon Fuller entende que o Direito ostenta uma *moralidade interna*, proposta teórica construída

no âmbito de sua principal obra jusfilosófica, cujo título é *A Moralidade do Direito* (*The Morality of Law*, 1964), na qual o ilustre pensador apresenta de forma mais sistemática as suas considerações contra o Positivismo e propõe de maneira mais desenvolvida sua versão peculiar e secular de *Direito Natural* (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 109).

Segundo argumenta Morrison (2012, p. 460), Fuller entende que o Direito constitui-se em um método ético de se criar e assegurar uma forma para as relações sociais, de modo que cada regra jurídica contém um objetivo voltado para a concretização de algum valor da ordem jurídica, e desse modo "uma regra é ao mesmo tempo um fato e um critério para avaliação dos fatos".

De fato, Lon Fuller, em *A Moralidade do Direito*, estabelece uma distinção entre o que denomina de *moralidade do dever* e de *moralidade da aspiração*. A *moralidade do dever*, explica o autor, estipula as regras básicas sem as quais uma sociedade organizada é impossível, ou sem as quais uma sociedade organizada e voltada para certos fins específicos deve errar o alvo; tal moralidade, prossegue Fuller, não condena os homens por perderem as oportunidades da mais plena realização de seu potencial, mas, em vez disto, condena-os por não respeitarem as exigências fundamentais da vida social. A *moralidade da aspiração*, por seu turno, condiz com a *moralidade do bem-viver, da excelência, da mais plena realização das potencialidades humanas* (MORRISON, 2012, p. 462), cabendo ressaltar que, sob um prisma hierárquico, a *moralidade da aspiração* encontra-se em um plano superior.

Com efeito, Lon Fuller criou uma forma secular de *direito natural*, que definia o direito como atividade humana dotada de propósito consciente (MORRISON, 2012, p. 460-461), tendo acusado o Positivismo Jurídico de várias imperfeições. Segundo explica Morrison, na ótica de Fuller, os autores positivistas (tais como Bentham, Austin e Kelsen) recusavam-se a atribuir ao direito qualquer objetivo, por mais modesto e restritivo. Assim, por estarem exclusivamente preocupados em descrever o direito como este era, acreditavam que nada podiam dizer, em termos científicos, sobre como deveria ser o Direito.

Prosseguindo em suas críticas ao modelo juspositivista, Lon Fuller opõe-se à concepção hartiana, notadamente por entender que o Direito transcende o sistema de regras idealizado por Hart, devendo, pois, abrir-se para a ética e a metafísica. Um dos debates travados entre esses dois grandes pensadores é registrado por Marcondes e Struchiner, ora transcrito: *Outro ponto de discordância entre os autores, agora mais centralmente ligado às relações entre direito e moral, diz respeito a certos casos que surgiram depois da Segunda Guerra Mundial. Terminado o conflito, os tribunais da Alemanha se viram diante da questão de como lidar com os atos de extrema injustiça realizados dentro dos contornos da lei nazista. Um caso específico foi o de uma mulher que denunciou o marido, do qual queria se ver livre, por ter falado mal do regime, algo que era proibido de acordo com a lei e que poderia levar à pena de morte. O homem foi condenado e obrigado a lutar na front, onde acabou sendo morto. Depois da guerra, a mulher foi processada por ter justamente constringido*

*a liberdade do marido. Fuller defendeu a decisão da Corte que estabeleceu que a lei nazista seria nula, e que nunca teria feito parte do direito. Hart, por sua vez, que defendia a separação entre direito e moral, dizia que tal solução era um engodo: para ele era claro que a lei nazista era juridicamente válida, apesar de grosseiramente imoral. Ser juridicamente válida não implicava força moral absoluta. Para Hart, o juiz deveria encarar o problema enquanto um problema moral, com toda a sua complexidade. Segundo ele, em certos casos juizes devem assumir que estão tomando uma decisão moral contrária ao direito por ser a coisa certa, e não fazer uso de subterfúgios para esconder o fato de que a decisão possui uma pintura moral. Fuller, por sua vez, achava que o sistema de leis de um regime ditatorial como o regime nazista não observava o que ele chamava de 'moralidade interna do direito', o conjunto de critérios mínimos capazes de garantir a juridicidade, ou existência jurídica, de certas leis. Em suma, Hart e Fuller concordam com a condenação da mulher que denunciou o marido, mas discordam da justificativa para tal.* (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 108)

Assinala Vieira (1999, p. 37-46) que um dos objetivos perseguidos por Fuller na obra *The Morality of Law* reside exatamente no estabelecimento de um conceito de estado de direito que possa ser utilizado como escala para medir a qualidade intrínseca dos sistemas jurídicos, ou seja, o referido pensador estadunidense objetivou criar uma versão paradigmática de estado de direito como instrumento cognitivo, distinto de parâmetros substantivos de justiça e de noções de direito natural, para servir como padrão de avaliação dos sistemas jurídicos [...]. Na visão de Fuller, prossegue Vieira, a perspectiva positivista que entende a lei como um fato de autoridade, e não como um empreendimento propositivo moral, perde qualquer capacidade normativa para checar o cumprimento do ideal de legalidade pelo sistema jurídico.

### **Prosseguindo em suas críticas ao modelo juspositivista, Lon Fuller opõe-se à concepção hartiana, notadamente por entender que o Direito transcende o sistema de regras idealizado por HART, devendo, pois, abrir-se para a ética e a metafísica.**

No mesmo sentido, Morrison (2012, p. 460-461) elenca as seguintes excelências relacionadas por Fuller: *as leis devem ser suficientemente gerais; publicamente elaboradas; prospectivas; compreensíveis; não contraditórias; razoavelmente constantes; possíveis quanto ao desempenho; administradas por autoridades de acordo com seu conteúdo, e deve haver congruência entre ação oficial e regra declarada.*

A respeito de tais elementos apontados por Lon Fuller, e no âmbito de uma perspectiva comparativa com as ideias de Herbert Hart, afirma Stolz (2007, p. 101-120) que, diferentemente de Fuller, Hart não cria um catálogo de elementos considerados essenciais para a existência e funcionamento do Direito, mencionando somente alguns avaliados como imprescindíveis, dando-lhes o nome de 'princípios de legalidade', a saber: a generalidade e a perdurabilidade das nor-

mas jurídicas (elementos compatíveis com a moral interna do Direito de Fuller).

## 7 CONCLUSÃO

A questão que envolve os denominados Jusnaturalismo e Juspositivismo (e seus respectivos contrastes teóricos) tem inspirado, ao longo do tempo, as reflexões de juristas e filósofos, tal como fizeram Bentham, Austin, Kelsen, Hart e Fuller, entre outros. Muito embora possamos afirmar, com relativa segurança, que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto.

Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos, desde a Antiguidade Clássica, transitando pela Idade Média e chegando até a quadra atual, demonstra justamente o contrário, visto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática desenvolvida no presente texto, dado historicamente concreto que revela a própria tensão conceitual (e concernentes desdobramentos) que existe entre ambos os fenômenos, e que inspirou sobremaneira a construção da Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem.

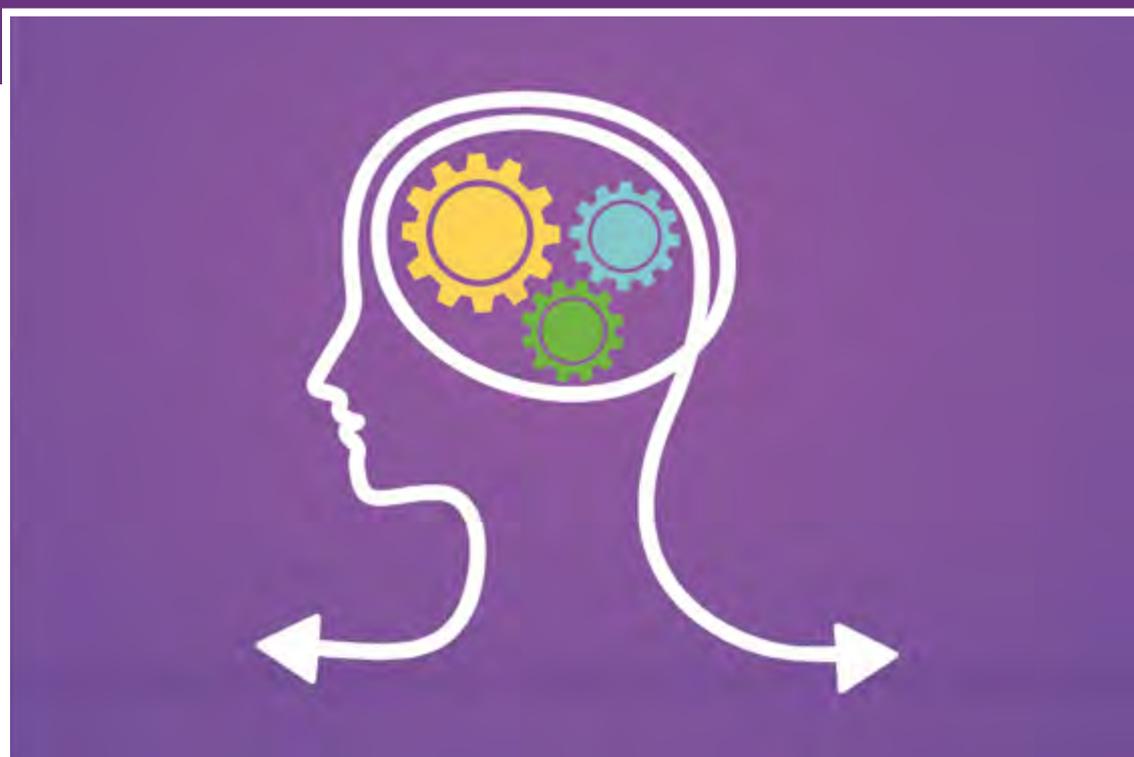
## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto; MORRA, Nello (comp.) *O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BUGALLO, Alejandro Alvarez. Teses básicas do positivismo e suas críticas ao Jusnaturalismo. *Lex Humana: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP, Petrópolis*, n. 2, p. 1-39, 2009.
- DIAS, Maria Cristina L. C. *O direito e a ética em Bentham e Kant: uma comparação. Trans/Form/Ação: Revista de Filosofia, Marília*, v. 38, n. 1, p. 147-166, jan./abr. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- EDMUNDSON, William A. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de ética: de Platão a Foucault*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV, São Paulo*, v. 3, n. 11, p. 101-119, jan./jun. 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdade e limites do governo das leis. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 37-46, 1999.

Artigo recebido em 28/2/2019.

Artigo aprovado em 22/4/2019.

Reis Friede é Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21).



# LIVRE ARBÍTRIO, DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL: compatibilização em tempos de neurociências

51

## *FREE WILL, HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL LAW: conformity in times of neurosciences*

Elisangela Melo Reghelin

### **RESUMO**

Discute a indemonstrabilidade do livre arbítrio e suas possíveis vertentes doutrinárias, considerando a interferência de ciências afins, como as neurociências, para explicar a culpabilidade de forma moderna, mas respeitosa com os Direitos Humanos e com o Estado Democrático de Direito, evitando-se os riscos de um retorno ao Direito Penal de Autor ou à aplicação de um Direito Penal do Inimigo.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Penal; direitos humanos; livre arbítrio; culpabilidade; Direito Penal de Autor; Direito Penal do Inimigo; neurociências.

### **ABSTRACT**

*This article discusses the unverifiability of free will and its possible theoretical scope. It considers the interference of related sciences, such as neurosciences, in order to explain culpability in a contemporary way, albeit respectful of both human rights and the democratic rule of law, thereby preventing a recurrence of either the criminal law of the offender or the application of an enemy criminal law.*

### **KEYWORDS**

*Criminal Law; human rights; free will; culpability; criminal law of the offender; enemy criminal law; neurosciences.*

## 1 INTRODUÇÃO

Verifica-se que uma sociedade dita pós-moderna e atormentada, permanentemente, pela sensação de insegurança, faz com que o clamor público aliado ao poder de certos segmentos midiáticos permita o desenvolvimento de certo pânico coletivo a implorar por medidas punitivas cada vez mais drásticas, mesmo quando nem sempre fossem aquelas necessárias, em detrimento da Constituição Federal e dos direitos humanos mais imprescindíveis. Na atual sociedade do risco, a modernidade reflexiva deve conviver, obrigatoriamente, com a imprevisibilidade associada às fontes desses riscos, o que acaba agravando o medo, a insegurança e o descrédito nas instâncias de proteção. A globalização econômica e a consequente globalização cultural determinaram o discurso hegemônico da pretensão de uma segurança que nunca chega. Evidentemente, disto nasce um novo olhar sobre o mesmo Direito, já que novas questões constitucionais e penais se impõem. Por outro lado, acaba nascendo certa crise para as ciências criminais, de um modo geral.

*Na atual sociedade do risco, a modernidade reflexiva deve conviver, obrigatoriamente, com a imprevisibilidade associada às fontes desses riscos, o que acaba agravando o medo, a insegurança e o descrédito nas instâncias de proteção.*

52

O poder do denominado Direito Penal “puramente” simbólico pode chegar a ponto de apresentar reminiscências de Direito Penal de Autor, e ensejar políticas criminais inspiradas no modelo do chamado Direito Penal do Inimigo. Embora não seja nosso foco resgatar a origem histórica do conceito de Direito Penal de Autor, em contraposição à noção de Direito Penal do Fato, breve resgate é primordial no intuito de, logo após, chegar-se na apresentação, igualmente sintética, porém necessária, do Direito Penal do Inimigo, hoje fortemente sustentado e seguido por importante corrente. Diante disto, a crise dos conceitos de livre arbítrio e de culpabilidade traduz séria preocupação da sociedade contemporânea, porquanto alimenta a possibilidade de prejuízos aos direitos fundamentais, em autêntico retorno ao Direito Penal de Autor ou à potencialização do Direito Penal do Inimigo.

## 2 DIREITO PENAL DE AUTOR E DIREITO PENAL DO INIMIGO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Resumidamente, Kant, Hegel e Hobbes apresentavam entendimentos que devem ser registrados sob um ponto de vista histórico. Kant, desde um prisma ético-filosófico, entendia a lei como um imperativo categórico: um mandamento que representava uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim. O homem era um fim em si mesmo e, portanto, seu castigo não poderia ser útil à sociedade, caso em que estaria sendo instrumentalizado. Esta teoria trouxe um aspecto interessante para o tema: o princípio da proporcionalidade (talião), já que não se deveria impor penas maiores ou mais longas do que aquelas relacionadas à exata gravidade do delito. Por isso, a simples prática do delito (ou a infringência da lei)

ensejava a punição, que era puramente retributiva. Assim, a justiça penal era um “imperativo categórico”, pois se a justiça “desaparecesse” não haveria mais razão para o homem viver. Tanto que Kant (*apud* JAKOBS, 1997b, p. 21) dizia: *ejecutarse antes al último asesino que encontrase en prisión; de lo contrario, el pueblo sería cómplice en la vulneración pública de la justicia*. Na mesma escola retribucionista, Hegel (*apud* JAKOBS, 2005, p. 23 e 27), porém empregando mais acentuado embasamento jurídico, sustentava que a pena era a negação da negação do Direito. Entendia que a pena era necessária para restabelecer a vontade geral que fora agredida pelo criminoso. Para Hegel *el hecho punible es algo negativo que vulnera el Derecho en el sentido de su negación. La pena es la vulneración de la vulneración, como restablecimiento del Derecho*.

Hobbes, teórico do contrato social e filósofo das instituições, já dizia que *o cidadão não podia eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de alta traição, pois a natureza destes crimes [...] significa uma recaída no estado de natureza... E estes devem ser castigados, não como súditos, mas como inimigos* (JAKOBS, 2005c, p. 27).

Jakobs, ao sustentar um Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*) contrário a um Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*) teria partido de uma concepção similar ao contratualismo, ao menos como figura retórica. Tanto é assim que, para o professor alemão, o inimigo não firma o contrato social, ou então, se o faz, acaba renunciando a este, em uma opção individual, voltando-se contra a sociedade, gerando sua expulsão do próprio grupo por ela, que teria o poder de determinar quem são seus membros. Essa sociedade, que geralmente reclama o cidadão como membro, a fim de castigá-lo com uma pena que só existe e é legítima dentro dela (e para dar-lhe a oportunidade de reintegrar-se a ela), é quem poderia expulsá-lo, em caso de rebeldia ou traição, o que seria uma recaída no estado de natureza referido por Hobbes. Assim, o objetivo final não seria a imposição de uma pena, mas a neutralização do perigo que o inimigo representa. A metáfora, considerada historicamente como condição real de possibilidade do Direito, parece indicar uma representação social ou coletiva que representa a renúncia de parcelas de liberdades individuais em nome de uma mínima convivência possível a ser garantida pelo Estado, pois este foi criado para facilitar a convivência social, e não para destruí-la (REGHELIN, 2007). No entanto, Jakobs (2008a, p. 48) percebe o contrato como opção individual, aproximando-se da concepção individualista de Hobbes, para quem eram inimigos aqueles contrários ao contrato social, ou seja, aqueles que manifestavam condutas próprias de um estado de natureza, e que, portanto, podiam ser punidos conforme as regras deste mesmo estado de natureza, onde todos são inimigos entre si. E refere: [...] *El se colocará en tal posición, pues la exclusión en una sociedad de libertades siempre es autoexclusión: cambiando su conducta, el enemigo podría volver a convertirse en ciudadano*.

A figura do homem destituído da titularidade de direitos e percebida apenas como “vida nua” já era comentada por Agamben (2003). Referia-se este, ainda, à tese de Carl Schmitt sobre a distinção amigo-inimigo. Vale lembrar que em abril de 1933 sobreveio a “lei para a depuração da função pública

de elementos judeus”, e em 1935, as leis de Nuremberg, privando judeus alemães da nacionalidade alemã, rebaixando-os à segunda categoria, numa das maiores violações de direitos humanos já vista. Critérios eugenésicos também foram utilizados, tanto que a partir de 1933, doentes mentais, alcoolistas e homossexuais foram esterilizados em massa. O ápice desta política foram os campos de extermínio, como Auschwitz, na Polônia, e Dachau, na Alemanha, para onde eram destinados os “impuros racialmente”, incluindo judeus, ciganos, poloneses, ucranianos, russos ou eslavos em geral, os quais, por sua “forma de vida” (mendicância, delinquência habitual, vagabundagem) foram submetidos a trabalhos forçados em condições desumanas, tratados como cobaias em experimentos científicos ou, diretamente, condenados à morte. Como referia Agamben (2003), essa “vida nua”, juridicamente, significava um tratamento como não-pessoa, ou seja, como exclusão. O campo de extermínio ou de concentração era, para Carl Schmitt, a máxima expressão do poder constituinte representada pela vontade do Führer. Mezger (*apud* MUÑOZ CONDE, 2003c), naquela época, já falava da existência, no futuro, de dois direitos penais: um para a generalidade, outro para um grupo especial de delinquentes. No último terço do século XIX e primeiro do século XX surgiram as categorias dos chamados delinquentes habituais, recorrentes ou por tendência, para os quais se previa a pena de prisão perpétua, ou por tempo indeterminado, afora o perdimento dos direitos civis e políticos. Esse “Direito”, posteriormente, ficou conhecido como “Direito de Autor”. Assim, desde logo, o Direito Penal de Autor seria a antítese do Direito do Fato, segundo o qual a pessoa seria julgada pelo que é, não pelo que fez. O mais importante não seria a conduta do sujeito, mas sua personalidade, características e notas pessoais, segundo García-Pablos de Molina (2012, p. 532).

Cancio Meliá (2015c) reconhece o perigo do conceito teórico de Direito Penal de Autor, o qual pode vir a ser empregado para finalidades ilegítimas, pois pune o indivíduo pelo que pensa, não por sua conduta. Assim, despreza-se o axioma “*cogitationem ponendam nemo patitur*” (o pensamento não deve ser castigado). O professor madrileno defende a reação penal conforme critérios de proporcionalidade e de imputação, aliás, como exigido pela perspectiva de direitos humanos mais contemporânea, e neste sentido, assevera que o Direito Penal de Autor configura desrespeito ao princípio do fato e, assim, acaba vulnerando também o princípio da culpabilidade (PÉREZ MANZANO; CANCIO MELIÁ, 2015). O estudo da matéria não é novo e há mais de século a velha Europa discute a melhor forma de tratar autores de delitos considerados perigosos, bem como a legitimidade para lidar com estratégias especialmente desenvolvidas para tanto (ROBLES PLANAS, 2010). Tal como é concebido usualmente, o Direito Penal de Autor viola, antes de tudo, o valor da dignidade humana, que resguarda a não instrumentalização do indivíduo, ao contrário do Direito Penal do Fato, o qual se coaduna com o princípio da culpabilidade e com o da segurança jurídica, além do princípio da legalidade. Também se relaciona com outro valor supremo que é a liberdade, já que se avizinha ao princípio da proporcionalidade, comportando análise de lesividade na conduta sancionada.

Neste sentido, o Direito Penal do Fato se constitui em manifestação do princípio da culpabilidade (RODRÍGUEZ MOURULLO, 2011, p. 201). Apenas a título de curiosidade, vale referir que o Direito Penal de Autor ou a chamada “culpabilidade pela conduta de vida”, que são expressões bastante próximas em termos de significação, teriam alguma diferença em relação à chamada “culpabilidade pelo caráter”. Esta última denominação teria como manifestação, por exemplo, a agravante da reincidência, já que é revelada pelo caráter do indivíduo conforme se pode observar a partir de condenações anteriores, conectando-se, assim, a ações culpáveis determinadas (GARCÍA GARCÍA, 2000, p. 102 e 470). Convém referir que, em sentido minoritário, porém não menos importante, para autores como Gómez Martín, o Direito Penal de Autor apresentaria dois níveis: o nível estrito e o nível mais amplo. O nível estrito poderia ser admitido de forma legítima, já que versa sobre regras que obrigam ao magistrado considerar, especialmente para graduar a pena, para além do delito cometido, as circunstâncias pessoais do réu e, principalmente, sua perigosidade exteriorizada. E neste sentido, seu conteúdo seria perfeitamente compatível com os postulados do “*principio de responsabilidad por el hecho*” como limite ao *jus puniendi* derivado do princípio da culpabilidade e consentâneo com um Direito Penal do Fato. Refere o autor espanhol (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2012, p. 25-26): *El resultado de la combinación del Derecho Penal del hecho y el Derecho Penal de autor limitado al que ahora nos referimos seguiría siendo un Derecho Penal del hecho, ahora matizado por la consideración de determinadas circunstancias personales del reo a determinados efectos.*

### ***O poder do denominado Direito Penal “puramente” simbólico pode chegar a ponto de apresentar reminiscências de Direito Penal de Autor, e ensejar políticas criminais inspiradas no modelo do chamado Direito Penal do Inimigo.***

Em relação a um segundo nível, este denominado “amplo”, o Direito Penal de Autor seria então incompatível com o Direito Penal do Fato, correspondendo, na verdade, a sua negação, segundo Gómez Martín (2007, p. 318-319), conforme a aceção usual e majoritária da expressão. Para o mesmo autor, assim, o Direito Penal moderno ao qual se integram as medidas de segurança, é com certeza, expressão autêntica de Direito Penal do Fato, isto é, um Direito que, de modo não exclusivamente retributivo, responde ao autor do delito pelo que fez e pela qualidade de sua real disposição de cometimento de condutas delitivas (perigo). No caso da medida de segurança, seu fundamento acaba sendo a perigosidade criminal, porém sobre a base do pressuposto normativo de um injusto típico praticado, sem o qual não caberia aplicar a medida. O fato de que a medida seja acorde à personalidade do sujeito encontra respaldo em sua função preventiva, mas antes de tudo, se alicerça na perigosidade criminal, pressuposto e fundamento

para sua imposição. (POLAINO NAVARRETE; POLAINO ORTS, 2001): *La medida de seguridad es una medida post-ílicitum (post injusto típico), pero su fundamento jurídico de la peligrosidad criminal no se circunscribe en modo alguno a su revelación en la realización del injusto típico, sino que, previa constancia de este presupuesto normativo constituye un pronóstico desfavorable de comportamiento futuro, sin cuya verificación es por entero carente de fundamento la imposición de una medida de seguridad, que se ha de aplicar con criterios científicos sobre la base de la actual situación de peligrosidad criminal, no para retribuir comportamientos pasados sino para prevenir la ejecución de comportamientos futuros descritos como delito por la ley penal.*

***Pessoas são indivíduos destinatários de direitos e deveres construídos comunicativamente, questão que não é enfrentada pelas neurociências, as quais investigam apenas indivíduos, e não o funcionamento da sociedade.***

O Direito Penal de Autor é tema recorrente, atualmente, bem como o Direito Penal do Inimigo e, neste sentido, elegemos o pensamento de Jakobs, por sua relevância doutrinária no cenário contemporâneo, eis que referiu, pela primeira vez, em 1985, no Congresso de Penalistas Alemães, em Frankfurt am Main, a expressão “Direito Penal do Inimigo”. Na ocasião demonstrou os perigos da teoria, em outras palavras, um amplo adiamento da punibilidade, criminalização a estado prévio à lesão, penas bastante altas e garantias processuais relativizadas ou, até mesmo, suprimidas (CALLEGARI; DUTRA, 2006, p. 336 e ss.). Em 1999, em um Congresso em Berlim, Jakobs retomou a ideia inicial (MUÑOZ CONDE, 2011a, p. 889). A orientação do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, após 1999, ou seja, numa segunda fase, voltou-se mais para a questão do terrorismo, por exemplo. Inimigo, então, significaria mais um conceito pseudorreligioso do que militar. Não se tratava de neutralizar um “outro” que é fonte de perigo, mas de reconhecer-lhe competência normativa mediante uma atribuição de perversidade, neutralizando tal perigo. Assim, o Estado não falaria com seus cidadãos, mas ameaçaria a seus inimigos, no dizer do próprio Jakobs, residindo aqui a conexão com a distinção feita pelo professor alemão em relação ao que ele denomina como pessoas e “não pessoas” ou inimigos. Uma pessoa não seria, pois, apenas, um ser biológico, mas uma instituição normativa. E segundo o autor alemão, toda instituição normativa apresenta uma função orientadora que, para ser cumprida, necessita apresentar um seguro embasamento cognitivo, sem o qual não será confiável e, portanto, não poderá servir como orientação aos demais. Desta forma, ao invés de haver expectativas em relação a esta pessoa, surgirá uma defesa contra um inimigo. E este é, para Feijoo Sanchez (2010b, p. 168) o exato ponto crítico ou limite da teoria, já que, na visão de Jakobs, deve-se tratar o autor de um delito como pessoa,

e nunca como objeto, desde que o mesmo possa garantir sua fidelidade ao ordenamento no futuro; caso contrário, deverá ser tratado como inimigo.

A relação do Direito Penal puramente simbólico com o Direito Penal do Inimigo é facilmente verificável. Conforme Cancio Meliá, (2008b), no caso de crimes sexuais, por exemplo, considerados inimigos por Jakobs, não existe um tratamento frio, desapaixonado, mas uma verdadeira fogueira de sentimentos coletivos contra os agressores, os inimigos. Refere ainda, uma expressão muito utilizada por Jakobs, que denomina a violência empregada pelo Direito Penal do Inimigo como não sendo “muda”, mas “eloquente”. Em termos simbólicos, o denominador comum da agenda político-criminal atual é uma falsa construção de identidade social por meio da exclusão de diversas categorias de indivíduos identificados como alheios ao sistema social, agredindo as noções mais básicas de direitos fundamentais. É que para Jakobs, no dizer de Fakhouri Gómez (2008, p. 90), o Estado se vê obrigado a exercer uma “violência muda” contra o inimigo, pois não existe comunicação com ele, já que este não forma parte da vida social. Diante disto, Cancio Meliá (2008, pp. 75-80) critica tanto a ideia da possibilidade de uma autoexclusão parcial do inimigo (como pode haver uma rescisão unilateral nas mãos do inimigo se a prevenção geral positiva é um mecanismo social?) quanto a ideia de um “cidadão diminuído ou parcial”, ante o conceito de cidadania, de matiz constitucional. Por isto, preocupa-se com essa nova fase que, caso consolidada, segundo ele, causará o desaparecimento do Estado de Direito. Segundo o mesmo professor, o “Direito Penal do Inimigo” não constitui mera regressão a mecanismos defensivistas, mas sim *un desarrollo degenerativo en el plano simbólico-social del significado de la pena y del sistema penal*. Desta forma, diz o professor madrilenho, que acaba por transmitirem-se argumentações de identificação simbólica a novos setores de regulação com maior rapidez do que faria a argumentação racional com base em riscos mensuráveis, ou seja, *el Derecho Penal del enemigo contamina con especial facilidad –como un poco de aceite industrial un medio acuático natural– el Derecho Penal ordinario (apud CALLEGARI, 2006, p. 42-43)*. Para o professor alemão, segundo a análise de Cancio Meliá (2005e), o Direito Penal não vale mais do que a ordem social que contribui para manter e, portanto, só pode extrair sua legitimidade na última instância da existência de normas legítimas. Não se estaria tratando do Direito Penal de uma sociedade desejável, e sim do Direito Penal daquela sociedade que o sistema jurídico gerou por diferenciação. A decisão sobre o alcance dos processos de criminalização seria matéria puramente política, e não jurídico-penal. A relação do assunto com a temática dos Direitos Humanos é tão visível que desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, homem e cidadão constituem dois *status* subjetivos dos quais dependem duas classes distintas de direitos fundamentais, que são os da personalidade, que correspondem a todos os seres humanos, e os da cidadania, que correspondem,

exclusivamente, aos cidadãos, no dizer de Ferrajoli. Entre os direitos do homem como indivíduo, a Declaração enumera a garantia do *Habeas Corpus* e todas as garantias penais e processuais. Tais garantias devem ser consideradas intangíveis e dizem respeito a todos. Sua violação é sempre um atentado contra a dignidade humana (FERRAJOLI, 2000a, p. 98). Refere Gracia Martín (2017, p. 42) que: [...] *el Derecho Penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso.*

O Direito Penal do Inimigo também aparece configurado em outras vertentes doutrinárias, sob outras denominações. Diante da gravidade de situações excepcionais de conflito, denominados como “hechos de emergencia”, Silva Sánchez (2011, p. 162-167), por exemplo, reconhece a existência de um espaço para um Direito Penal de até três velocidades. A primeira velocidade diz respeito ao Direito Penal do Cárcere, com princípios político-criminais rígidos e clássicos, com regras de imputação e com princípios processuais bem definidos; já o Direito Penal de segunda velocidade fica reservado para os casos em que não há cárcere, mas sim penas restritivas de direitos ou de multa. Nestes, princípios e regras de imputação podem ser flexibilizados proporcionalmente à menor intensidade da sanção (idem, p. 162-167). O Direito Penal de segunda velocidade pode receber a crítica no sentido de que trata de infrações que nem mereciam estar sob a égide do Direito Penal, ou seja, deveriam ser, assim como no Direito de Intervenção, sustentado por Hassemer, repassadas ao Direito Administrativo, deixando-se o Direito Penal apenas para situações ensejadoras de respostas mais contundentes e protegidas por garantias que não poderiam ser flexibilizadas. Basicamente, a diferença entre a proposta de um Direito Penal de duas (ou três) velocidades, de Silva

Sánchez, e a proposta de um Direito de Intervenção, de Hassemer, é que enquanto Silva Sánchez defende a possibilidade de flexibilização de garantias do Direito Penal, Hassemer expulsa do Direito Penal toda imputação não correspondente ao controle social do intolerável (*apud* BUSATO, 2011a, p. 181-182). Por fim, a terceira velocidade ficaria reservada para o que se denomina, hoje, por Direito Penal do Inimigo, embora Silva Sánchez (2011, p. 204 e ss.) tenha recentemente rechaçado a adoção desta terminologia como sinônimo de sua terceira velocidade, posto que cada caso deveria ser estudado individualmente (IDEM, p. 204-207): infrações com penas privativas de liberdade previstas coexistindo com princípios político-criminais e regras de imputação mais flexíveis (BUSATO, 2011b, p. 147). No entanto, o Direito Penal de terceira velocidade, para Landrove Díaz (2009, p. 43-44), por exemplo, seria *el fiel trasunto del Derecho Penal del enemigo*, referido por Jakobs. Ambos vulneram o princípio da igualdade através do disfarce da legalidade formal.

**[...] ignorar ou desprezar o princípio da culpabilidade [...] pode levar a consequências bastante perigosas, como é o caso do ressurgimento de um Direito Penal de Autor ou, numa versão mais contemporânea, ao Direito Penal do Inimigo [...]**

Em termos de crítica aos conceitos referidos, ao tratar da dignidade humana perante o Direito Penal do Inimigo, Ferrajoli (2006b, p. 10) denomina a atual política criminal e suas relações com o Direito Penal como uma “*trágica incongruencia*” ou “*trágica confirmación del nexo indisoluble que liga derecho y razón, legalidad y seguridad, medios y fines, formas y sustancia de los instrumentos, incluso coercitivos, de tutela de los débiles frente a la ley del más fuerte.*” A doutrina majoritária, conforme refere Gracia Martín (2005, p. 2, 8 e 11) tem rechaçado este Direito Penal do Inimigo, tanto como discurso teórico-doutrinário, como posicionamento de caráter político-criminal ou processual, tal qual AMBOS (2009) também o refere. Conforme Streck (2004, p. 303 e ss.), há uma contaminação do Direito Penal

e Processual Penal pelas “*leis de exceção, de supressão de garantias, tudo em nome de uma suposta segurança do cidadão*”, sobrepondo-se a legislação ordinária ao texto da Constituição, quando deveria ocorrer o oposto. Isto posto, verifica-se que, conforme Cancio Meliá (2008b, p. 87) já afirmou, não é possível a convivência harmônica entre um modelo de Direito Penal de Cidadãos com um Direito Penal para Inimigos. A ser assim, a contaminação, cujos sinais já estamos verificando em nossos ordenamentos, será inevitável. Isto suporia uma síntese de um modelo de fim da pena que é incompatível com um Direito Penal como aquilo que agora se identifica em nosso sistema como próprio de um Estado respeitoso com os direitos humanos e com a própria democracia (FAKHOURI GÓMEZ, 2008, p. 90), ao contrário do que sustenta Jakobs, que refere a inexistência de qualquer modelo puro (JAKOBS, 2008e, p. 63 a 88 e 169 a 206). Diante do exposto, e do perigo que as concepções de Direito Penal de Autor e de Direito Penal do Inimigo representam, e que a história já demonstrou na prática, questiona-se, atualmente, adian-

te da crise do conceito de culpabilidade diante da indemonstrabilidade do “poder agir de outro modo”, como compreender esta categoria com maior clareza e segurança jurídica. Por isto, fala-se na desintegração dialética do princípio metafísico (CARVALHO, 1992, p. 63-64). Do mesmo modo, questionam-se, em face dos avanços da medicina e das neurociências, por exemplo, os riscos de perecimento da categoria “culpabilidade”, instaurando-se o completo vazio e a possibilidade, conseqüentemente, de que interpretações sobre a capacidade de decisão e sobre o livre arbítrio possam conduzir a humanidade aos riscos já examinados e que, historicamente, pareciam-nos já superados. Como questiona Feijoo Sanchez (2013e, p. 277 e ss.), será que poderemos seguir falando de uma fundamentação da culpabilidade diante do atual conhecimento

científico a respeito do funcionamento do cérebro? Veja-se que este conhecimento, até pouco tempo atrás, só nos era acessível através de uma mera experiência ou sensação subjetiva, e as concepções tradicionais da responsabilidade moral e da culpabilidade foram construídas sobre aquele conhecimento que se tinha. Por isto, dentro de uma visão sistêmica e contemporânea, podemos destacar duas concepções que pretendem responder ao problema proposto. Já adiantamos que não há qualquer delas que seja absolutamente perfeita e que, talvez, a consciência destes conceitos e de suas fragilidades é o que pode auxiliar-nos a encontrar respostas mais condizentes com aquilo que se pretende para uma sociedade mais justa.

### 3 CULPABILIDADE COMO PROCESSO MOTIVACIONAL

A convivência do indivíduo com os demais demonstra um complexo sistema de interação e comunicação que corresponde ao que a psicologia denomina como “motivação”, de fundamental importância para que o indivíduo venha a cumprir com seus deveres no que tange ao cumprimento das regras de convívio social. Neste sentido, diz-se que as funções de normalidade motivacional e de proteção a bens jurídicos fundamentam a culpabilidade em sentido material e que o importante não é que o indivíduo possa escolher dentre vários comportamentos possíveis, o que é indemonstrável cientificamente, mas que a norma penal o motive, com seus mandatos e proibições, para que se abstenha de realizar a conduta proibida ante a ameaça de uma pena (MUÑOZ CONDE, 2010d, p. 355). Tal função motivacional somente pode ser compreendida se for situada num contexto de controle social mais amplo. Evidentemente, neste contexto, os fatores psíquicos e os socioculturais, bem como as descobertas científicas mais atualizadas, devem ser considerados, razão pela qual as neurociências devem interferir no sentido de qualificar o debate. Por outro lado, não pode haver eficácia motivadora numa norma penal sem que outros fatores igualmente inibitórios acompanhem aquela norma, ou seja, fatores outros relacionados a outras instâncias de controle social. Do mesmo modo, a função motivadora emanada por estas outras instâncias seria ineficaz se não fosse confirmada e assegurada pela função motivadora da norma penal. No entanto, este controle social realizado pelo Direito Penal necessita de limites (HASSEMER, 1999, p. 116-117) e deve preservar a dignidade do ser humano. Aqui reside a justificativa ética do Direito Penal e do Estado, a qual, a nosso sentir, não pode depender estritamente de considerações individualistas. Neste sentido, a culpabilidade, entendida deste modo, mais que um problema de ordem individual, é um fenômeno de caráter social, não sendo uma qualidade da ação, mas uma característica que se atribui àquela para poder imputar o fato delitivo a alguém. A correlação de forças sociais existentes em certo momento definirá os limites do culpável e do não culpável, entre liberdade e não liberdade. Assim, não existe uma culpabilidade em si mesma (concepção individualista), mas uma culpabilidade em relação aos outros. Por isto, forte segmento doutrinário propugna, modernamente, por um fundamento social ao

invés do tradicional elemento psicológico. O caráter motivador da norma penal configura-se como revelador de participação e de comunicação, culminando no processo de socialização do indivíduo. Assim, uma sociedade onde residem diversos sistemas de valores deverá ser considerada pelo julgador (MUÑOZ CONDE, 2010d, p. 353), tanto que um transtorno relevante que incida sobre a capacidade de motivação do sujeito, igualmente, deve ser considerado à luz de um Direito Penal da culpabilidade, e esta deve ser diminuída na proporção direta daquela diminuição de capacidade, como refere Bitencourt (2012, p. 461 e ss.) A culpabilidade é o terreno onde as possibilidades psíquicas de motivação normal do autor são examinadas. A ausência desta normalidade não impede de seguir valorando o fato como antijurídico, pois não supõe uma impossibilidade absoluta de motivação, mas apenas uma ausência de normalidade do processo motivacional. Por tudo isto, Mir Puig (*apud* BITENCOURT, 2012, p. 536) afirma, a respeito do princípio da culpabilidade, que a probabilidade de fracasso na internalização das normas deve ser considerada, no caso concreto, como uma possível ponte para a imputabilidade. No que tange à imputabilidade, refere Muñoz Conde (1982b, p. 130 a 135) que qualquer fator que incida sobre processos de socialização *aunque no afecte a la inteligencia y a la voluntad, deve ser tenido presente. El sujeto no motivable por la norma es inimputable al haber fracasado los procesos de socialización y aprendizaje.* No mesmo sentido, ou seja, pela incapacidade de culpabilidade em certos casos, opinam Jescheck e Weigend (2002, p. 605). Isto procede, principalmente, nos casos de embriaguez, psicopatias e perturbações sexuais, porquanto nestes casos, apesar de concorrer uma clara consciência do injusto, em algumas situações excepcionais podem predominar os impulsos, ou os fatores inibidores podem restar debilitados, deixando de serem domináveis. Sobre este tipo de discussão, Quintero Olivares (1999, p. 159) faz uma forte crítica à forma como as ciências penais separam as pessoas entre imputáveis e inimputáveis, independentemente do delito cometido. Logicamente, esta não é a única separação que se faz de modo preliminar, pois também se divide a população entre enfermos e sãos, entre capacitados e incapacitados. São todas falsas comparações, pois a imputabilidade é um conceito jurídico construído para estabelecer a vinculação subjetiva entre pessoas e atos delitivos. Não faz sentido se referir a ela como uma condição natural ou social. Portanto, não se pode ser imputável em abstrato, com independência de um delito, já que se trata de condição que somente pode ser examinada após a prática do crime. Por tudo isto, entendemos que a imputabilidade é elemento, e não pressuposto da culpabilidade, tal qual Martínez Garay (2005, p. 80 a 83) recomenda. Assim, mesmo um sujeito que venha a ser considerado inimputável poderá receber a absolvição própria, completa, sem medida de segurança, diante de inexigibilidade de conduta diversa, esta igualmente considerada como elemento (e não como pressuposto) da culpabilidade, por exemplo.

Enfim, o princípio da culpabilidade também deve ope-

rar como limite ao *jus puniendi*, segundo sua vertente mais tradicional, como refere Mir Puig (1986b, p. 56) no mesmo sentido de Roxin (1981, p. 29, 36 e 110), que defende limites ao *jus puniendi* através do princípio da culpabilidade, e conforme a corrente limitadora da prevenção geral positiva, por este sustentada, a prevenção geral positiva deve estar adequada à culpabilidade, ponto de partida do sistema de medição das penas. No caso concreto, Roxin também sugere que se aplique uma pena inferior à adequada à culpabilidade quando aquela resultar dessocializadora ou contraindicada pela prevenção especial.

#### 4 CULPABILIDADE COMO EQUIVALENTE FUNCIONAL À IDEIA DE LIVRE ARBÍTRIO

O controle social é condição básica da vida social, sendo missão do Estado, assegurando-se o cumprimento das expectativas de condutas e dos interesses contidos nas normas que regem a convivência, confirmando-as e estabilizando-as, em caso de sua frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta de uma determinada forma ou procedimento. Jakobs propõe nova forma de compreensão do princípio, a partir de sua teoria retributivo-funcional, qual seja, a teoria compensatória da culpabilidade, como refere Gómez-Jara Díez (2008). Para o professor alemão (JAKOBS, 2008e, p. 198), a culpabilidade, dentro de um moderno Direito Penal, deve ser entendida como a responsabilização pela falta de disposição de se automotivar conforme a norma, preenchendo todo o conteúdo da prevenção geral positiva (JAKOBS, 1997b, p. 566). Para Jakobs interessa sobremaneira a sociedade concebida como um sistema autopoietico, ou seja, uma sociedade na qual as pessoas participem como “estruturas” ou como “portadoras de papéis”. A culpabilidade significaria, assim, a ausência de fidelidade individual perante o ordenamento jurídico vigente (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007c, p. 502), propugnando-se pelo ideal de prevenção geral. A culpabilidade (JAKOBS, 2008e, p. 198) corresponderia, pois, em toda a sua extensão, ao ideal de prevenção, e não propriamente como ideia de limite ao poder punitivo do Estado. Neste sentido, Feijoo Sánchez observa que Jakobs rejei-

ta o conceito material de delito como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, que é a base das teorias penais na atualidade. Portanto, a culpabilidade, segundo Jakobs, deixaria de corresponder à ideia de censurabilidade individual (pela errônea conformação da vontade do agente ou por seu equivocado processo de motivação) para constituir-se na responsabilidade por um déficit de motivação de ordem jurídica que se exteriorizaria na contradição da norma, conforme Lesch (1999, p. 277).

Para Jakobs (2008a, p. 203), o conceito de livre arbítrio não deve ser assumido, então, para além de uma metáfora, e sim como construção normativa. Isto porque, segundo ele, uma sociedade vincula pessoas (sentido jurídico), e não seres humanos individuais. Pessoas são indivíduos destinatários de direitos e deveres construídos comunicativamente, questão que não é enfrentada pelas neurociências, as quais investigam apenas indivíduos, e não o funcionamento da sociedade. Assim, em que pese a polêmica acerca de alguns posicionamentos de Jakobs como o Direito Penal do Inimigo, este refere que as pessoas são competentes para manter uma liberdade de autoadministração: *existe una correspondencia entre autonomia y responsabilidad, pero no entre albedrío y responsabilidad*. Jakobs critica a tese da motivabilidade dizendo que tem-se trabalhado com a ideia de atribuir capacidade de motivação, mediante normas, aos sujeitos chamados “normais” ou “iguais” (o “homem médio”), a fim de evitar uma diminuição do princípio punitivo e, conseqüentemente, a perda da eficácia do Direito Penal. Refere o professor alemão que tais generalizações são feitas também por autores que pretendem manter o princípio da culpabilidade sobre seu pressuposto clássico da liberdade de vontade, mas que acabam se curvando ao argumento de sua indemonstrabilidade. É que o Direito Penal se fundamenta em exigências normativas que a sociedade dirige ao autor, “o qual é tratado como cidadão responsável, e não como menor ou como doente”, no sentido que esta “espécie de imputação subjetiva é tão necessária quanto justificada num ordenamento jurídico baseado na

liberdade,” como referem Peñaranda Ramos, Suárez González e Cancio Meliá (2014, p. 65-66). Feijoo Sánchez (2012a) refere, até mesmo, que a possibilidade hipotética de uma atuação conforme o Direito nunca foi a razão de punir do Estado, e que isto vem camuflando o real fundamento normativo da culpabilidade: *nunca se ha declarado culpable a nadie por haber podido actuar de otra manera o de manera conforme al Derecho en la situación concreta*. A proposta de Jakobs é instigante, e diante de eventuais críticas que criticam o posicionamento de corte funcionalista moderado, responde, provocativamente, Ortiz de Urbina Gimeno (2007, p. 153), dizendo que se trata de um rechaço que parece alimentado pela crença de que existe somente um modo de fazer dogmática com relevância político-criminal: *...esto, sin embargo, es por completo incorrecto, ya que política criminal hacen todos los planteamientos dogmáticos: el problema está en qué tipo de política criminal se hace*. Assim, entendemos que somente será possível oferecer uma resposta satisfatória a respeito da culpabilidade se esta for compreendida numa perspectiva indispensável no marco de um sistema de liberdades e, neste sentido, a culpabilidade, no sentido jurídico-penal, está construída sobre a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Não é possível construí-la sobre uma base constituída por uma liberdade absolutamente incondicionada, mas sim como competência socialmente dada sobre a qual se constroem as correspondentes estruturas de responsabilidade. Isto nada tem a ver com a exigência de um comportamento distinto diante da possibilidade de atuar de outro modo, e sim com a disposição jurídica mínima, que é indispensável, prestada por todos os cidadãos em prol de um convívio comum e necessário. Refere Callegari (2003d, p. 17) que *da mesma maneira que ocorre no âmbito da responsabilidade culpabilista, determina-se por um procedimento normativo quem é o competente para o resultado, e não por um curso natural, isto é, nem pela biologia, nem pela física, nem tampouco pela psicologia*. Para Feijoo Sánchez (2013e, p. 293), no marco de um Estado Democrático de

Direito, a única disposição (intersubjetivamente) relevante é a de cumprir com as normas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não nos parece ser o mais relevante discutir teses deterministas ou indeterministas, mas a compreensão de que até mesmo um determinismo parcial não é incompatível com a noção jurídica da liberdade, e que somente desta, resulta a noção de responsabilidade. Isto não significa desprezar conhecimentos relevantes de outras áreas do conhecimento que possuam reflexos importantes para as ciências jurídicas, como as neurociências, por exemplo. Porém, quanto às escolhas que o indivíduo faz e quanto à responsabilização penal, a análise de sua liberdade deve ser jurídica. Se fôssemos seres absolutamente livres e incondicionados em nossas decisões, estaríamos diante de vontades incontroláveis, totalmente privados de controle e de responsabilidade por nossas ações. Diante disto, a questão agora não é mais saber se somos ou não determinados, mas “como” estamos determinados, segundo leciona Feijoo Sánchez (2013e, p. 285). A ideia de liberdade como criação social, com a qual resulta impossível trabalhar em um laboratório, não descaracteriza, em hipótese alguma, o conceito jurídico (FEIJOO SÁNCHEZ, 2011d, p. 47). Concordamos com Feijoo Sánchez, para quem cultura e socialização não podem ser compreendidas como uma mera ilusão pelo fato de que não possam ser observadas dentro do cérebro humano mediante experimentos científicos, já que são realidades diversas dos processos naturais. No entanto, não deixam de serem processos tão reais quanto os neuroquímicos. O fato é que as necessidades preventivo-sociais em certo momento histórico também devem ser consideradas, bem como a aplicação dos princípios constitucionais democráticos. Cancio Meliá (2004a, p. 64 e ss.), por exemplo, narra o desenvolvimento do conceito do princípio da culpabilidade e traz análises sobre novas incidências doutrinárias, como o moderno e polêmico enfoque da prevenção geral positiva, com seus efeitos sociocomunicacionais, ou seja, a pena como confirmação da vigência da norma, autenticando a identidade social. Cancio Meliá (2013f, p. 539 e ss.), inclusive, refere a necessidade de se avançar numa direção mais clara quanto às categorias da culpabilidade, mas levando em conta seu caráter normativo, ou seja, as condições reais e sociais do sistema de imputação penal. Isto deve significar uma superposição do normativo em relação ao fático-biológico. É que a responsabilidade jurídica, como construção social, pertence ao mundo social, que não é irreal ou ilusório (FEIJOO SÁNCHEZ, 2013e, p. 293). São critérios estritamente normativos os que nos permitem determinar o nível de disposição jurídica exigível aos cidadãos, bem como em quais casos o autor da infração não deve ser responsabilizado pela deficiente disposição jurídica que foi manifestada através do injusto. A obrigação jurídica essencial não consiste em ser fiel à norma simplesmente, mas sim, precisamente, em evitar seu “não reconhecimento mediante uma ação que a infrinja,” como diz Feijoo Sánchez (2007c, p. 575). Portanto, ignorar ou desprezar o princípio da culpabilidade, em qualquer de suas vertentes, conforme demonstrado, pode levar a consequências bastante perigosas, como é o caso do ressurgimento de um Direito Penal de Autor ou, numa ver-

são mais contemporânea, ao Direito Penal do Inimigo, o qual não é o simples retorno de uma política criminal autoritária, mas sua nova fase evolutiva, conforme Cancio Meliá (2010d, p. 440), razão pela qual é preciso estar atento a novas possibilidades de enfrentamento do tema, em face das impossibilidades naturalmente impostas ao princípio da culpabilidade e já mencionados neste trabalho. Por ora, fiquemos com o conceito proposto de livre-arbítrio em sentido jurídico, que mesmo diante das neurociências ou das mais modernas tecnologias, não perde seu caráter avaliativo individual e humano, razão de ser do Direito Penal, que segue existindo como mecanismo de controle social imprescindível, como matriz comportamental, mas sempre de forma respeitosa e limitada pelos contornos dos direitos fundamentais e de um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*. 1ra. reimpressão. Valencia: Pre-textos, 2003.
- AMBOS, K. *Terrorismo, tortura y derecho penal*. São Paulo: Atelier, 2009.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSATO, P.C. O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão. In: MUÑOZ CONDE; BUSATO, P.C. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a, p. 155 – 230.
- BUSATO, P.C. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b.
- CALLEGARI, A.L.; DUTRA, F.A. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006. V. 1.p. 325– 340.
- CANCIO MELIÁ, M. ¿Crisis del lado subjetivo del hecho? Separata de: ZUGALDIA ESPINAR, J.M.; BARRIA DE QUIROGA, J. (coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, 2004 a.
- CANCIO MELIÁ, M. Derecho penal del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: Seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Navarra: Aranzadi, 2008b. p. 63– 88.
- CANCIO MELIÁ, M. Direito penal do inimigo? In: JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005c. p. 51– 81.
- CANCIO MELIÁ, M. *Estudios de derecho penal*. Lima: Palestra, 2010d, (Colección de Ciencias Penales, n. 2).
- CANCIO MELIÁ, M. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. In: CALLEGARI, A.L.; GIACOMOLLI, N.J. (coord.) *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005e. p. 89– 115.
- CANCIO MELIÁ, M. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In: DEMETRIO CRESPO, E.; CALATAYUD MAROTO, M. (coord.). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Montevideo, 2013f. p. 529-545.
- CARVALHO, M.D.L. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y. Resumen de la discusión en la primera sesión: ¿derecho penal del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: Seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Navarra: Aranzadi, 2008, p. 89– 100.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Aranzadi, 2012a.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. Funcionalismo y teoría del bien jurídico. In: MIR PUIG, S.; QUERALT JIMÉNEZ, J.; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010b.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. La normativización del derecho penal: ¿hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007c.p. 469-576.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. Derecho penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa? In *Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, Cataluña, n. 2, p.1-57, abr. 2011d.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias. In: DEMETRIO CRESPO, E.; CALATAYUD MAROTO, M. (coord.). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer; Montevideo: IBDeF, 2013e. p. 269-298.

FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta, 2000a.

FERRAJOLI, L. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho. *JD: Revista Jueces para la Democracia*, n. 57, p. 3-10, nov. 2006b.

GARCÍA GARCÍA, L. *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al derecho penal: instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*. Madrid: Ed. Universitaria Ramón Areces, 2012. v.2

GÓMEZ MARTÍN, V. *El derecho penal de autor: desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de derecho penal de varias velocidades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo? *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, Cataluña, n. 2, p. 1-31, abr. 2008.

GRACIA MARTÍN, L. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. *RECPC: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, n. 7, 2005. Disponible em: <http://criminol.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acceso em: 20 fev. 2017.

HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

JAKOBS, G. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: Seminario con Günther Jakobs en la UAM, Navarra: Aranzadi, 2008a. p. 23-62.

JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997b.

JAKOBS, G. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo, noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005c. p. 19– 50.

JAKOBS, G. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003d.

JAKOBS, G. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: Seminario con Günther Jakobs en la UAM. Navarra: Aranzadi, 2008e. p. 63– 88 e p.169– 206.

JESCHECK, H.; WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal*. Parte general, 5. ed. Granada: Comares, 2002.

LANDROVE DÍAZ, G. *El nuevo derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

LESCH, H. H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999.

MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011a.

MIR PUIG, S. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, t 39, n. 1, p. 49-58, enero/abr, 1986b.

MUÑOZ CONDE, F. El derecho penal en tiempos de cólera. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; LORENZO SALGADO, J. M.; FERRÉ OLIVÉ, J.C; CORTÉS BECHIARELLI, E. NUÑEZ PAZ, M.A (coord.). *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011a. p. 851-911.

MUÑOZ CONDE, F. La imputabilidad del enfermo mental. *Revista Psicopatología*, n. 2, 1982b. p. 130-135.

MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003c.

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal: parte general*. 8.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010d.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. *La excusa del positivismo*. La presunta superación del 'positivismo' y el 'formalismo' por la dogmática penal contemporánea. Madrid: Civitas, 2007.

PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; CANCIO MELIÁ, M. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 65-66.

PÉREZ MANZANO, M.; CANCIO MELIÁ, M. Lección 4: principios del derecho penal (III). In: LASCURAIN SANCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción al derecho penal*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2015.

POLAINO NAVARRETE, M.; POLAINO-ORTS, M. ¿Medidas de seguridad 'inocuidadoras' para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad". *AP: Actualidad Penal Revista*, Sección Doctrina, t. 3, ref. 38, p. 1-31, 2001. *La Ley* 17274/2001.

QUINTERO OLIVARES, G. *Locos y culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

REGHELIN, E.M. Entre terroristas e inimigos... *Revista IBCCrim: Instituto Brasileiro*

*de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, n. 66, p. 271-314, maio/jun. 2007.

ROBLES PLANAS, R. Sexual predators: estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Cataluña, p. 1-25. oct. 2007. Disponible em: [http://www.indret.com/pdf/478\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf). Acceso em: 30 set. 2010.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Principios y garantías. In: MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.). *Memento práctico penal*. Madrid: Francis Lefebvre, 2011. p. 67-108.

ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus, 1981.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ed. Buenos Aires: Edisofer, 2011.

STRECK, L. Bem jurídico e Constituição. Da proibição de excesso (überma-verbot) à proibição de proteção deficiente (unterma-verbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *BFD: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica*, Coimbra, v. 50, 2004.

Artigo recebido em 27/2/2019.

Artigo aprovado em 6/3/2019.

Elisangela Melo Reghelin é Delegada de Polícia Civil, Doutora em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid, Espanha, e Professora de Direito Penal UNISINOS/RS.



## LEGÍTIMA DEFESA E PROPORCIONALIDADE: aspectos controvertidos no projeto de Lei n. 882/2019

*SELF-DEFENSE AND PROPORTIONALITY: controversial aspects  
of Bill 882/2019*

Juliana Gomes Miranda  
Nicole Albuquerque Dino de Castro e Costa

### RESUMO

Analisa as propostas de reforma nos artigos 23 e 25 do Código Penal, relacionadas ao excesso em causas discriminantes por escusável medo, surpresa ou violenta emoção e à alteração dos contornos legais da legítima defesa para agentes de segurança pública, à luz do princípio da proporcionalidade. Tais propostas constam do projeto de lei encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional em fevereiro de 2019, amplamente conhecido como projeto de lei anticrime.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; princípio da proporcionalidade; legítima defesa; segurança pública; projeto de lei anticrime.

### ABSTRACT

*This paper assesses proposals for reforming articles 23 and 25 of the Brazilian Criminal Code, related to excess in cases of decriminalization due to excusable fear, surprise or violent emotion and to the alteration of the legal outlines of self-defense applicable to public security agents, considering the proportionality principle. Such proposals are contained in a bill forwarded by the Executive to the National Congress in February 2019, widely known as the anti-crime bill.*

### KEYWORDS

*Criminal Law, Proportionality principle, self-defense; public security; anti-crime bill.*

## 1 INTRODUÇÃO

Observa-se, no Brasil, uma demanda crescente por uma atuação mais incisiva do Estado na garantia da segurança pública e no combate à criminalidade. Sob a justificativa de construir um aparato legal mais adequado para o combate ao crime, o Governo Federal, em fevereiro de 2019, encaminhou projetos de lei ao Congresso Nacional, que ficaram conhecidos como “projetos de lei anticrime”.

As propostas foram organizadas em três projetos de lei – um projeto de lei complementar, PLP 38/2019, e dois projetos de lei ordinária, PL 881/2019 e PL 882/2019. Ao todo, constam propostas referentes a quatorze diplomas legais. O PLP 38/2019 dispõe sobre regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral, o PL 881/2019 trata da criminalização do caixa dois e, por fim, o PL 882/2019 propõe medidas diversas, entre as quais alterações nos arts. 23 e 25 do Código Penal, possibilitando a não aplicação ou a relativização da pena em caso de excessos em condutas abarcadas por excludentes de ilicitude e alterando os contornos legais da legítima defesa para agentes de segurança pública.

Entre as medidas propostas, essa última desperta forte controvérsia. Um dos argumentos levantados é que as alterações, nos moldes do projeto original enviado pelo Executivo, estabeleceriam uma espécie de “licença para matar” para policiais, autorizando e incentivando o uso desmedido da força letal por agentes de polícia. Por outro lado, defensores da medida argumentam ser ela necessária para proteger o agente policial durante conflito armado e garantir a efetividade da segurança pública.

Estabelecida a controvérsia, busca-se aqui compreender se as alterações mencionadas de fato ofendem direitos protegidos pela Constituição Federal de 1988 e por tratados internacionais de direitos humanos, no que diz respeito ao uso da força por agentes de segurança pública, por meio de uma análise à luz do princípio da

proporcionalidade. Para tanto, o presente artigo está estruturado da seguinte forma: delimitação dos contornos do princípio da proporcionalidade, de acordo com a teoria de Robert Alexy; descrição dos dispositivos vigentes e das propostas de reforma nos arts. 23 e 25 do Código Penal; e análise das referidas propostas legislativas, a fim de identificar se as alterações em tela, aplicadas a agentes de segurança pública, violam a proporcionalidade.

Trata-se de tema de significativa relevância social e política, dado que as propostas estão em tramitação no Congresso Nacional, que ainda necessita se posicionar pela sua necessidade e constitucionalidade. Dessa forma, pretende-se colaborar para o debate público acerca do assunto, oferecendo uma análise jurídica quanto à proporcionalidade das propostas de reforma nos arts. 23 e 25 do Código Penal.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, são necessárias breves considerações acerca do princípio da proporcionalidade e de sua correlação com os direitos fundamentais.

Direitos fundamentais consistem em direitos estabelecidos por determinada ordem jurídica, veiculados em normas princípios, e que fundamentam a existência do Estado. Por sua natureza principiológica, os direitos fundamentais enunciam direitos protegidos *prima facie*, caracterizando-se, segundo ensinamento de Robert Alexy (1993), como mandamentos de otimização, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, visto que encontram limitação nos demais direitos e valores de ordem constitucional também previstos no ordenamento jurídico (MENDES; BRANCO, 2015). Admite-se, por conseguinte, a possibilidade de determinadas restrições a direitos com vistas à garantia de outros, o que leva à discussão sobre o grau de restrição admitido, seu

conteúdo e sua extensão.

Incidem aqui os chamados “*limites dos limites*”, que balizam a ação do legislador quando da restrição a direitos fundamentais. Tais limites *referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas* (MENDES; BRANCO, 2015, p. 211). Entende-se, então, que os direitos fundamentais podem ser restringidos de forma a não atingir seu núcleo essencial, formado por um conjunto de posições jurídicas simples definitivamente protegidas por ele, além da necessidade de observância da proporcionalidade nas limitações impostas.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade surge como um instrumento de *afirmação da idoneidade, necessidade e equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental* (RAMOS, 2017, p. 119), visando combater os excessos das restrições a direitos, impostos por leis ou atos administrativos (RAMOS, 2017, p. 119). Consiste em um mandamento de proibição do excesso (*Übermassverbot*), correspondente à dimensão negativa da proporcionalidade.

Há ainda uma segunda faceta do princípio da proporcionalidade, que visa à proibição da proteção insuficiente de determinado direito pelo Estado (*Untermassverbot*). Essa outra face do princípio da proporcionalidade consiste na sua dimensão positiva e decorre do reconhecimento dos deveres de proteção do Estado. Assim, haverá violação do princípio da proporcionalidade não apenas quando houver excessos, mas também quando o Estado falhar na proteção de um bem jurídico constitucionalmente protegido. Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes destacou, em decisão no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010): [...] *os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote)*. Haveria,

*assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).* (STA 419/RN, DJ 22 abr. 2010)

Ressalta-se, por fim, a constante utilização da proporcionalidade como instrumento para solucionar aparente situação de colisão entre direitos fundamentais. No Supremo Tribunal Federal (STF), a proporcionalidade tem sido utilizada como “lei de ponderação”, de modo a impedir intervenções em direitos que resultem em ônus desproporcional a outros direitos incidentes no mesmo caso concreto (MENDES; BRANCO, 2015).

### 2.1 ELEMENTOS DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 1993). Assim, para aferir a proporcionalidade de uma norma, requer-se uma análise em três etapas. Trata-se de uma análise sucessiva, e, caso a norma falhe em uma das etapas, sequer é necessária a análise do elemento seguinte, concluindo-se pela violação da proporcionalidade e, conseqüentemente, pela inconstitucionalidade da norma.

A análise de adequação consiste em verificar se a norma em tela fomenta algum direito fundamental, ou seja, se, em abstrato, poderia resultar na realização do objetivo perseguido. Em seguida, passa-se à verificação do elemento necessidade, também denominado elemento da intervenção mínima. Essa segunda etapa destina-se a analisar se há alguma outra forma de se fomentar em igual ou maior grau o direito, restringindo menos outros direitos incidentes no caso concreto. Por fim, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito consiste em uma espécie de análise da relação custo-benefício, se a concretização desse direito se justifica em face da restrição imposta aos demais.

### 3 OS ARTS. 23 E 25 DO CÓDIGO PENAL

Antes de avançar no tema, é importante resgatar o que anunciam os vigentes arts. 23 e 25 do Código Penal, que versam, respectivamente, sobre as excludentes de ilicitude e o excesso punível e sobre os contornos legais da legítima defesa.

#### 3.1 DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

A ilicitude, ou antijuricidade, consiste no segundo substrato do conceito analítico de crime e corresponde à contradição de determinada conduta típica com o ordenamento jurídico. A comprovação da presença da antijuricidade em determinada conduta se dá pela constatação de que a conduta típica não se encontra permitida por nenhuma causa de justificação constante na ordem jurídica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008).

Assim, as causas excludentes da ilicitude figuram como verdadeiros preceitos permissivos, causas discriminantes, ou justificantes da conduta típica, que, quando verificadas no caso concreto, indicam a inexistência do crime.

No Direito Brasileiro, as causas excludentes da ilicitude estão elencadas principalmente no art. 23, incisos I a III, do Código Penal, que noticia: *I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito* (BRASIL, 2018). Destaca-se, no entanto, que

o excesso, a ser estudado no subitem seguinte, em qualquer das três hipóteses mencionadas, permanece ilícito, por força do parágrafo único do art. 23: *O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo* (BRASIL, 2018).

#### 3.2 EXCESSO NAS CAUSAS JUSTIFICANTES

Como já adiantado, o art. 23, parágrafo único, do Código Penal preocupa-se em delinear os limites da ação nas causas justificantes, trazendo previsão de punição para o agente que, por dolo (consciência e vontade) ou culpa (imprudência ou negligência), agir com excesso em qualquer das três hipóteses apresentadas no item anterior.

Ensina Paulo Queiroz (2010) que *há excesso quando o agente, embora inicialmente amparado por uma causa de justificação e mesmo depois de fazer cessar a agressão que contra ele começara, prossegue lesionando seu agressor, desnecessariamente.*

Do conceito apresentado, retira-se como pressuposto do excesso o reconhecimento inicial da excludente de ilicitude, presentes todos seus requisitos, ou seja, uma situação inicial de legalidade da conduta do agente.

Assim, entende-se que o excesso não pode ser admitido de forma a descaracterizar a própria discriminante, como seria, por exemplo, no caso de uma defesa inicialmente desnecessária ou desproporcional. Isso porque, nesse caso, o agente não poderia sequer invocar a legítima defesa, quanto mais, portanto, agir com excesso na discriminante.

#### 3.3 DA LEGÍTIMA DEFESA

Os contornos legais da legítima defesa, por sua vez, estão previstos no art. 25 do Código Penal. Segundo preceitua o dispositivo, *quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem* (BRASIL, 2018) tem a sua conduta justificada pela legítima defesa.

Extraem-se do conceito legal de legítima defesa alguns requisitos próprios da discriminante: i) agressão injusta; ii) atual ou iminente; iii) uso moderado dos meios necessários; iv) proteção a direito próprio ou de outrem; e v) conhecimento da situação de fato justificante (CUNHA, 2016).

Algumas considerações são necessárias acerca dos três primeiros requisitos apontados.

Inicialmente, por força do requisito da *“agressão injusta”* (ou antijurídica), pressupõe-se que, para configuração da legítima defesa, é necessária uma conduta humana (ação ou omissão) que desencadeie a necessidade de uma defesa. Conforme salientam Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 500), *não há agressão quando não há conduta*, ao passo que também *não pode ser antijurídico o que não é conduta*. A agressão deve ser, ainda, direcionada, ou seja, ter destinatário certo, pois, caso contrário, configuraria perigo atual, o que, conforme as circunstâncias do caso concreto, faria incidir a discriminante do estado de necessidade e não da legítima defesa (CUNHA, 2016).

Em relação ao caráter *“atual ou iminente”* da agressão injusta, caracteriza-se como *atual* aquela agressão que já foi iniciada, que está em curso, e como *iminente* a que, apesar de

ainda não ter sido iniciada, está prestes a ocorrer. Assim, entende-se pela impossibilidade da alegação de legítima defesa contra agressão passada, ou contra agressão futura, o que configuraria mera suposição (CUNHA, 2016).

Por fim, com a exigência do “*uso moderado dos meios necessários*”, pretende-se assegurar a proporcionalidade entre a agressão realizada e o ato de defesa da vítima. Assim, entende-se por “*meio necessário*” o meio menos lesivo capaz de afastar o ataque sofrido. Ainda, preceitua-se o uso moderado de tal meio, de modo que este deva ser utilizado sem excessos, de maneira suficiente a fazer cessar o ataque iminente ou em curso (CUNHA, 2016). Nesse sentido advertem Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 503), *não pode haver uma desproporção muito grande entre a conduta defensiva e a do agressor, de maneira que a primeira cause um mal imensamente superior ao que teria produzido a agressão.*

Feitas essas considerações, passa-se, então, ao estudo das propostas de reforma constantes no PL 882/2019.

#### 4 AS PROPOSTAS DE REFORMA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O PL 882/2019 propõe, entre outros temas, alterações relacionadas ao excesso nas excludentes de ilicitude e aos contornos legais da legítima defesa, modificando a redação dos arts. 23 e 25 do Código Penal – objeto do presente estudo.

Este capítulo dedica-se à análise das propostas de reforma nos dois dispositivos mencionados, aplicadas a agentes de segurança pública, e à verificação da sua (in)compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Para tanto, dividir-se-á o presente capítulo em dois subitens, sendo o primeiro (4.1) dedicado ao exame das modificações ligadas ao excesso nas causas discriminantes; e o segundo (4.2), às modificações no instituto da legítima defesa.

##### 4.1 O EXCESSO DECORRENTE DE ESCUSÁVEL MEDO, SURPRESA OU VIOLENTA EMOÇÃO

As alterações propostas para o art. 23 do CP recaem sobre a pena aplicada aos excessos em condutas abrangidas pelas causas discriminantes. Como visto, tais condutas estão elencadas nos incisos I a III do art. 23 do CP e em outros disposi-

tivos esparsos no ordenamento jurídico.

A proposta consta do art. 2º da redação original do PL 882/2019, que dispõe:

*Art. 2º O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 23. § 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. § 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. (BRASIL, 2019a)*

O § 1º do art. 23 conserva a redação do atual parágrafo único. Em relação a esse dispositivo, a alteração incide apenas na sua numeração, por questões de técnica legislativa. Assim, a efetiva modificação repousa no § 2º, que possibilita ao juiz não aplicar a pena ou aplicá-la apenas em parte, em caso de excessos decorrentes de “*escusável medo, surpresa ou violenta emoção*”.

No Direito Brasileiro, há uma previsão semelhante – embora mais restrita – no Código Penal Militar, art. 45, parágrafo único, e art. 46 (BRASIL, 2017b).

*[...] as causas excludentes da ilicitude figuram como verdadeiros preceitos permissivos, causas discriminantes, ou justificantes da conduta típica, que, quando verificadas no caso concreto, indicam a inexistência do crime.*

No Direito Comparado, tal previsão encontra paralelo nas legislações penais portuguesa e alemã. No Código Penal Português, admite-se a não punição do excesso resultante de “*perturbação, medo ou susto, não censuráveis*” (PORTUGAL, 2018). Enquanto no Direito alemão determina-se a não punição do excesso em autodefesa por motivos de “*confusão, medo ou pânico*” (ALEMANHA, 2019). Há, no entanto, diferenças. Ambas as legislações, portuguesa e alemã, trazem hipóteses somente de reações astênicas, ligadas à fraqueza do indivíduo, em que não se enquadra a “*violenta emoção*”.

Ressalta-se, por fim, que a redação proposta para o art. 23 apresenta margem para dúvidas quanto ao termo “*escusável*”, posicionado logo antes de “*medo, surpresa ou violenta emoção*”, que pode sugerir a tese de que apenas o “*medo*” deve ser escusável. Dessa forma,

sugere-se, para evitar dubiedades, que sejam invertidos os termos do dispositivo para que constem da seguinte forma: *Art. 23 [...] § 2º: O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de medo, surpresa ou violenta emoção, escusáveis*, seguindo o modelo redacional do Código Penal Português.

##### 4.1.1 DA ANÁLISE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

À luz do princípio da proporcionalidade, é necessário identificar, inicialmente, o objetivo a que se destina a norma em abstrato. Nesse sentido, entende-se que a norma objetiva proteger juridicamente quem, em situação de legítima defesa, própria ou de terceiros, ou ainda amparado por outra discriminante, exceda-se por medo, surpresa ou violenta emoção escusáveis, provocados pela própria circunstância. Ressalte-se que excesso aqui não se confunde com desproporcionalidade dos meios inicialmente aplicados para a defesa, mas sim, conforme explicado no subitem 3.2, no

prosseguimento da defesa mesmo após cessada a agressão.

Dessa forma, não há dúvidas de que a possibilidade de ter a pena diminuída ou de ter concedido o perdão judicial é um meio apto para atingir a finalidade perseguida, não havendo, ainda, outra forma de promover em igual ou maior grau tal proteção jurídica de quem se encontra em excepcional fragilidade. Nesse contexto, entende-se pela adequação e necessidade da medida, de uma forma geral.

Destaque-se, no entanto, que, apesar de se entender possível a diminuição da culpabilidade e das exigências de prevenção jurídica para particulares que se excedam em sua defesa ou na defesa de terceiros por escusável medo, surpresa ou violenta emoção, a mesma interpretação não parece ser cabível quando aplicada a agentes de segurança pública, em especial quando em defesa de terceiros.

Os agentes de segurança pública

possuem maior responsabilidade que particulares no momento de repelir uma agressão contra si ou contra terceiros, que engloba o núcleo de seus deveres funcionais. Por essa razão, sua formação envolve treinamento constante quanto à preparação para atuar em situações extremas e de perigo. Soma-se a isso o fato de terem à sua disposição equipamentos de segurança, como coletes, rádios comunicadores, além de possível cobertura de outros agentes.

A atuação dos agentes de segurança dentro das balizas legais objetiva, assim, a garantia de diferentes direitos fundamentais, entre eles o direito à vida, à integridade física e moral de vítimas ou agressores, para além do cumprimento do mandamento de proporcionalidade da ação estatal. Portanto, exige-se desses agentes que realizem uma análise valorativa mais precisa quanto aos meios necessários e suficientes para repelir uma agressão e, em especial, a identificação do momento em que deve ser cessada a defesa, por já ter atendido a seu propósito.

***Assim, entende-se que o excesso não pode ser admitido de forma a descaracterizar a própria discriminante, como seria, por exemplo, no caso de uma defesa inicialmente desnecessária ou desproporcional.***

Outrossim, argumenta-se que, aplicada a agentes de segurança pública, a norma em tela dá margem a ações exorbitantes por parte de policiais por conta da previsão de conceitos abertos e mais amplos do que já previsto no Código Penal Militar, como a “violenta emoção”. Conforme assevera Luís Greco (2019, n.p), “na nova regra, até aquele que mata por raiva ou ódio pode, em princípio, ver-se isento de pena”. Há uma ampla gama de sentimentos que podem ser incluídos sob o “guarda-chuva” da “violenta emoção”, entre eles a ira, o ódio, a raiva ou até mesmo a revanche. Assim, a hipótese da “violenta emoção” pode vir a permitir a não culpabilidade de agentes de segurança que se excedam na defesa de terceiros, por exemplo, movidos por ódio, o que descaracterizaria a própria razão de ser da atividade policial e do sistema de justiça.

Sob essa perspectiva, a norma proposta estabelece tratamento incompatível ao conceder as mesmas salvaguardas dadas a particulares aos agentes de segurança pública, eximindo-os da responsabilidade pelos eventuais excessos em legítima defesa. Diferente dos particulares, os agentes de segurança pública devem ser treinados para tais situações, fazendo parte do seu ofício reagir dentro dos limites necessários para fazer cessar a agressão. Assim, escusá-los de tal dever põe em risco direitos fundamentais, como o direito à vida e à justiça, que devem ser protegidos pelo Estado em maior grau possível, não sendo justificável a restrição a esses direitos em face de uma proteção jurídica ao agente de segurança que age em excesso por inaceitável despreparo e em desacordo com seu próprio dever funcional. Em verdade, tais situações poderiam caracterizar inclusive negligência ou imperícia.

#### 4.2 A AMPLIAÇÃO DOS CONTORNOS LEGAIS DA LEGÍTIMA DEFESA

Em relação às alterações propostas no instituto da legítima

defesa, o PL n. 882/2019 propõe acrescentar ao atual art. 25 do Código Penal um parágrafo único, com dois incisos, preservando a vigente redação do *caput*. Assim dispõe o projeto de lei:

*Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] Art. 25[...] Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa: I – o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e II – o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (BRASIL, 2019a)*

Há aqui diferentes interpretações possíveis e antagônicas entre si para o sentido dos novos dispositivos propostos.

A primeira delas indica uma redundância nos dispositivos acrescidos, tendo em vista a exigência, pelo parágrafo único, da observância dos requisitos do *caput* para configuração da legítima defesa. Conforme essa interpretação, os casos descritos nos incisos I e II seriam meros exemplos de situações em que poderia se configurar a legítima defesa, pois, para ambas as situações descritas, presentes os requisitos do *caput*, sempre existiu o direito à legítima defesa.

No entanto, caso fosse essa a interpretação, que, de fato, parece a mais correta tecnicamente, qual seria, então, o objetivo de proceder à presente alteração legislativa? Para tanto, socorremo-nos dos argumentos apresentados na justificativa da proposta, que apresenta uma segunda possível interpretação quanto aos objetivos desses dispositivos. As justificativas, apesar de não possuírem força normativa, servem como um norte para entender a vontade do legislador ou proponente e, considerando ser este um projeto de lei ainda em debate, elas podem ser utilizadas ao longo da tramitação do projeto para orientar ajustes técnicos na redação dos novos dispositivos, com o intuito de adequá-los à interpretação que se pretende obter, isto é, ao que realmente se pretende modificar no ordenamento jurídico.

Em relação às propostas para o art. 25, a justificativa do PL n. 882/2019 diz que os dispositivos visam a corrigir situação atual que exige que o agente de segurança pública aguarde *ameaça concreta ou o início da execução do crime para, só depois, reagir*. (BRASIL, 2019a). Assim, com a nova redação, ele poderia *agir preventivamente, ou seja, quando houver risco iminente a direito seu ou de outrem* (BRASIL, 2019a).

Após a leitura da justificativa do PL n. 882/2019, fica claro que se pretende, de fato, modificar uma situação atual, e não apenas explicitar algo já existente, como sugerido pela primeira interpretação. Assim, alguns detalhes da redação dos novos dispositivos ganham realce. O primeiro, e principal, é a opção pelo uso do termo “previne” no lugar do adotado pelo *caput*, “repele”, para descrever a ação de defesa. À primeira vista, os termos podem parecer sinônimos. No entanto, quando lidos em conjunto com os argumentos da justificativa, percebe-se que a opção pela nova terminologia foi intencional.

Como visto no item 3.3, a legítima defesa, nos moldes atuais, visa repelir uma agressão atual ou iminente. Não se desconsidera, nesse requisito, o caráter preventivo da legítima defesa, mas indica-se uma fronteira temporal para a incidência da discriminante. Isso porque, apesar de ser preventiva, e não repressiva, a legítima

defesa deve ser usada para opor resistência a uma agressão, o que exige, por certo, a existência inicial tanto de uma agressão quanto de um agressor.

O novo inciso I, ao reconhecer ao agente policial a condição de achar-se em legítima defesa sempre que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, agir para prevenir injusta e iminente agressão, parece querer autorizar uma ação antecipada do agente de polícia, sem um claro limite inicial. Assim, a redação do dispositivo admitiria a interpretação de que o agente policial estaria autorizado, no contexto indicado, a matar para evitar uma agressão que ainda não existe, ou seja, matar alguém que pode vir a ser (ou não) um agressor.

Essa segunda interpretação apresenta um grave problema técnico, pois é absolutamente incompatível com os requisitos da legítima defesa, constantes do *caput* do art. 25, que o parágrafo único manda observar. Seria, assim, impossível adotar essa segunda interpretação sem ignorar o disposto no *caput*. No entanto, este parece ser apenas um erro de ordem técnica na redação das propostas, pois todo o contexto aponta para a interpretação indicada no parágrafo anterior.

Entende-se, portanto, (e excluindo a primeira interpretação aventada) que apesar de haver uma falha técnica na redação do projeto de lei em relação à exigência constante no parágrafo único, as alterações propostas destinam-se à ampliação dos contornos legais da legítima defesa para que a discriminante passe a abarcar momentos anteriores aos admitidos atualmente, sob o argumento de fortalecimento do combate à criminalidade e à promoção do direito à segurança pública ou, conforme indicado na justificativa do projeto, *dar equilíbrio às relações entre o combate à criminalidade e à cidadania* (BRASIL, 2019a).

Acrescentam-se, por fim, considerações acerca do elemento contextual indicado no inciso I para a incidência da legítima defesa nos moldes propostos. Trata-se da opção pela utilização do termo “conflito armado”. O conceito de “conflito armado” é oriundo do Direito Internacional Humanitário e sua conceituação relaciona-se à incidência do art. 8º do Estatuto de Roma, que trata dos cri-

mes de guerra. Conforme assevera Luís Greco (2019), na linguagem técnica, para o direito de guerra, em contexto de “conflito armado” tanto é permitida a morte de combatentes com dolo direto independentemente de agressão atual, os chamados “abates”, quanto é admitida a morte de civis como “danos colaterais” de ações contra combatentes. Muito embora se entenda não ser essa a conotação pretendida no projeto, alerta-se aqui para os riscos da escolha da terminologia. Isso porque a possibilidade dessa interpretação encerra situações de extrema gravidade, como a possibilidade de civis serem “legitimamente” mortos como “dano colateral”, durante incursões policiais.

#### 4.2.1 DA ANÁLISE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

Inicia-se a análise da proporcionalidade das alterações propostas nos contornos legais da legítima defesa com a verificação da sua adequação ao fim pretendido. Questiona-se, assim, se a decisão normativa tomada pode resultar no fortalecimento do combate à criminalidade e na promoção do direito à segurança pública.

***[...] a norma proposta estabelece tratamento incompatível ao conceder as mesmas salvaguardas dadas a particulares aos agentes de segurança pública, eximindo-os da responsabilidade pelos eventuais excessos em legítima defesa.***

Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018) permitem a realização de uma correlação entre uma atuação mais ostensiva da polícia e a diminuição de crimes. Entre os anos de 2015 e 2017, as mortes decorrentes de intervenções policiais apresentaram crescimento de 54,9%, saltando de 3.330 ocorrências para 5.159. No mesmo período, as mortes violentas intencionais, descontadas aqui as decorrentes de intervenções policiais, apresentaram crescimento de apenas 6,5%. Ainda, quando analisado o número de policiais vítimas de homicídio, em serviço e fora de serviço, percebe-se que o número permaneceu praticamente estável, variando de 368, em 2015, para 367, em 2017.

Os dados coletados demonstram que – muito embora o aumento de 54,9% da mortandade por policiais desde 2013, e, se analisado desde 2013, de 133% – não foi suficiente para reduzir a taxa de mortes violentas intencionais nos últimos anos, nem mesmo teve efeito sob o número de policiais vítimas de homicídio, que, como demonstrado, teve variação pouco significativa.

No mesmo sentido, análise realizada pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (DAPP-FGV) (2018) dedicada a compreender a relação entre vitimização policial (morte de policiais) e letalidade policial (morte provocada por policiais) nos últimos anos, aproximou-se das hipóteses de que ambos os fenômenos fazem parte da mesma dinâmica de violência e de que os resultados alcançados são pouco efetivos na queda dos indicadores criminais.

Acrescenta-se a tais argumentos o fato de que a legítima defesa é um instituto pensado para o contexto de conflitos entre particulares, insuficiente, portanto, para pautar a atuação de agentes de segurança no combate à criminalidade. Nesse sentido, Luís Greco (2019) ressalta que, em países como a Alemanha, os

fundamentos e limites para a atuação dos agentes de segurança pública na prevenção de crimes são regulados pelo Direito de Polícia, ramo do Direito Administrativo, que contém dispositivos especificamente destinados a esses agentes, não dotados de tamanha generalidade e imprecisão como a legítima defesa.

Dessa forma, entende-se que a adoção de normas que permitam uma atuação policial mais ostensiva – permitindo uma reação antecipada dos agentes de polícia ante uma eventual agressão – tem grande potencial para aumentar, ainda mais, a taxa, já alta, de mortes decorrentes de ações policiais. Ainda, como demonstrado, tal aumento não tem relação direta com a diminuição das taxas de criminalidade, pelo contrário, como demonstrado pela DAPP-FGV, acaba sendo

mais uma manifestação da mesma dinâmica de violência, pouco efetiva para a queda dos indicadores criminais.

Pelos argumentos expostos, conclui-se pela inadequação da norma e, conseqüentemente, pela sua incompatibilidade como princípio da proporcionalidade, sem a necessidade, portanto, da análise quanto aos dois elementos subsequentes.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de todas as considerações, apresentam-se as seguintes conclusões, em síntese:

O princípio da proporcionalidade atua como vetor de proteção de direitos fundamentais em suas duas dimensões: a negativa, como um mandamento de proibição do excesso (*Übermassverbot*), e a positiva, visando à proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

As propostas de alteração nos arts. 23 e 25 do Código Penal, aplicadas a agentes policiais, são incompatíveis com o princípio da proporcionalidade, falhando, respectivamente, em relação ao elemento da proporcionalidade estrita e ao elemento da adequação.

No tocante ao art. 23, o projeto de lei possibilita a concessão do perdão judicial ou a aplicação parcial da pena em caso de excessos nas causas discriminantes decorrentes de “*escusável medo, surpresa ou violenta emoção*”, visando proteger juridicamente aquele que se excede por fragilidade decorrente da própria circunstância excepcional.

Embora se considere cabível a aplicação do dispositivo para particulares, dirigida a agentes de segurança pública, a alteração no art. 23 apresenta grande potencial lesivo a direitos fundamentais, em especial à vida e à justiça. A indefinição e a abertura dos conceitos empregados, de forma ainda mais ampla do que já consta na legislação penal militar, dão margem para ações exorbitantes por parte dos agentes de polícia. Ainda, argumenta-se que se deve exigir desses agentes uma análise valorativa mais precisa quanto aos meios suficientes para repelir uma agressão e quanto ao momento em que deve ser cessada a defesa, dado seu treinamento específico para atuar em situações de perigo. Assim, a redução da culpabilidade e das exigências de prevenção jurídica por parte dos agentes de polícia deve atender a critérios mais rigorosos que os aplicados a particulares, sob pena de acarretar proteção insuficiente a direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Ainda sobre o art. 23, além de previsão no sentido da inaplicabilidade do dispositivo a agentes de segurança pública, sugere-se o reposicionamento do termo “*escusável*”, com vistas a evitar dubiedades. Nesse sentido, propõe-se a seguinte redação para o dispositivo: “O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de medo, surpresa ou violenta emoção, *escusáveis*”.

Em relação ao art. 25, embora constatada falha técnica na redação dos dispositivos que pode levar ao entendimento pela redundância das alterações, adota-se a interpretação que indica o alargamento dos limites temporais da legítima defesa de agentes policiais em conflito armado e a desnecessidade da iminência da agressão para o reconhecimento da legitimidade da defesa.

Primeiramente, alerta-se para o potencial risco da escolha do termo “*conflito armado*” no inciso I do art. 25, por tratar-se de termo oriundo do Direito Internacional Humanitário e refe-

rir-se a situações em que incide o direito de guerra. Assim, ainda que se considere não ser essa a conotação intentada no projeto, chama-se atenção para as graves conseqüências de uma futura (e possível) interpretação da norma à luz do direito de guerra.

Considera-se, ainda, o instituto da legítima defesa inadequado para regular as balizas da atuação dos agentes de segurança pública no combate à criminalidade. Nesse sentido, apontam-se dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública que indicam que o aumento da mortandade por policiais não apresenta relação direta com a diminuição de índices de criminalidade, nem mesmo tem efeito significativo na redução do número de policiais vítimas de homicídio. Conclui-se, assim, pela inadequação da norma proposta no art. 25 para fins de promoção da segurança pública e combate ao crime.

Destaca-se, por fim, que na data do fechamento do presente artigo, o PL 882/2019 tramita apensado ao PL 10372/2018, na Câmara dos Deputados, onde é debatido por grupo de trabalho designado para esse fim. O trâmite legislativo do projeto envolverá, ainda, a análise pelas Comissões Parlamentares da Câmara e pelo Plenário da Casa e, caso prospere, o texto seguirá para a apreciação pelo Senado Federal (BRASIL, 2019b).

### NOTAS

- 1 Dispõe o Código Penal Militar: *Art. 45: O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa. Parágrafo único: Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. Art. 46: O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso.* (BRASIL, 2017b).
- 2 Dispõe o Código Penal Português: *Art. 33.º 1 – Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada. 2 – O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis* (PORTUGAL, 2018).
- 3 Tradução livre de disposição do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuche*): “*Vierter Titel, § 33 Überschreitung der Notwehr: Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft*” (ALEMANHA, 2019).
- 4 Para mais informações, ver item 3.3.
- 5 Correspondente à soma das vítimas de homicídio doloso, latrocínio e lesão corporal seguida de morte.

### REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Strafgesetzbuche*. Berlin: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [2019]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 12, 2018. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-2018.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2019.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 11, 2017. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/01/ANUARIO\\_11\\_2017.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/01/ANUARIO_11_2017.pdf). Acesso em: 5 abr. 2019.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 10, 2016. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/10\\_anuario\\_site\\_18-11-2016-retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf). Acesso em: 5 abr. 2019.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 9, 2015. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/9\\_anuario\\_2015.retificado\\_.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf). Acesso em 5 abr. 2019.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 8, 2014. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/8\\_anuario\\_2014\\_20150309.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf). Acesso em 5 abr. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [882], de 2019*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/2Pusd1r>. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Informações de tramitação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 2 maio 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: <https://bit.ly/1dFirRw>. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: <https://bit.ly/2UvNKLQ>. Acesso em: 5 abr. 2019

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://bit.ly/1kR39ir>. Acesso em: 2 abr. 2019

BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 419/RN – Rio Grande do Norte*. Decisão: Min. Gilmar Ferreira Mendes, 6 de abril de 2010. Diário da Justiça Eletrônico, n. 70, 22 abr. 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Diretoria de Análise de Políticas Públicas. *Análise aponta relação entre números de letalidade e de vitimização policial no país*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/analise-aponta-relacao-entre-numeros-de-letalidade-e-de-vitimizacao-policial-no-pais/>. Acesso em: 5 abr. 2019.

GRECO, Luís. Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no 'Projeto de Lei Anticrime'. *JOTA*. São Paulo, 7 fev. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2BIH1JB>. Acesso em: 3 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP).

PORTUGAL. *Código penal*. Lisboa: Ministério Público, [2018]. Disponível em: <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/codigo-penal>. Acesso em: 2 abr. 2019.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed., rev. e ampl., de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

Artigo recebido em 12/5/2019.

Artigo aprovado em 12/6/2019.

---

**Juliana Gomes Miranda** é professora da graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público e Gestora de Projetos na Fundação Getúlio Vargas.

**Nicole Albuquerque Dino de Castro e Costa** é estudante e pesquisadora vinculada ao grupo de pesquisa Observatório do Processo Legislativo.



## UM ESTUDO ACERCA DA SENTENÇA E COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL COMPARADO BRASILEIRO-ALEMÃO

### *A STUDY ABOUT SENTENCE AND RES JUDICATA WITHIN THE BRAZILIAN-GERMAN CRIMINAL PROCEEDINGS*

Kelly Susane Afflen da Silva

#### **RESUMO**

Apresenta estudo acerca da sentença e da coisa julgada no âmbito do processo penal comparado brasileiro-alemão, percorrendo desde aspectos atinentes à etimologia, historicidade e tópicos atuais segundo a doutrina e a legislação de cada país.

#### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Processual Penal, sentença penal; coisa julgada penal; processo penal – brasileiro, alemão

#### **ABSTRACT**

*This study discusses both sentence and res judicata within the Brazilian-German criminal proceedings, ranging from aspects related to etymology, historicity and current topics pursuant to each country's legislation and legal literature.*

#### **KEYWORDS**

*Criminal Procedure Law, sentence; criminal res judicata; Brazilian, German – criminal proceedings.*

## 1 LINHAS INTRODUTÓRIAS

Antes de tudo, é preciso estabelecer-se uma pré-compreensão sobre o processo penal<sup>1</sup>. É preciso, pois, expor, desde logo, o que é processo, sua natureza, seus fins e suas formas, tal como se entende no direito processual contemporâneo. No período pré-legislativo, o processo penal segue a norma do costume, e, a esta etapa remota pertencem os Códigos religiosos, escassos em preceitos de direito processual, tal como o Código de Hammurabi, que regeu os 15 séculos antes da Era Cristã (ESTENOS, 1946, p. 13). O processo penal antigo foi substituído pelo processo penal canônico empregado pelo Tribunal de Santo Ofício e pelo sistema laico de ajuizamento inquisitório (ESTENOS, 1946, p. 16). Já o processo misto se organizou sobre a base do processo penal antigo e do canônico, sendo que este processo conservou para o sumário os elementos determinantes do sistema inquisitório, i.e., o secreto e a escritura (ESTENOS, 1946, p. 17). A publicidade e a oralidade foram os elementos que imperaram no plenário. E o regime de provas teve a dualidade de ambos os processos: a teoria do critério de consciência e o sistema da prova legal ou tarifada (ESTENOS, 1946, p. 17). Na Alemanha, os estudos dos juristas de Bolonha contribuíram sobremaneira ao estabelecimento do processo penal, na Constituição Criminalis Carolina de 1532 (ESTENOS, 1946, p. 17). Mas foram as ideias democráticas que substituíram o antigo conceito do direito divino dos Reis pela soberania do povo e que fizeram surgir o processo penal moderno, cujo antecedente pode encontrar-se no célebre edito de 8 de maio de 1777, que modificou as disposições codificadas na Ordenança de 1670. Foi neste edito que se estabeleceu a obrigação para os juízes de motivar suas sentenças expressando as razões de fato e os fundamentos jurídicos que tivessem tido para decidir a causa (ESTENOS, 1946, p. 18). Saliente-se, com aporte em Percy Mac Lean Estenos, que, *entre os alemães se chegou a sustentar que a vontade suprema era a do Chefe de Estado, quem detinha a ampla faculdade para ordenar a abolição de um processo, sendo que, além disso, foi considerado que o juiz estava submetido à vontade da lei, como emanção da vontade do Chefe do Estado, não sendo respeitado o princípio universalmente admitido da irretroatividade da lei, que poderia deixar de aplicar-se em se tratando de interesse do Estado, pois deveria prevalecer a vontade do führer* (ESTENOS, 1946, p. 19). E, nesse sentido, não é de passar que o processo moderno – não só no âmbito brasileiro, mas com razão *a fortiori* na Alemanha – venha a refletir doutrinas autoritárias, consideradas as circunstâncias históricas notórias, e que propugna Carnelutti em múltiplas manifestações essas tendências de prepotência do Estado contra o indivíduo (CARNELUTTI *apud* ESTENOS, 1946, p. 21). Nessa perspectiva, é que Percy Mac Lean Estenos chega a falar de um exemplo de três espécies de sentença: de disposição, de integração

e de atuação. Segundo o autor, consideradas estas três espécies, apenas se conhecem as duas primeiras, modalidades nas quais diante do silêncio da lei, deve o juiz comportar-se como legislador, sendo que, quando os juízes “legislam”, *no hacen, en el fondo, más que consagrar la manera de sentir de la colectividad, traduciendo el sentir histórico de la actualidad, pero éste, en los regímenes autoritarios, no es outro que la voluntad del Estado, que gobierna sin peso ni examen*” (ESTENOS, 1946, p. 21). E, desta forma, decorre que durante muitos anos os processualistas elaboraram suas teorias com base em conceitos autoritários.

*Mas, o que constitui, ou melhor, o que dá vida à sentença no mundo jurídico, afinal? [...] trata-se de uma questão debatida entre os juristas: se a sentença é um ato de vontade ou um ato da mens judicis, isto é, se é um ato de inteligência ou um ato de inteligência e vontade de per se.*

No entanto, uma nova apologética processual exurgiu, particularmente em virtude da preclusão pelo eminente Professor da Faculdade de Direito de Bologna, Chiovenda, que estabeleceu originais princípios relacionados com a ação, sendo que as novas tendências italianas e alemãs encontraram exponenciais expositores no âmbito latino, particularmente introduzidas no âmbito latino pelo Professor Tomás Jofré (ESTENOS, 1946, p. 26). Assim é que, para Carnelutti o processo é a *escola de atos desenvolvidos para resolver a lide*, sendo que no processo penal moderno, Santiago Sentís Melendo, magistrado espanhol, radicado em Buenos Aires, pronunciou-se na Conferência realizada em 30 de outubro de 1944, na Faculdade de Direito da Universidade do Litoral, em Santa Fé, dizendo que antes de Chiovenda não se conhecia processo (ESTENOS, 1946, p. 26), pois o que tem ocorrido, é que o vocábulo processo havia passado a representar uma ideia com substantividade própria, sendo que o processo é o conjunto de todos os atos que se realizam para a solução de uma lide, e, o procedimento é a combinação dos diversos atos que se devem realizar para a solução de uma lide (CARNELUTTI, t. IV, p. 396). Nesse ínterim, acrescenta Sentís Melendo: *yo llego a creer que el concepto de proceso es al moderno derecho procesal lo que el concepto de negocio jurídico es al moderno derecho civil. Ni uno ni outro representan figuras jurídicas nuevas; el uno, no pasa de ser construcción moderna realizada por elementos que ya poseyeron los romanos, pero a los que no llegaron a percibir con el sentido de unidad y de generalidad con que há sabido contemplarlos la ciencia de nuestros días, merced a los estudios de hombres geniales como Windscheid y Vittorio Scialoja; y, sin embargo, el empeño en contemplar todas las*

*instituciones, desde el ángulo visual del derecho civil, hizo que un absurdo jurídico tan formidable como el del cuasi-contrato de litiscontestatio gravitase, durante siglos, sobre el derecho procesal, sin más razón que la de la ayuda que significaba para resolver problemas particulares del procedimiento* (MELENDI, 1944, apud ESTENOS, 1946, p. 31).

A partir dessa noção conceptual, processualistas e procedimentalistas se dividiram. No entanto, como bem esclarece o jurista Estenos, tem-se concebido o processo penal como uma relação jurídica que nasce da relação jurídica criada entre o Estado titular do direito de repressão e o indivíduo a quem se imputa o delito. Destarte, o Estado só pode colocar em movimento seu direito pela via processual e, diante dos tribunais, conforme a lei. O processo penal, resulta, pois, no meio para a total definição das relações jurídicas surgidas pela infração penal (ESTENOS, 1946, p. 3).

**[...] impende asseverar-se que no sistema processual penal alemão, um impedimento processual implica, indubitavelmente, numa decisão de caráter eminentemente processual, tornando impraticável uma decisão de caráter substancial (de fundo/mérito).**

A partir disso, centrar-se-á este trabalho, que é um estudo referente ao processo penal comparado numa perspectiva entre os sistemas jurídicos brasileiro e alemão; mais especificamente, a respeito da sentença e da coisa julgada no processo penal comparado brasileiro-alemão. Pelo que, desde logo, cabe dizer que, na Alemanha, o processo penal, hodiernamente, é regido pelo *Strafprozeßordnung* (StPO), de 1º de fevereiro de 1877, consideradas as suas mais recentes atualizações, tendo sido modificado e repromulgado. Segundo Howard D. Fischer, o StPO é complementado pelos dispositivos do Estatuto do funcionamento dos Tribunais relativo aos tribunais criminais e à *Staatsanwaltschaft* (FISHER, 2013, p. 445). No entanto, o processo penal alemão possui três etapas: a) *Vorverfahren*, i.e, etapa preliminar investigatória, que envolve o Ministério Público (*Staatsanwaltschaft*); b) *Zwischenverfahren*, ou seja, a etapa intermediária, na qual o tribunal decide se o caso deve ser levado a julgamento; e, c) *Hauptverfahren* (*Hauptverhandlung*) ou seja, o procedimento principal (julgamento) em si. Já no Brasil, o processo penal é regido pelo Código de Processo Penal instituído pelo Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, e suas respectivas atualizações, constando-se as mais recentes incluídas pela Lei 13.257, de 2016.

## 2 SENTENÇA PENAL, PROCESSO E JURISDIÇÃO

A sentença, segundo Piero Calamandrei é *il cuore del organismo processuale* (CARNELUTTI, 1965, p. 12) (NORONHA, 2015, p. 108 e 109), pois é o *ápice da vivificação da execução do poder judicante, ao qual incumbe, na tripartição dos poderes do Estado, o poder-dever de julgar, compondo as lides* (POLONI, 2003, p. 9), e, como bem menciona o Prof. Vincenzo Cavallo, *Se la giurisdizione costituisce l'attività dello Stato, nel suo svolgimento, per eliminare i conflitti di diritti sgettivi e regolare*

*l'armonia social, ed il processo il modo come essa si svolge, per garantire il rispetto delle forme legali (...)*; logo, estudar a sentença penal enquanto ato, significa estudá-la em relação à jurisdição e ao processo. Por tais motivos, o cerne deste estudo no âmbito da processualística penal comparada brasileira-alemã constitui-se no estudo da sentença e, por consectário, da coisa julgada (POLONI, 2003, p. 6).

Outrossim, pode-se afirmar que a sentença cumpre uma função decisória da própria Ciência Jurídica. E, nesse sentido, posiciona-se Maria Helena Diniz, ao afirmar que: *A ciência do direito aparece como teoria da decisão ao assumir o modelo teórico empírico, visto ser o pensamento jurídico um sistema explicativo do comportamento humano regulado normativamente, sendo uma investigação de instrumentos jurídicos de controle da conduta. A ciência jurídica, nesse sentido, é uma teoria para obtenção da decisão, indicando como se deve fazer para exercer aquele controle. Decidir é um ato que visa a tornar incompatibilidades indecíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem criar novas situações até mais complexas que as anteriores. Logo, se o conflito é condição de possibilidade da decisão, esta não o elimina, mas tão somente o transforma. É por isso que se diz, como vimos, que a decisão jurídica (a lei, o costume, a sentença judicial, etc.) não termina o conflito, mas o soluciona, pondo-lhe um fim, impedindo que seja retomado ou levado adiante (coisa julgada)* (DINIZ, 1998, p. 205).

É essa, pois, a função decisória da sentença, acerca da qual, em sua perspectiva terminológica, elucida Carlos Silveira Noronha: *Etimologicamente, o vocábulo sentença vem do verbo latino sentire e, segundo alguns, teria derivado de sentiendo, gerúndio desse verbo, donde a expressão sententia no Direito Romano. Diante de tal origem, não se torna tarefa difícil conceber que a semântica da palavra envolve o sentimento ou a sensibilidade de quem se encontra diante de determinado fato, com o encargo de defini-lo, valorá-lo e atribuir-lhe um comando jurídico* (NORONHA, 2015, p. 108 e 109).

No mesmo sentido, encontra-se em Tourinho Filho (1977, p. 167), que afirma que a sentença dá a ideia, a partir de sua etimologia, de que o juiz declara o que sente (*quod iudex per eam quid sentiat declarat*), tendo-se o registro de sua evolução no surgimento da *Lex Aelvia*, do séc. II a. C., e da *Lex Iulia Iudiciorum*, do ano de 17 a. C., e que servia às decisões finais para dizer o direito reclamado, não obstante outras decisões, no *iter* do julgamento, serem tidas, à época, como meras decisões interlocutórias, possuindo o *iudex*, por sua vez, plena liberdade na formação do seu convencimento, embora – caso não estabelecesse se a razão estava com uma das partes – devesse declinar o julgamento.

Ademais, Carlos Silveira Noronha alude, ainda, que: (...), *na década dos anos trinta do século passado, Enzo Enriques, em substanciosa monografia, na Itália, concebe a sentença como fato jurídico stricto sensu, em contraposição ao ato jurídico desta mesma categoria. Este autor peninsular foi seguido por Eduardo Couture, no Uruguai, em duas de suas obras publicadas, uma em 1973 e a outra em 1976, concebendo a sentença como um fato jurídico e como documento que emerge de raciocínio crítico-evolutivo, mediante o qual o Poder Judiciário*

*elege a solução que entender mais conforme com o direito e a justiça. Também na Itália, proclama Calamandrei não constituir-se a sentença em ato de exatidão ao teor das ciências exatas, nem um juízo de pura lógica formal, mas, é mais que isso, porque no conteúdo da equação silogística estão insertos valores morais que participam da vida humana e que não devem ser ignorados. E em razão dessa profunda visão humana, este insigne processualista italiano considera a sentença “il cuore del organismo processuale”, na página 12, da obra abaixo referida (NORONHA, 2015, p. 108 e 109) (CALAMANDREI, 1965, p. 11-54).*

No entanto, o Prof. Vincenzo Cavallo aponta a sentença como um ato jurisdicional, particularmente a sentença penal, em virtude da relação processual penal, já que *Der Strafprozess ist grundsätzlich vom Zivilprozess. In diesem stehen (Ausnahmen im Eheprozess und einigen anderen Fällen) Privatinteressen; bei jenem handelt es sich um ein öffentliches Interesse, um das Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung. Daher können die Parteien im Zivilprozess über den geltendmachen Anspruch unmittelbar frei verfügen; (...).* (LISZT, 1906, 225 e ss.) (WALTER, 1992, p. 7 e p. 161 e ss.). Assim, considerando que a sentença penal é um ato do Estado, deixa solar que a sentença penal deve ser estudada em relação à jurisdição e ao processo, elucidando que assim deve ser porque a sentença penal em relação à jurisdição se apresenta como o ato em que a atividade jurisdicional se explica no caso concreto, já que representa o momento em que exprime e estabelece o seu fim (CAVALLO, 1986, p. 110). Afinal, se a jurisdição é a atividade do Estado que declara imperativamente o direito no caso concreto para resolver um conflito de direitos subjetivos, o ato mediante o qual o Estado realiza, estabelece uma solução é a sentença (CAVALLO, 1986, p. 110).

Mas, o que constitui, ou melhor, o que dá vida à sentença no mundo jurídico, afinal? Esta, pois, trata-se de uma questão debatida entre os juristas: se a sentença é um ato de vontade ou um ato da *mens judicis*, isto é, se é um ato de inteligência ou um ato de inteligência e vontade *de per se* (RUPP, 1981).

Para alguns juristas, como, *v.g.*, Alfredo Rocco e Vincenzo Cavallo, a sentença é, substancialmente, um juízo lógico, um ato de inteligência, um ato da *mens judicis* (CAVALLO, 1986, p. 146 e p. 147) (ROCCO, p. 34 e, p. 135 e ss), particularmente porque se a sentença é um ato de inteligência, de vontade da lei expressa no caso concreto, este trabalho é liberado pelo juiz, no momento em que traz à tona o que pode ou não pode ser segundo a vontade da lei. Deste modo, o juiz cumpre um ato de vontade, que traduz aquele juízo conclusivo do processo deliberativo de um ato de vontade (CAVALLO, 1986, p. 149).

Entretanto, se o Estado é o sujeito da vontade expressa na lei, que é expressa, por sua vez, na sentença cabe perguntar-se, ainda, se esses órgãos são diversos. E, nesse sentido, elucida Vincenzo Cavallo: *La legge è la volontà del legislatores, la sentenza è la volontà del giudice; la legge è un comando generale, la sentenza è un comando particolare; la legge è sancionada e promulgada dal Re, qual organo del potere legislativo, la sentenza emanata in nome del Re quale organo del potere giudiziario; la legge ha fini generali, la sentenza ha fini particolari concreti; ora, come può essere soltanto un giudizio logico un atto emeo da organi diversi, che ha finalità diverse?* (CAVALLO, 1986, p. 150).

**[...] Assim, se a sentença, por um lado, declara existente o direito de punir emanado da violação da prescrição normativo-penal, por outro lado, aplica ao caso in concreto a coercitividade imanente à ordem jurídica, em virtude da aplicação da consequência jurídica, que é a sanção concreta.**

Com isso, pode-se inferir, por um lado, que se a sentença penal tem um escopo a realizar, logo, uma atividade que tem uma finalidade não pode não ser um ato de vontade, motivo pelo qual, por consectário, a sentença não é mero ato de um juízo lógico, como bem afirma Florian, em sua obra *Principi di Diritto Processuale Penal* (FLORIAN, 1932, p. 432), mas, então, é um ato da própria *mens judicis* (CAVALLO, 1986, p. 151). Por outro lado, há quem afirme que a sentença é, propriamente, um ato de vontade, porque apenas no comando imperativo vive o elemento que o distin-

gue da sentença, e que advém do juiz, dos seus juízos prolatados.

É, com base nessa perspectiva, pois, que se encontra o liame entre sentença e jurisdição, haja vista, como bem esclarece Bartolotto, citado por Vincenzo Cavallo, que *La più saliente caratteristica della sentenza, esaminata secondo i criteri che hanno guidato il presente studio è quella che la dimostra atto di volontà, espressione precisa di esercizio di giurisdizione, e, allo stesso tempo, di adempimento del dovere, che spetta al giudice quale organo dello Stato* (BARTOLOTTI, 1935, p. 351 e ss.) (CAVALLO, 1986, p. 151).

Destarte, enquanto ato jurisdicional, pode-se dizer que a sentença aplica o direito ao caso concreto, ao passo que, enquanto ato processual, é apenas uma etapa do *iter* processual, que representa o término da fase cognitiva, na qual se concluem as indagações acerca da verdade que é declarada (CAVALLO, 1986, p. 117). Particularmente, porque se por ato processual se entende todo ato pelo qual se manifesta a atividade de um sujeito processual penal, segundo as garantias e as formas estabelecidas pela lei processual penal, imbricada no seu desenvolvimento e pela persecução de seus fins, é de todo manifesto que a sentença é ato processual como todos os atos atinentes aos outros sujeitos processuais

(CAVALLO, 1986, p. 116). Em outras palavras, enquanto ato jurisdicional, a sentença exaure a jurisdição, na medida em que, enquanto ato processual, o processo nela não se exaure; Logo, a sentença, enquanto ato jurisdicional, manifesta a vontade do órgão jurisdicional, ou seja, a manifestação da concreta da *voluntas legis*, constituindo a própria declaração do direito no caso *in concreto*. Trata-se, pois, da essência do ato, como bem elucida Vincenzo Cavallo em sua obra *La Penale Sentenza* (CAVALLO, 1986, p. 116); é, pois, a decisão do conflito de direitos subjetivos que lhe constitui o conteúdo

(CAVALLO, 1986, p. 119). Já, enquanto ato processual, refere-se à forma na qual se exprime a atividade do sujeito que a prola. Nesse ínterim, ainda que o art. 15 do Código de Processo Civil não faça alusão de ser subsidiário ao Código de Processo Penal (BUENO, 2017, p. 83), é de todo pertinente, numa interpretação sistemático-analógica do ordenamento jurídico brasileiro, mencionar-se que, o ordenamento jurídico brasileiro conta com o art. 489, que trata a respeito dos requisitos da sentença, para que esta possa irradiar eficácia.

A respeito, pois, pertinente a alusão a Vincenzo Cavallo, segundo o qual: *Sembrebbe che il rapporto, tra la sentenza quale atto giurisdizionale e la sentenza quale atto processuale possa essere quello tra forma e contenuto; ma come nella natura o nell'arte che nel riprodurla raggiunge la sua vera espressione, non esiste una separazione fra forma e contenuto, così non esiste una separazione fra forma e contenuto, così non siste nemmeno negli atti giuridici. La forma non è soltanto la veste esteriore, perchè essa dà valore alla sostanza. Non esiste una sentenza, la quale possa dirsi che sia tale, anche se esista no tutti i requisiti formali, se effetti il contenuto, nè può esistere una sentenza, anche se abbia i requisiti sostanziali, se difetti dei requisiti formali che sono indispensabili per la sua esistenza giuridica* (CAVALLO, 1986, p. 120).

Todavia, importa saber o que é, efetivamente, a sentença, em termos conceituais.

### 3 SENTENÇA PENAL EM SENTIDO CONCEPTUAL

Doutrinariamente, segundo Carmignani, *La sentenza criminale, in senso generico presa, è qualunque decreto del giudice intorno a un delitto in quistione* (CARMIGNANI, 1834, p. 189). Assim como, segundo Carrara, *Sentenza criminale dicesi qualunque pronunzia emanata dal giudice intorno al delitto del quale è chiamato a conoscere.* (CARRARA, 1924, p. 500). No entanto, uma definição deste modo, ampla, não traz, propriamente, a noção conceptual específica de sentença penal: se decisão é toda manifestação de vontade que apresenta uma solução entre as distintas possíveis, ou se sentença também compreende outros provimentos do juiz; pelo que, muito embora sejam estas definições relevantes, ainda assim, são de todo genéricas. Se, por um lado, essas definições apresentam uma nota fundamental quanto à sentença, que corresponde à solução de conflitos, por outro lado, não são suficientes (CAVALLO, 1986, p. 126). Já uma definição encontrada em Borsani e Casorati apresenta um liame com a fase procedimental em que é prolatada, como decorre *in verbis*: *La sentenza è atto con cui il giudice statuisce sopra una domanda propostagli. La definizione nella sua larga significazione comprende senza essezione le diverse specie di sentenze: le preparatorie, le interlocutorie e le definitive* (BORSANI E CASORATI, 1879, p. 472). Entretanto, esta é uma definição que, igualmente às referidas alhures, traz um caráter genérico, pois reconhece como sentença ato que possa ser prolatado em qualquer fase procedimental, atrelando-a a outros atos do juiz<sup>2</sup>.

Assim é pertinente – muito embora, como bem salienta Scarpinella Bueno (BUENO, 2017, p. 83), o Novo Código de Processo Civil não contenha prescrição considerando-o como subsidiário aos processo penais – trazer-se a lume o art. 203 do

Novel *Codex* de Processo Civil brasileiro, eis que o Código de Processo Penal brasileiro não contém prescrição de igual teor. Ademais, o ordenamento jurídico alemão também não apresenta dispositivo de igual teor. Pelo que, segundo o art. 203, do NCPC, se por um lado *os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos* (art. 203, NCPC), por outro lado, (§ 1º) *ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts 485 e 487 põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Já decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadra no § 1º deste artigo (§2º).* E os despachos, consoante o § 3º do artigo cotejado são *todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, sendo que os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho(...)* (§4º).

É nesse sentido, que Massari não só apresenta uma definição de sentença, como também distingue entre sentença em sentido substancial e em sentido processual. Para Massari, portanto, a sentença em sentido substancial é *la decisione, cioè, che investe la domanda dedotta nel processo, dichiarando fondata o infondata la pretesa azionata, in guisa da giustificare la condanna o l'assoluzione, o almeno il rinvio dell'imputato a giudizio, ovvero dichiarandola estitna per una delle cause stabilite dalle norme di diritto materiale* (MASSARI, 1934, p. 341). Já a sentença em sentido processual é *a sentenze che non toccano la pretesa dedotta nel proceso, ma estinguono una fase del rapporto processuale pur non impedendo che questo risorga dinanzi allo stesso o ad altro giudice, dello stesso grado o di altro grado, o dinanzi ad una giurisdizione speciale.*

Decorre disso que, para Massari, sentença substancial é a que resolve a demanda em seu mérito, ao passo que sentença processual apenas soluciona uma fase do processo, impulsioando seu *iter*.

Por isso, é de todo pertinente o dispositivo do Novo *Codex* Processual Civil mencionado, segundo o qual, subsidiariamente, pode-se inferir, *mutatis mutandis*, que a sentença é ato definitivo, particularmente em sede de direito processual penal. Assim é que Manzini considera a sentença *La decisione che definisce la istruzione o il giudizio* (MANZINI, 1969, p. 409). E segue dizendo que, *Con la sentenza il giudizio esaurisce il suo compito in via assoluta o nel grado di giurisdizione nel quale la decisione è pronunziata* (MANZINI, 1969, p. 406), sendo esta a definição de sentença penal mais aproximada do conceito legal erigido pelo Novo *Codex* de Processo Civil brasileiro.

*Ad simili* ao ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do art. 203, do Novo *Codex* de Processo Civil, o ordenamento jurídico alemão também designa sentença como sendo a definitiva, pois como bem alude Klaus Volk, em sua obra *Grundkurs*, não há sentenças intermediárias, já que a sentença deve esgotar o objeto processual, assim como não há sentenças parciais, devendo ser a sentença penal, propriamente dita, absolutória ou condenatória (VOLK, 2016, p. 399).

Já para Florian, *In sostanza la sentenza consiste nella definizione del rapporto giuridico processuale (in modo assoluto o relativo) o del rapporto giuridico obgetto principale*

*del processo (e degli accessori) o dell'uno insi* (FLORIAN, 1986, p. 135). Todavia, há de se inferir que, muito embora esta definição contenha um elemento essencial, pelo fato de considerar sentença a que define a instrução ou o juízo, e exaurir o dever do juiz, daí seu caráter definitivo, ainda assim, Florian considera que a sentença também pode ser provimento que não seja de mérito (CAVALLO, 1986, p. 135-136).

Com base nisso, cumpre salientar desde já, que, comparativamente, no que tange às disposições relativas à sentença do ordenamento jurídico brasileiro, em particular, esta definição refoge à definição legal brasileira. No entanto, para o ordenamento jurídico alemão, há razão nesta definição de Florian, o que se depreende da obra de *Klaus Volk*, ao erigir a questão a respeito de qual a distinção entre sentença substancial (ou de fundo) e sentença de caráter processual (VOLK, 2016, p. 404), com base no § 260, inc. 1 e inc. 3, do StPO.

Não obstante, cabe a exigência de se reconhecer que *L'essenza della sentenza è dunque in ogni caso in questa formulazione autoriativa, e non mai nel giudizio logico che è necessario per formularla (...)* (CHIOVENDA, p. 33); no entanto, *mutatis mutandis* no que pertine ao processo civil em relação ao processo penal, pode-se dizer que [...] *è gravemente erroneo ridurre la differenza tra sentenza di accertamento e di condanna alla differenza tra un mero giudizio logico e di un atto di volontà* (CHIOVENDA, p. 33). Nessa perspectiva, consoante Bartolotto, a essência mais notável da sentença é ser um ato de jurisdição, e, simultaneamente, um cumprimento do dever que se espera do juiz enquanto órgão do Estado, (BARTOLOTTI, 1935, p. 331 e ss) sendo, pois, a sentença *o l'atto mediante il quale si individua il diritto* (CAVALLO, 1986, p. 145).

Passa-se, pois, a analisar a sentença enquanto ato que individua o direito, sob a perspectiva do direito processual penal tanto alemão quanto brasileiro, bem assim a traçar algumas linhas sobre a coisa julgada.

#### 4 A SENTENÇA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL ALEMÃO

Cabe dizer, pois, de entrada, que do curso do processo penal de conhecimen-

to alemão decorrerá uma sentença. Veja-se, esquematicamente:

Parte 1. O procedimento de inquérito (§ § 151 e ss, do StPO) <sup>3</sup>		
Ausência de elementos suficientes de autoria		Autoria suficiente
Arquivamento do Inquérito § 170, 2	Proposição da Denúncia § 170, 1	Arquivamento (§§ 153 e ss.)
Parte 2 – O Processo Incidental (§§ 199 e ss.)		
Decisão sobre a abertura do processo principal (§§ 203, 207)		Decisão sobre a não abertura do processo principal (§ 204)
Parte 3 . O Processo Principal (§ § 213 e ss, 226 e ss.)		
Sentença Absolvição – Condenação – Extinção por impedimento processual		Extinção conforme §§ 153 e ss

Assim, antes de tudo, impende asseverar-se que no sistema processual penal alemão, um impedimento processual implica, indubitavelmente, numa decisão de caráter eminentemente processual, tornando impraticável uma decisão de caráter substancial (de fundo/mérito). Dessa maneira, decorre, basilamente, do § 260, incisos 1 e 3, do StPO, que distinguem a sentença substancial da processual, como mencionado alhures. Todavia, mesmo uma decisão processual requer uma “maturidade decisória”, ou seja, se no decorrer do processo, já na fase probatória, não ficar provado delicto ao acusado, não devendo ser contestada a presunção de inocência, o acusado poderá aguardar por uma decisão absolutória, ao invés de, desde logo, intentar uma decisão processual (VOLK, 2016).

No processo penal alemão, a sentença não pode ultrapassar os limites da acusação. Em outras palavras, *ad simili* ao processo civil, não pode ser nem *extra petita*, nem *citra petita*. Assim, num juízo lógico, a sentença decorrerá de uma comparação entre a acusação admitida no auto de investigação e a parte dispositiva da sentença, consoante o § 264, inc. 1, do StPO.

A sentença deve ser una, i.e., só é factível decidir-se unificadamente, ainda que o auto de investigação verse sobre um concurso ideal (abstrato) entre diversos delitos, tal como decorre do § 52 do StGB (VOLK, 2016, p. 400). Assim, se a sentença condenatória se dá por um dos delitos apenas, não é possível

que na parte dispositiva conste “absolvição parcial” (VOLK, 2016, p. 401). Com

isso, torna-se evidente que a regra geral quanto à sentença de mérito no processo penal alemão é a de que haja absolvição ou condenação (VOLK, 2016, p. 400), o que resulta apenas dos fundamentos da sentença.

No entanto, cabe exceção a esta regra. Trata-se, essa exceção, da ocorrência de um só fato em sentido processual. Isto se dá em três hipóteses principais. Na primeira hipótese, a unidade fática era manifestamente errônea e há pluralidade de fatos. Nesse caso, então, o acusado não pode ser privado de uma absolvição parcial, como bem elucida Klaus Volk. Na segunda, os delitos, materialmente, encontram-se em uma relação de concurso real entre si, porém um dos fatos ou não foi cometido ou não é provado. E isso deve ser manifesto na parte resolutória da decisão, que normalmente exsurge sob a fórmula “no restante se absolve o acusado”. E na terceira hipótese, o tribunal não quer condenar, porque o fato delituoso concorre com outros, tal como decorre da margem legal deixada pelo § 264.

A *deliberação* de sentença, como estatui o § 260, inc. 1, não integra o juízo oral (que é relevante nos moldes do § 273) e realiza-se secretamente (§§ 43, 45, inc 1º e 2º). Tão logo concluída a deliberação, prossegue-se a votação (§§ 192-197, Gerichtsverfassungsgesetz – GVG). No entanto, cabe ressaltar que a lei não regula “como” nem “sobre o quê” deve se dar o voto, mas apenas regula a or-

dem de quem vota. Assim sendo, e considerando-se a *natur der Sache* no processo judicial, entende-se, com aporte em Klaus Volk, que primeiramente deve-se votar os pressupostos processuais, com maioria simples (consoante o disposto no § 263, III, e, § 196, inc 1, do GVG). Após, então, deve-se decidir sobre a questão de culpabilidade, i.e., sobre a totalidade dos pressupostos materiais para a consequência jurídica da pena, mas isto deve ser votado sob um aspecto geral, e não de modo específico sobre tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade etc. (VOLK, 2016, p. 401). Importante notar que é necessário uma maioria de 2/3 (§ 263, inc. 1º e 2º) para a deliberação de uma condenação, bem como para regulamentação especial, conforme § 196, inc 1, do GVG. O mesmo quórum é necessário para a aplicação da pena, i.e., da sanção jurídica (VOLK, 2016, p. 402), salientando-se que – no que diz respeito à culpabilidade e à pena – os escabinos<sup>4</sup> da Câmara Penal em primeira instância não podem impor-se aos juízes profissionais.

Já o pronunciamento da sentença no processo penal alemão faz parte do juízo oral<sup>5</sup>, afinal *Nur das darf in das Urteil einfließen, was zuvor in der – grundsätzlich öffentlichen – Hauptverhandlung mündlich verhandelt wurde, in ständiger Anwesenheit des Angeklagten, seines Verteidigers und des Vertreters der Staatsanwaltschaft* (HENEMSTREIT, 2011, p. 51). Por tal razão, é que devem estar presentes as pessoas referidas no § 226, e caso necessário, ainda, o defensor deverá se fazer presente. E, deste modo, o juiz presidente (§ 238, inc. 1º) pronuncia a sentença fazendo a leitura da parte dispositiva, previamente documentada por escrito, informando os seus fundamentos, que, normalmente, não estão assentados por escrito (§ 226, inc. 2º), bem como sobre a possibilidade de recurso. De todo pertinente notar que até a última palavra proferida por ocasião do pronunciamento oral da sentença em relação aos fundamentos, é possível aos integrantes da lide adentrarem o debate judicial. Porém, iniciado o pronunciamento da sentença já não caberão mais petições (VOLK, 2016, p. 402).

Em relação ao conteúdo e à estrutura da sentença, pode-se dizer que contém três grandes partes principais: a) o cabeçalho da sentença; b) a parte dispositiva; e c) a indicação detalhada das normas aplicadas, ou fundamentação legal (VOLK, 2016, p. 402). No cabeçalho da sentença deve ser feito constar a frase “sentença em nome do povo, segundo dispõe o § 268, inc. 1º, bem como os dados do acusado, os dias de audiência e os juízes e defensores que dela participaram” (§ 257, inc. 3º). À parte dispositiva cabe o *decisum* propriamente dito, ou seja, se a sentença é absolutória ou condenatória, sendo imprescindível o teor do dispositivo para o alcance da coisa julgada, e, em caso de condenação, relevante para fins da execução da pena. Maiores detalhes quanto a esta parte da sentença são encontrados no § 260, inc. 4º. Já em relação à fundamentação legal da sentença, cabe dizer que é a base para sua admissibilidade e registro no Registro Central Federal (§§ 20, inc. 1, nº 6BZRG). No entanto, ressalva-se que a sentença não é lida tal como no âmbito do juízo oral (VOLK, 2016, p. 402).

No que diz respeito à fundamentação da sentença, há de se salientar a existência de uma estrutura a ser observada, quer a sentença seja de natureza absolutória, conforme o § 267, inc. 1, 3º, quer

de natureza condenatória, como decorre do § 267, inc. 5, 1ª parte.

A sentença condenatória, pois, segue a seguinte estrutura esquematizada quanto à sua fundamentação:

- 1) As identificações e relações pessoais do acusado (como, *v.g.*, data de nascimento, se cursou escola básica, se está realizando algum curso de capacitação, etc.)
- 2) O circunstanciamento do desenvolvimento do fato (§267, inc. 1, 1ª parte)
- 3) A valoração da prova<sup>6</sup>
- 4) A valoração jurídica
- 5) A quantificação da pena

A respeito desta estrutura, deve-se asseverar a necessidade de seguir um juízo lógico na elaboração da sentença, independentemente de títulos, ou subtítulos ou números, etc. Igualmente, cabe dizer, com aporte em Klaus Volk, que, no que concerne à regulamentação legal, só existe um programa mínimo no § 267, e que tem sido, na prática dos tribunais, ampliado pela jurisprudência dos tribunais superiores (VOLK, 2016, p. 403). E, no que diz respeito à valoração da prova, esta deve ter seu correlato na fundamentação escrita da sentença mais além do disposto no § 267, inc. 1, 2ª parte, *devendo o leitor da sentença reconhecer facilmente as comprovações fáticas essenciais e as considerações jurídicas fundamentais* (VOLK, 2016, p. 403).

Se a sentença for absolutória, a parte dispositiva deverá dispor quanto à absolvição, devendo ser feito constar se esta decorre de falta de provas ou se é resultante de inocência comprovada, ou ainda, se deriva unicamente dos fundamentos, que, tal como no caso de uma condenação, devam ser passíveis de controle por um tribunal de cassação. Assim, por exemplo, é que não é factível considerar-se a exposição de argumento externo como, *v.g.*, a falta de dolo.

Por fim, assevera-se, ainda, que no que concerne à fundamentação da sentença, esta poderá ser abreviada, caso não venha a ser impugnada, o que vale tanto para a condenação (§ 267, inc. 4), quanto para a absolvição (inc. 5º, 2ª parte) (VOLK, 2016, p. 404). E uma vez abordada a sentença no processo penal alemão, passa-se, pois, à abordagem sobre o tema numa perspectiva do processo penal brasileiro.

#### 5 A SENTENÇA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O juiz penal, diz Manzini, *è di regola completamente libero nel suo convincimento rispetto a tutt ciò che riguarda l'accertamento concreto delle condizioni che legittimano, escludono o modificano la pretesa punitiva dello Stato* (MANZINI, 1955, p. 1). No entanto, ao se tratar a respeito da sentença no processo penal brasileiro, imperioso fazer-se alusão ao princípio da correlação entre imputação e sentença, também conhecido como princípio da *congruência* (LIMA, 2016, p. 1160), segundo o qual deve haver correspondência entre a sentença e o fato descrito na denúncia, implicando que o objeto do processo permaneça inalterado em sua identidade (BADARÓ, 2009, p. 98, 100 e 103), durante todo o desenvolver do *iter* procedimental (BADARÓ, 2009, p. 97), muito embora em observância do contraditório

(BADARÓ, 2009, p. 98). Juntamente com este princípio vigora, ademais, o princípio *jura novit curia*, o princípio da livre dicção do direito. Decorre de ambos esses princípios que o réu não se defende da capitulação dada do delito na denúncia, mas sim, da sua descrição fática, dos fatos propriamente narrados (MIRABETE, 2003, p. 440). A respeito dessa correlação dispõe o Código de Processo Penal brasileiro, nos arts. 383 a 385. Nesse sentido, o *Codex Processual Penal* permite que a sentença possa considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos constantes na denúncia, ainda que tenha que aplicar pena mais grave (MIRABETE, 2003, p. 441). Elucida Mirabete, pois, que estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial. Podem ser reconhecidas então qualificadoras, causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave, ou até mesmo por outro crime, não capitulado na inicial (MIRABETE, 2003, p. 441).

O que, por consectário, não seria o caso de *mutatio libelli*<sup>7</sup>, mas de *emendatio libelli*, sendo que assim autoriza o art. 383 do Código de Processo Penal, dispondo, claramente, que o juiz poderá dar nova definição jurídica ao fato, mesmo aplicando pena mais grave, desde que o fato narrado se encontre plenamente circunstanciado.

Outrosim, há de se salientar que a *mutatio libelli* pelo Ministério Público (art. 384, CPP), assim como qualquer outro, só será possível antes da sentença, e sempre por parte do Ministério Público na ação penal pública ou, querelante, em se tratando de ação privada subsidiária da pública, pois impera na ação pública, já que deve ser observado o princípio da obrigatoriedade, ao contrário do princípio da continuidade, que vigora em relação à ação penal privada exclusiva (LIMA, 2016, p. 1175).

Todavia, o juiz não fica adstrito ao aditamento previsto no art. 384 do Código de Processo Penal, já que deverá realizar a correlação com toda a imputação, ou seja, com a denúncia e o seu aditamento, pois este complementa aquela. Logo, poderá o juiz julgar, inclusive, em

desconsideração ao aditamento, cabendo recurso da Promotoria (LIMA, 2016, 1178). Assim, com base no § 3º do art. 384, aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383, ao caput deste artigo, os quais *in verbis* dizem: § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

### **Da sentença, deverá ser lavrado o termo de publicação e registrada a sentença, excepcionando-se os casos em que ela for prolatada em audiência, tomando as partes ciência de seus termos, devendo então ser intimadas [...].**

Não obstante esses aspectos principiológico-legais e iniciais, tem-se que, em geral, a sentença penal deverá observar a exposição, motivação e conclusão. Todavia, a sentença penal condenatória tem um duplo conteúdo. Assim, se a sentença, por um lado, declara existente o direito de punir emanado da violação da prescrição normativo-penal, por outro lado, aplica ao caso *in concreto* a coercitividade imanente à ordem jurídica, em virtude da aplicação da consequência jurídica, que é a sanção concreta. Pelo que, a correlação ou congruência entre imputação e sentença não existe tão somente em relação ao fato delituoso, porém também em relação às sanções que devem ser aplicadas ao réu, que não podem ultrapassar os limites do objeto da acusação formalizada, devendo ser fundamentadas pelo órgão decisório na sentença condenatória. A aplicação da pena, pois, deve ser fundamentada (MIRABETE, 1994, p. 499-500).

Além desses princípios abordados, segundo o processo penal brasileiro, na elaboração da sentença, o juiz deve observar tanto os requisitos estruturais do art. 381 quanto o disposto no art. 387, ambos do CPP. É dizer que, embora não apresente um conceito de sentença à luz do que realiza o novel Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal traz os requisitos essenciais quanto ao seu conteúdo, quer condenatória (art. 387, CPP), quer absolutória (art. 386, do CPP).

Para tanto, ao proferir sentença conde-

natória, o juiz: Art. 387. (...) I – mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de setembro de 1940 – Código Penal; III – aplicará as penas de acordo com essas conclusões; IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; V – aten-

derá quanto à aplicação provisória de interdição de direitos e medidas de segurança ao disposto no Título XI deste Livro. VI – determinará se a sentença deverá ser prejudicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73 § 1º, do Código Penal) (o dispositivo do CP não mais está em vigor). § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012). § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

No entanto, cabe salientar que, não obstante o advento das Leis 11.719/2008 e 12.736/2012, que alteraram o art. 387 do Código de Processo Penal, já com a reforma penal de 1984 não existia a pena acessória referida no inciso III deste artigo, significando o fim do denominado sistema duplo binário, assim como já com a reforma passou a não existir a pena acessória de publicação de sentença, que passaria a violar o princípio constitucional da presunção da inocência, particularmente, com o lançamento do nome do réu no rol de culpados (LIMA, 2016, p. 1180).

Assim, hodiernamente, e de modo esquemático, a sentença penal condenatória segue a seguinte estrutura:

Estrutura da sentença condenatória (art. 381, CPP)
Pressuposto: princípio da correlação imputação e sentença (congruência) (art. 383, CPP)
I) Fixação da pena (critério trifásico), considerando circunstâncias agravantes ou atenuantes, e ainda as causas de aumento ou diminuição de pena (arts. 59, 60, 61, 62, e 68, do CPP). Cada etapa da pena deve ser fundamentada.
II) Regime do cumprimento da pena privativa da liberdade (art. 59, III, do CP)
III) Decisão, se caso de pena restritiva de direitos ou pena de multa.
IV) Se delito de trânsito, deve ser estabelecida a multa reparatória (CTB)
V) Se caso de inimizabilidade, estabelecer a conversão da pena em medida de segurança (art. 26, CP)
VI) Se caso de concessão de suspensão condicional da pena, a audiência de aceitação ou não, pelo condenado, será feita <i>a posteriori</i> .
VII) Poderá ser arbitrada fiança ao condenado, se for o caso.
VIII) Efeitos da condenação, se for o caso, fundamentadamente. (art. 92, do CP)
IX) Decretação da prisão ou a manutenção de prisão provisória, já em cumprimento, se presente o <i>periculum libertatis</i> , salvaguardado o direito de recorrer.

Ademais, há de se ressaltar que a sentença penal condenatória poderá produzir efeitos outros (LIMA, 2016, p. 1181) (TOURINHO FILHO, 2009, p. 799), como bem elucida Enrico Di Dedda, em // *Consenso delle Parti nel Processo Penale* (DI DEDDA, 2002, p. 200). Dentre esses efeitos, no direito brasileiro, tem-se, exemplificativamente, a suspensão de direitos políticos (art. 15, III, da CF/88) e o impedimento à naturalização do estrangeiro (art. 12, II, b, da CF/88), dentre demais efeitos de caráter civil, administrativo (DI DEDDA, 2002, p. 201 e ss),

tributários e contábeis (DI DEDDA, 2002, p. 215), trabalhistas, políticos (DI DEDDA, 2002, p. 211), quer com previsão constitucional, quer em lei especial. Esses efeitos, porém, só irradiam na ordem jurídica uma vez transitada em julgado a sentença penal, pois, em realidade, são efeitos secundários<sup>8</sup> da sentença penal, eis que se trata de uma decorrência *da lei na e por meio da sentença*.

Já a sentença absolutória no sistema processual penal brasileiro se dará em hipóteses taxativas. Essas hipóteses estão previstas no art. 386 do Código de Processo Penal (CPP), muito embora, regra geral, seja factível afirmar-se, que a sentença será absolutória se improcedente a imputação aduzida em face do acusado, ou mesmo se a incidência de hipótese de isenção de pena, inclusive, em caso de inimputabilidade, caso de sentença absolutória imprópria, que não elide a propositura de ação civil de reparação do dano, na forma do art. 64, do CPP (LIMA, 2016, p. 1187).

Saliente-se, pois, que as hipóteses de absolvição previstas legalmente (art. 386, CPP), são I) estar provada a inexistência do fato; II) não haver prova da existência do fato; III) não constituir o fato infração penal; IV) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI) existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e o art. 28, § 1º, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação. Além disso, decorre do próprio *verbo* do art. 386 do CPP que na sentença absolutória, o juiz (I) mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; (II) ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; e (III) aplicará medida de segurança, se cabível.

Ficando provado que não existiu o fato, decorre a absolvição. Mas também a ausência de nexos causal se enquadra na hipótese do inciso I do art. 386 do CPP, já que pode suceder que o fato tenha se dado, mas não tenha sido o acusado a lhe cometer. Logo, não deve o juiz analisar apenas se houve resultado prejudicial ao bem jurídico, mas, em especial, se a ação ou omissão foi “praticada” pelo im-

putado. Outrossim, decorre da aplicação do inciso I do art. 386 do CPP, a coisa julgada com efeito civil, nos termos do art. 66, do CPP, não podendo, pois, da sentença absolutória com base nesta hipótese ser culminada qualquer indenização de caráter civil.

No que se relaciona à hipótese II, do dispositivo mencionado, impera, obviamente, a aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo*, o que não obstaculiza qualquer discussão na esfera cível, se for pertinente. Ademais, de destacar-se que, no que tange ao fato não constituir infração penal (art. 386, III, do CPP), o art. 43, I, do Código de Processo Penal já autorizava, inclusive, a rejeição da denúncia, pois não se subsumindo o fato a nenhum tipo penal, torna-se atípico. Mas, nesta hipótese, caberá o pleito de indenização civil.

No entanto, foi com a Lei n. 11.690/2008, introduzida no Código de Processo Penal, a hipótese de sentença absolutória de ficar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, do CPP), que, até então, era tópicos lacunosos no processo penal brasileiro. E no que se relaciona à hipótese dispositiva de que inexistindo prova de que o réu tenha concorrido para a infração, dar-se-á a absolvição, pode-se referir que de modo distinto à hipótese do art. 386, I, do CPP (que trata da certeza quanto à inexistência de ocorrência do fato), no inciso V, a que se faz alusão, trata-se de caso de dúvida quanto à autoria ou participação, em virtude da prova colhida. Neste caso, também remanesce a aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo* (LIMA, 2016, p. 1184).

Também com a Lei supra referida, mister dizer que o inciso V do art. 386 do CPP – que passou a constar como inciso VI, e segundo o qual haverá absolvição se existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência – fora adequado em sua redação com o disposto nos arts. 20, 21, 22, 23, 26 e 28 do CPP. Destarte, o inciso apresenta excludentes de antijuridicidade ou de excludente de culpabilidade, pelo que, neste caso, não só se reconhecem as hipóteses reais tais como o erro, a legítima defesa, dentre outras, mas também as formas putativas, como a legítima defesa putativa (LIMA, 2016, p. 1185).

Outrossim, em relação à hipótese

de absolvição em virtude de não existir prova suficiente para a condenação, há de se mencionar que, neste caso, muito embora haja a probabilidade de o agente ter sido o autor da infração penal, as provas carreadas para os autos não são suficientes, de modo a afastar a dúvida. Não há que se falar, neste caso, de ausência de culpabilidade do acusado, já que constitucionalmente, não há nem ao menos que se perquirir quanto à presunção de inocência, na hipótese de ausência de elementos probatórios suficientes. Neste caso, em virtude do princípio da congruência ou correlação entre acusação e sentença<sup>9</sup>, pode-se dizer que, se a imputação foi recebida, então havia uma probabilidade de culpa, que, se por um lado não houve prova o bastante, por outro lado, a defesa pode ter realizado prova da dúvida no sentido favorável ao acusado.

Ademais, ainda no que tange ao art. 386, há de se cotejar o seu parágrafo único, que se reportou alhures, pois em se tratando de sentença absolutória este dispositivo também disciplina quanto aos efeitos da sentença de absolvição. Como primeiro efeito, o juiz mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade. Como segundo efeito, o juiz ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas, o que foi incluído pela Lei 11.690/2008, alterando a redação do inciso II do parágrafo único do art. 386 do CPP, já que antes a redação disciplinava que o juiz deveria ordenar a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas. A respeito desse inciso, cabe salientar que não há mais penas acessórias no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Reforma Penal de 1984, as quais inclusive ofenderiam o princípio constitucional da presunção de inocência, tal como decorria pela imposição, *ad exemplum*, de um gravame ao réu antes da condenação transitada em julgado, em virtude da pena acessória de publicação da sentença (LIMA, 2016, p. 1180). Como terceiro efeito, aplica-se medida de segurança, se cabível. Ressalte-se o teor da Súmula 422 do STF, *a absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe a privação de liberdade*.

Afora esses efeitos, pois, que decor-

rem da sentença absolutória, previstos no art. 386 do Código de Processo Penal, identificam-se outros ainda, tais como a restituição de fiança e o levantamento do sequestro ou da hipoteca legal, consoante os arts. 337 e arts 125 a 141 do CPP, respectivamente.

Da sentença, deverá ser lavrado o termo de publicação e registrada a sentença, excepcionando-se os casos em que ela for prolatada em audiência, tomando as partes ciência de seus termos<sup>10</sup>, devendo então ser intimadas, já que, como bem afirma Mirabete, *a publicação e o registro da sentença, porém, não implicam conhecimento real das partes, que necessariamente deverão ser intimadas para que decorram os prazos de recurso, o que é feito no caso de sentença publicada em audiência em que as partes estejam presentes* (MIRABETE, 1994, p. 505).

**[...] rara vez uma sentença penal transitada em julgado vincula outro tribunal em um processo distinto (§ 190, 2ª parte, do StGB), uma vez que o próprio tribunal penal decide questões de natureza civil, resultantes de sentenças civis transitadas em julgado [...].**

A intimação da sentença é disciplinada pelos arts. 390 a 392 do CPP, devendo, em primeiro lugar, ser intimado o Ministério Público, no prazo de três dias, dispondo a lei que tal intimação deve se dar *pessoalmente*, para que o membro do *parquet* aponha o seu ciente. A respeito disso, hodiernamente, o STF entende que o prazo começa a correr da entrega do processo ao Ministério Público, mesmo sendo feito em departamento administrativo da instituição. Passou a entender, também, que, havendo outra forma de ciência certificada nos autos, o prazo dali passa a correr. Em caso de ação penal privada, poderá se dar a intimação pessoal ou mesmo na pessoa do advogado que os represente e, não sendo qualquer deles encontrado, poderá se dar a intimação via edital, no prazo de dez dias. Se a sentença for absolutória, entende o STF que não há necessidade de intimar pessoalmente o réu, caso o seu defensor tenha sido intimado e tenha funcionado no processo em grau de recurso; mas evidente que tal en-

tendimento não prevalece para as sentenças absolutórias impróprias.

## 6 A COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL ALEMÃO

Objetivamente, uma sentença produz autoridade de coisa julgada quando já não é mais passível de recurso pelas partes e intervenientes no processo. Assim, produzem coisa julgada: a) quando o prazo para recurso tenha transcorrido *in albis*; b) quando rejeitado o recurso interposto, ou quando renunciaram a ele todos aqueles que poderiam tê-lo interposto; e, ainda, c) quando o próprio Tribunal de Cassação já tenha se pronunciado sobre a matéria (§ 354, inc. 1) (VOLK, 2016, p. 405, § 32).

Destaca-se que no processo penal alemão, há produção de coisa julgada relativa quando um dos intervenientes no processo possa impugnar a sentença e

outro não (VOLK, 2016, p. 405, § 32). É o que ocorre, *v.g.*, quando, notificado da sentença, o acusado renuncia aos recursos possíveis, mas o Ministério Público não. Nesse sentido, a coisa julgada relativa apenas é relevante a quem aproveita a modificação na instância recursal, e para o cômputo da prisão preventiva (§ 450, inc. 1). Isso porque apenas a coisa julgada absoluta – que produz a impugnabilidade da sentença para todas as partes no processo (intervenientes) – torna a sentença executável e produz o efeito *bloqueador de coisa julgada material*.

Uma sentença, portanto, impugnável ou imodificável é uma sentença de mérito (material), que produz um efeito *bloqueador*, pelo que se dá um “esgotamento da ação penal”, pois a coisa julgada material não só ocasiona um impedimento processual como também constitui um direito subjetivo (BVerfGE, 23, p. 191 e ss), como afirma Klaus Volk (VOLK, 2016, p. 206). Deste modo, não pode mais o acusado ser condenado pelo mesmo fato<sup>11</sup> (*ne bis in idem*, art. 103, inc. 3º, GG), resultando, assim, a

impossibilidade de um novo processo sobre o mesmo objeto. Iguamente, em relação àquele que tenha sido absolvido, não caberá mais processo da mesma natureza. Por consectário, se da sentença condenatória restar coisa julgada material, o reconhecimento da condenação colimará uma sentença executável (§ 449, *efeito executório*). Assevera-se, no entanto, que as sentenças processuais também acarretam a imutabilidade da sentença, quando declararem o sobrestamento do processo em virtude de um impedimento processual não sanável (VOLK, 2016, p. 406) (PERONI, 2001, p. 710-732).

Consoante o processo penal alemão, porém, apenas a parte dispositiva da sentença tem efeito de coisa julgada, pois os fundamentos “não bloqueiam”, “nem obrigam”, já que por ocasião de outra demanda processual, poderão ser afastados, ou ainda, contestados (contra-argumentados), muito embora acerca disso haja posição em sentido contrário<sup>12</sup>.

É da essência da coisa julgada, no entanto, que a sentença evitada de erro substancial não cria direito material novo. Em outros termos, a sentença não se torna apta a fundar uma pretensão penal em relação ao imputado, e nem ao menos estabelece situação jurídica em que o inocente passe a ser culpado. Neste caso, os efeitos da coisa julgada se restringem ao direito processual, consoante decorre da teoria da coisa julgada jurídico-processual. Como consectário, é inadmissível que uma sentença equivocada seja executada, porquanto para o condenado injustamente resta, evidentemente, um erro do qual cabe uma legítima pretensão jurídica. No entanto, apenas pode intentar sua defesa mediante recurso.

78

**[...] pode-se afirmar que o processo penal alemão [...] possibilita a relativização da coisa julgada. Já o processo penal brasileiro é mais conforme a uma garantia de caráter constitucional em virtude da segurança jurídica assegurada por meio da coisa julgada.**

Porém, há dois casos em que não pode haver a relativização da coisa julgada. Em primeiro lugar, se da prolação da sentença ficar comprovado que o fato não tenha sido plenamente esclarecido, ou mesmo que se um aspecto jurídico tenha sido passado por alto, mantém-se o efeito da coisa julgada. Em segundo lugar, quando uma determinada situação não puder ser comprovada de modo absoluto nos autos processuais, pois fato novo surge após a sentença como, *v.g.*, se da lesão corporal resultar, após a sentença, o evento morte. Logo, não é admissível ação complementar com relativização da coisa julgada (VOLK, 2016, p. 407).

Outrossim, pode ocorrer a supressão dos efeitos da coisa julgada já produzidos em situações bem específicas, como a) no caso de haver uma retomada do estado anterior; b) em caso de configurar exitosa revisão criminal (§ 359); c) na hipótese de o próprio tribunal vir a revogar uma sentença que o imputado não tenha impugnado (§ 357); e, ainda, d) no caso de o Tribunal Constitucional Federal revogar uma sentença (VOLK, 2016, p. 407).

Por fim, cabe asseverar que rara vez uma sentença penal transitada em julgado vincula outro tribunal em um processo

distinto (§ 190, 2ª parte, do StGB), uma vez que o próprio tribunal penal decide questões de natureza civil, resultantes de sentenças civis transitadas em julgado, pois estas vinculam aos tribunais, bem como os atos administrativos vinculam o juiz penal, quando são criadores do direito ou quando constituírem pressuposto da punibilidade (VOLK, 2016, p. 408).

## 7 COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No período Imperial brasileiro a formulação doutrinária se realizou com base nas *Ordenações Filipinas*, que, em realidade, serviram de base ao direito português até a promulgação da codificação do século XX. Algumas destas disposições permaneceram em vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. Justo neste contexto é que exsurge a definição de coisa julgada, particularmente nos idos de 1850.

Deste modo é que José Antônio Pimenta Bueno, em seus *Apontamentos sobre as formalidades do Processo Civil*, conceitua, *ipso literis*, que *Coisa Julgada significa a decisão formulada por uma sentença definitiva, que já não pende do recurso de apelação; e coisa soberanamente julgada se diz aquela que não só não pende mais do recurso de apelação, porém, nem ainda da revista ou ação rescisória ou de nulidade, por não ser no caso dela admitida pela lei* (apud NEVES, 1971, p. 220).

Nesse sentido, Elio Fazzalari deixa claro, *Fra giudicato ed efficacia della sentenza non vi è rapporto di causa e effetto; la sentenza proietta la sua efficacia per virtù propria, in forza della sovranità di cui organo giudiziario investito; il passaggio in giudicato costituisce soltanto dies a quo di quell'efficacia; ma anche questo è vero soltanto per la sentenza di accertamento e per quella costitutiva, non per quella di condanna* (FAZZALARI, 1988, p. 590).

E, ainda, esclarece Elio Fazzalari, *Insomma, i due fenomeni – promanazione dell'efficacia dalla sentenza; conclusione del processo (“res iudicata”) – sono e restano ontologicamente distinti. E, sebbene “cosa giudicata” comprenda la sentenza, rectius, la sua efficacia (“cosa”), e la sua incontrovertibilità (“giudicata”, “passata in giudicato”), il propium della nozione è costituito dall'incontrovertibilità; in fatti, c'è sentenza che svolge efficacia sostanziale mentre il processo è ancora in corso; non c'è, invece, “cosa giudicata” prima della conclusione del processo* (FAZZALARI, 1988, p. 591).

É nesse sentido, que nas palavras do Jurista Imperial Paulo Batista (apud NEVES, 1971, p. 224): *A autoridade de coisa julgada não provém, como pensam alguns do quase contrato judiciário, oriundo da contestação; mas é um elemento indispensável de ordem pública e tem o mesmo fundamento que a autoridade das leis. A autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos. Significa dizer que os motivos da sentença não são objeto da coisa julgada, mas devem ser considerados para atender o verdadeiro e cabal alcance da decisão.*

Depreende-se, pois, das conceituações dos Juristas imperiais que se mantinham nos lindes do Direito Processual Civil, particularmente, como bem esclarece Celso Neves, *O tema da coisa julgada sempre foi tido como de direito civil, a linha de entendimento predominante no sistema*

francês e, dali, irradiado para o italiano, e para outros sistemas legislativos, inspirados no Código Napoleão (...) (NEVES, 1971, p. 236). No entanto, com o advento da Constituição de 1891, os Estados-membros da Federação, passaram a ter competência para legislar sobre matéria processual e, nesse sentido, houve uma emancipação do direito processual, tanto que o Código de Processo Civil do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, em seu art. 509, firmou entendimento quanto ao momento em que a sentença adquire autoridade de coisa julgada (RANGEL, 2012, p. 131). Entretanto, com a Revolução de 1930, com a chegada do poder de Getúlio Vargas, os Estados-membros perderam a competência de legislar sobre o processo com o advento da Constituição de 16 de julho de 1934 (RANGEL, 2012, p. 131), tendo sido unificado o Direito Processual (Civil e Penal) como de competência para legislar da União. Em função disso, se de um lado, exsurtem o Código de Processo Civil de 1939 e o Código de Processo Penal de 1941, por outro lado, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942) define coisa julgada ou caso julgado como sendo a decisão judicial de que já não caiba recurso, muito embora ambos Códigos (o de Processo Civil e o de Processo Penal) tratem a respeito, mas, de modo muito rarefeito (RANGEL, 2012, p. 132).

Diante disso, hodiernamente, pode-se dizer que o sentido de coisa julgada – tal como no sistema processual penal germânico – tem sido, no processo penal brasileiro, que da sentença penal transitada em julgado sem a interposição de recurso dá-se a coisa julgada penal, que, de modo basilar, tem como supedâneo a segurança jurídica e a realização da justiça (LIMA, 2016, 1192). Pelo que, com aporte em Arturo Rocco, em seu *Tratato della cosa giudicata come causa di estinzione della azione penal*, assim como em Maizini, ambos citados por Francesco Carnelutti, pode-se afirmar: *in quello (in penale) la cosa giudicata ha un 'autorità assoluta, in questo (in civile) soltanto relativa...il giudicato...col quale si definisce il processo (penale) facit ius erga omnes...; il*

*giudicto, che pone termine ala controversia di ordine privato, facit ius modo inter partes* (CARNELUTTI, 1950, p. 87).

Isso, não obstante na teoria processual penal estrangeira seja encontrada tese que se opõe à coisa julgada absoluta a partir da sentença passada em julgado, como é o posicionamento do Professor Valentín Cortés Domínguez – segundo o qual a tese é de que a força de coisa julgada não se produz pela sentença que põe termo ao processo, porém, pelos autos de investigação e de abertura do juízo oral que produzem tal efeito<sup>13</sup> (DOMINGUEZ, 1975, p. 142).

Mas segundo o que vige pelas fontes jurídicas do direito brasileiro, pode-se afirmar que as sentenças terminativas (das quais não caibam mais recursos) produzem *coisa julgada formal*, sendo, assim, depositárias da verdade. Nesse sentido, os romanos proclamavam: *Res iudicata pro veritate habetur*. Porém, apenas as sentenças de mérito produzem *coisa julgada material*, cumprindo salientar que são sentenças de mérito não só as absolutórias ou condenatórias, mas, igualmente, aquelas que extinguem a punibilidade, bem como as que rejeitam a denúncia ou queixa e, ainda, aquelas que resolvem incidentes de forma definitiva (LIMA, 2016, p. 1194).

Entretanto, no processo penal brasileiro a coisa julgada apenas tem caráter absoluto se a sentença for absolutória, produzindo, deste modo, sua plena efetividade (LIMA, 2016, 1193), uma vez que a sentença condenatória é passível de alteração a qualquer tempo, quer por meio de revisão criminal, nos casos previstos em lei, quer por meio da ação constitucional *habeas corpus*, ou ainda, pela extinção da punibilidade (LIMA, 2016, p. 1192).

Assim sendo, com aporte em Marcellus Polastri Lima, pode-se dizer que “no processo penal a necessidade de preservação do *ius libertatis*, além de outros princípios próprios (LIMA, 2016, p. 1193) *imprime à sentença condenatória passada em julgado uma estabilidade menor que a res iudicata dá às sentenças penais de absolvição*. (MARQUES, 1997, p. 84 e p. 86). Desse modo, Frederico Marques esclarece: *A não intangibilidade da condenação penal, em nosso sistema*

*jurídico, não só encontra consagração na admissibilidade dos pedidos revisionais, como ainda em outro remédio decisório, que é o habeas corpus (...) as sentenças absolutórias, ao reverso do que se dá com as de condenação, encontram-se a coberto de qualquer ato decisório ou revisional. Passando em julgado a sentença de absolvição, não há erro judiciário que torne possível, dentro das limitações objetivas e subjetivas da res iudicata, a derrogação do pronunciamento jurisdicional em que se declarou improcedente a acusação.* (MARQUES, 1997, p. 84 e p. 86)

Há de se salientar, além disso, que no processo penal, em sede de execução penal, pode haver modificações tanto no que se refere à acusação do acusado quanto no que se refere à sanção imposta, sucedendo-se fatos extintivos ou modificativos. Em outras palavras, pode-se afirmar que o título executório sofre modificações, ao passo que a parte declaratória da sentença de condenação remanesce inalterada. Assim, consoante o art. 259 do CPP, a qualificação do réu poderá ser retificada – ainda que em fase de execução penal, por simples termo –, bem como, no que tange à sanção, poderão incidir os denominados benefícios da execução, tais como, *v.g.*, regime, livramento condicional, unificação de penas, sendo vedada, evidentemente, a majoração da sanção penal.

É nesse sentido, portanto, que Frederico Marques elucida que a coisa julgada não pode impedir a realização do princípio da individualização da pena, regra programática da Constituição, pois a coisa julgada mantém-se incólume em relação à decisão sobre a prática da infração penal. Assim, o teor declarado no *judicium* permanece inquestionável e intangível. O título executório sofre modificações, adaptando-se a fatos jurídicos e à *voluntas legis*, de modo que circunstâncias supervenientes que devem ser atendidas pelo juiz da execução submetem o título executório a tais alterações. No entanto, a parte dispositiva da sentença que declara a condenação permanece inalterada (MARQUES, 1997, p. 85).

## CONCLUSÃO

Do exposto, pode-se inferir que os

sistemas jurídicos alemão e brasileiro – não obstante tenham suas raízes no *civil law* –, no que diz respeito aos institutos da sentença e da coisa julgada no processo penal, apresentam convergências e, igualmente, divergências. Destarte, no que diz respeito à sentença no sistema processual penal alemão, destaca-se a evidente distinção entre sentença substancial e sentença processual, porquanto a sentença (embora regra geral deva ser uma, excepcionando-se quando houver um só fato em sentido processual) não integra o juízo oral – de todo imprescindível na estrutura do processo penal alemão –, apesar de o seu pronunciamento assim integrá-lo, devendo ser, necessariamente, lida com a presença das pessoas arroladas no § 226 e § 238, 1º. A sentença, em sua fundamentação, no entanto, poderá ser abreviada, caso não seja impugnada. Em face disso, particularmente, são aspectos divergentes em relação ao processo penal brasileiro: a necessidade de o pronunciamento da sentença integrar o juízo oral e a possibilidade de fundamentação abreviada da sentença.

De salientar-se que outro aspecto distintivo do processo penal brasileiro é o fato de haver a possibilidade de coisa julgada relativa no processo penal alemão, o que não há de se falar no processo brasileiro, que trata apenas da coisa julgada material e formal. De todo relevante, ainda, possível é a perda dos efeitos da coisa julgada absoluta no processo penal alemão, em hipóteses específicas, muito embora seja convergente ao processo penal brasileiro no que diz respeito a considerar como coisa julgada absoluta apenas aquela da qual não caiba mais recurso. Portanto, pode-se afirmar que o processo penal alemão, não obstante em situações pontuadas legalmente, possibilita a relativização da coisa julgada. Já o processo penal brasileiro é mais conforme a uma garantia de caráter constitucional em virtude da segurança jurídica assegurada por meio da coisa julgada.

Por fim, há de se salientar, no tange à sentença, que o sistema processual penal brasileiro traz avanço que poderá ser recepcionado pelo próprio processo penal brasileiro, no que se relaciona com a noção conceptual de sentença, e sua distinção de outras decisões, em virtude do contributo trazido pelo Novo *Codex* Processual Civil, o que faz com que mereça foro de discussão imbricadamente com o processo penal, muito embora ao art. 15 do NCPC não faça alusão à aplicação subsidiária aos processos penais, mas que, em termos de interpretação sistemático-analógica no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se factível. Nesse sentido, o sistema processual brasileiro avança em relação ao processo penal alemão que não traz a definição de sentença em sua legislação processual, muito embora estabeleça os critérios alhures vistos em relação à determinação da sentença penal condenatória e absolutória em seu processo penal. E, no que tange ao direito alemão, de salientar-se que, sendo a *Grundgesetz* uma das fontes principais do processo penal germânico (HEBENSTREIT, 2011, p. 46), há de ser considerada, também, no que diz respeito à análise da sentença e da coisa julgada, a doutrina da responsabilidade compartilhada, quando estiverem presentes questões de ordem constitucional que são desenvolvidas tanto pelo *Bundesverfassungsgericht* quanto pela *Europäischen Gerichtshof* (STÜMER, 2011, p. 117 e 118).

## NOTAS

- 1 Acerca da finalidade e função do processo penal, vide CARNELUTTI (1970).
- 2 Importante notar-se, quanto a isso, que Francesco Carnelutti, em sua obra *lecciones del proceso penal*, apresenta uma noção particularmente distinta do que se tem por sentença, pois não fala de sentença, mas de decisão, trazendo à lume, que “El concepto de decisión, bien transparente em la palabra (*de-caedere* significa cortar em dos), alude a aquella separación de la razón respecto de la sinrazón, que lo sábios dicen que es, si no una absoluta imposibilidad, por lo menos una dificultad seria.” E, salienta Carnelutti, que “La estructura del proceso penal de cognición conduce, decíamos, al cultivo e incluso a la excitación de la duda; em la requisitoria y em la defensa se presenta al juez, ya que noon siempre, em la mayor parte de los casos, um violento contraste de opiniones; la culpabilidad ou inocência, el ergástulo o la libertad, la pureza o la falsedad de una prueba, la existência de uma norma o su abrogación. Puede ocurrir y hasta no deja de ser frecuente que, ante tal contraste, el juez se quede perplejo; pero llegado a um certo punto la perplejidad debe ser superada.”
- 3 Extraído e adaptado de HEBENSTREIT (2011, p. 53).
- 4 Se esclarece que os escabinos são juizes eleitos.
- 5 Acerca disso, pertinente a alusão ao princípio do juiz legal, como decorre de GÖSSEL (1977, 2012).
- 6 A respeito da valoração da prova, vide a obra de KNIJNIK (2007).
- 7 A respeito da *mutatio libelli*, ver TOURINHO FILHO (2009).
- 8 Acerca dos efeitos secundários da sentença vide LIEBMAN (1984). *Sorge cosi un problema nuovo che non è stato ancora mai affrontato con la necessaria franchezza: quali saranno dunque i rapporti tra cosa giudicata e questi effetti della sentenza vari e diversi, ora meramente dichiarativi, ora costitutivi?*
- 9 Nesse sentido, BADARÓ (2009).
- 10 Trata-se, pois, esta ciência, do direito à informação das partes envolvidas no processo no que diz respeito às suas fases, especialmente, em relação ao seu termo final. Em relação a isso, nota-se, com aporte em ALFLEN e ANDRADE (2018), que a União Européia chegou à regulamentar o direito à informação nos procedimentos criminais como um todo, tendo sido aprovada, pelo Parlamento Europeu, em 22 de maio de 2012, a Diretriz 2012/13/EU.
- 11 A respeito dessa questão, vale mencionar-se DENTI (1984, p. 445), pois, particularmente a esse respeito, verifica-se que, está presente a questão relativa ao “justo processo”, e, segundo o qual o justo processo representa um dos grandes temas do jusnaturalismo processual, e que tem sua origem no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948, bem como o art. 6º da Convenção Europeia de 1950, posto que, não ser julgado pelo mesmo fato implica não só garantia de segurança jurídica, mas também em justeza do processo.
- 12 Nesse sentido, em posição contrária, MEYER-GÖBNER, *Introducción*, n. 172.
- 13 Segundo DOMÍNGUEZ (1975) parece ser um consectário lógico que a força da coisa julgada decorra dos autos de investigação e da abertura do juízo oral, já que a coisa julgada, como é comumente aceita, não produz o chamado efeito positivo, realizando-se tão só o efeito negativo, ou melhor dito, na produção do efeito negativo, consoante se depreende das páginas 142 e ss, da obra referida. Acrescenta o autor, que o efeito negativo produz a impossibilidade que tem o juiz de conhecer do mesmo assunto pela segunda vez. Trata-se da impossibilidade total que reste subsumida a questão no aforismo *ne bis in idem*. Em contrapartida, no juízo positivo, o juiz não pode conhecer de maneira distinta o assunto, porém, pode conhecer de maneira conforme. De acordo com o autor, por mais que a sua tese possa parecer estranha, no sentido de que subtrairia a relevância da sentença, esta tem a sua importância no momento de determinar e especificar o direito do Estado de reprimir as condutas delituosas, e o direito a que esse Estado leve a efeito. Para o autor, não é lógico, nem ao menos consequente, a coisa julgada, ou seja, essa impossibilidade de voltar a conhecer sobre determinado assunto, apenas na sentença, pois nesta não só não se reconhece nem se desconhece a ação penal, mas tão só ao direito de coerção punitiva do Estado Tanto é assim, que supõe um reconhecimento da ação penal, ou seja, na sentença já sempre se reconhece a ação penal. Porém, isto é algo inexistente, já que no processo penal há duas resoluções distintas, ou seja, uma delas para admitir a ação satisfatória e outra para não reconhecê-la. O que resta, pois, é que sendo a jurisdição a obrigação correlata à ação e, portanto, sua resposta, se satisfaz com a sentença como tal, porém, também é evidente que, com a anterioridade no momento em que se decreta a abertura da instrução penal, é nesse momento, e não na

sentença, em que se decide se a ação é ou não fundada. Dominguéz, ainda, apresenta uma exposição acerca das teorias que negam a coisa julgada penal como, por exemplo LEONE (1964). No que diz respeito ao *Non bis in idem*, vide RANGEL (2012).

## REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Audiência de Custódia*. 3. ed., ver., atual. e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá: Editorial Temis, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Vyahy. *Correlação entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BARTOLOTTI, Guido. *Saggi di studi sul Processo penale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1935.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales: introducción sobre la base de casos*. Tradução do título original Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts Eine Einführung an Hand von Fällen por Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986. 299 p.
- BAUR, Fritz; WALTER, Gehard. *Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*. München: Beck Verlag, 1992.
- BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano*. Milano: L.G. Pirola, 1879, v. 4.
- CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di diritto criminale*. Napoli: Francesco Sanvito Editore, 1834.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones del proceso penal*. Buenos Aires: Bosch y Cia Editores, 1970, Traduzido do original italiano *Lezioni sul processo Penale*. Roma: Editorial dell'Ateneo, 1946. Traduzido por Santiago Sentís Melendo.
- CARNELUTTI, Francesco. *Questioni sul processo penale*. Bolgna: Dorr, Cesare Zuffi Editore, 1950.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1924, Parte Generale. V. 2
- CAVALLO, Vincenzo. *La sentenza penale*. Napoli: E. Jovene, 1986.
- DENTI, Vittorio. Valori costituzionale e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, anno 39, (segunda serie), n. 3, luglio-sett., p. 443-464, 1984.
- DI DEDDA, Enrico. *Il consenso dele parti nel processo penale*. Milani: Cedam, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DOMINGUEZ, Valentín Cortés. *La cosa juzgada penal*. Bolonia: Real Colegio de España, 1975. 142 p.
- DOSI, Ettote. *La sentenza penale di proscioglimento*. Milano: Giuffrè, 1955,
- MAC-LEAN Y ESTENÓS, Percy. *El proceso penal em el derecho comparado*. Buenos Aires: Libreria Juridica Valerio Abeledo, 1946.
- FAZZALARI, Elio. Il camino della sentenza e della "cosa giudicata". *Rivista di diritto processuale*. Padova, anno 43, (segunda serie), n. 3, luglio-Sett., p. 589-597, 1988.
- FISHER, Howard D. *O Sistema Jurídico Alemão e sua Terminologia*. Tradução do título original: The german legal system and legal language, por Regina Lyra, Rio de Janeiro: Atlas, 2013.
- FLORIAN, Eugenio. *Principi di diritto processuale penale*. 2. ed. riveduta e coordinata al nuovo codice di procedura penale. Torino : Giappichelli, 1932.
- GÖSSEL, Karl Heinz. El principio de estado de derecho y estrutura del proceso penal. *Lex: Revista de la Facultad de Drecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Lima, v. 10, n. 9, p. 287-302, 2012.
- GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal em el estado de derecho*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007. v. 1.
- GÖSSEL, Karl Heinz. *Strafverfahrensrecht*. Stuttgart: Kohlhammer, 1977.
- HEBENSTREIT, Ulrich. *Grundzüge des Strafprozess*. In: *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Thompson Flores*: 16 a 17 de junho de 2011, Florianópolis/ Brasil, Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Coordenação Márcio Flávio Mafra Leal, *Cadernos do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal*. 27; 129, Brasília: CJF, 2011, p. 45-57
- HEBENSTREIT, Ulrich. Grundzüge Des Deutschen Strafprozesses. In: *Cadernos do Centro de Estudos Judiciários Seminário Internacional- Alemanha: Thompson Flores* (português-alemão): 16 e 17 de junho de 2011, Florianópolis. Brasil. Conselho da Justiça Federal. Coord. Científica Márcio Flávio Mafra Leal. Brasília: CJF, 2011, p. 53.
- KNJUNIK, Danilo. *A Prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KNJUNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- LEONE. *Il Mito del Giudicato: intorno ala Riforma del Codice di Procedura Penale*, Milano: 1964, p. 93.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução: Ada Pellegrini Grinover, após a edição de 1945. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIMA, Marcellus Polastri. Curso de processo penal. Brasília, DF: Teoria Jurídica, 2016.
- LISZT, Franz von. *Strafrecht und Strafprozessrecht*. In: VON R. STAMMLER et al. *Systematische Rechtswissenschaft*. Berlin und Leipzig: Druck und Verlag von B. G. Teubner, 1906. p. 225-.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3.
- MASSARI, Eduardo. *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*. Napoli: Jovene, 1934.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto processuale penale*. Torino: Utet, 1961. v. 3
- SENTÍS MELENDO, Santiago. In: *CONFERENCIA EN LA UNIVERSIDAD DEL LITORAL, 1944, Buenos Aires. Anais [...]*. Buenos Aires: Universidad del Litoral, 1944.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2003.
- NORONHA, Carlos Silveira. Um estudo acerca da sentença no transcurso dos tempos, até sua prática no direito português antigo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 33, p. 104-156, set. 2015.
- PERONI, Francesco. Giusto proceso e doppio grado di giurisdizione nel merito. *Rivista di diritto processuale*. Padova, ano 56, (segunda serie), n. 3, lugglio-sett. p. 710-732, 2001.
- POLONI, Ismair Roberto. *Técnica estrutural da sentença: juízo comum e juizado especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ROXIN, Claus. Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán. Trad. de Esteban González Jiménez e Revisão de John Zuluaga. In: PEDROZA, Andrés F. Duque. *Perspectivas y retos del proceso penal*. Medellín: U. Pontificia Bolivariana, 2015. p. 360-376.
- STÜMER, Rolf. Die Rolle der obersten Gerichte in Deutschland. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA THOMPSON FLORES, 2, 2011, Florianópolis, SC. Coordenação científica: Márcio Flávio Mafra Leal, Rolf Stürner; tradução: Márcio Flávio Mafra Leal; Reinhard Gaier et al. *Anais [...]*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2011. p. 109-119. (Série Cadernos do CEJ; 27)
- TIEDMANN, Klaus. O direito processual penal. In: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther; TIEDMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Mndes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 141-230.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 3.ed. Bauru: Jolavi, 1977.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VOLK, Klaus. *Curso fundamental: ordenanza procesal alemana*. 7.ed. tradução de Alberto Nanzer, Noelia T. Nuñez, Daniel R. Pastor e Eugenio Sarraboyrouse. Tradução revisada por Noelia T. Nuñez. Argentina: Hammurabi, 2016. Tradução do título original alemão: Grundkurs. München: Beck Verlag, 2010.
- ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *erecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Kraft, 1945. Tomo 1.

Artigo recebido em 22/4/2019.

Artigo aprovado em 18/6/2019.

**Kelly Susane Alflen da Silva** é advogada em Porto Alegre, atualmente licenciada para fins de doutoramento.



## A AFETAÇÃO DO DIREITO À VIDA HUMANA SAUDÁVEL PROVOCADA PELA AVIAÇÃO COMERCIAL

### *THE IMPACT CAUSED BY COMMERCIAL AVIATION ON THE RIGHT TO A HEALTHY LIFE*

David Augusto Fernandes

#### **RESUMO**

Aborda a atuação da Organização Internacional de Aviação Civil (OACI), no sentido de conceber meios tecnológicos e comerciais para minimizar a produção dos gases de efeito estufa (GEE). Fundamenta-se na abordagem crítica dos ordenamentos jurídicos pátrios e dos acordos internacionais sobre o tema, bem como na discussão dos posicionamentos doutrinários, no sentido de atingir uma visão mais favorável ao ser humano, destinatário do direito de ter assegurado uma vida digna no planeta.

#### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Ambiental; direito à vida saudável; gases de efeito estufa (GEE); aviação comercial; direito fundamental.

#### **ABSTRACT**

*This paper addresses the work of the International Civil Aviation Organization (ICAO) regarding the creation of technological and commercial tools for reducing greenhouse gas emissions (GHGE).*

*Such work is based on the critical approach to the countries' legal systems and to international agreements on the subject. It is also based on the discussion of the available legal literature, in order to ensure a more favorable perspective to human beings, the holders of the right to a dignified life on the planet.*

#### **KEYWORDS**

*Environmental Law; right to a healthy life; greenhouse gas emissions (GHGE); commercial aviation; basic right.*

## 1 INTRODUÇÃO

Apesar da pouca veiculação na mídia sobre sua responsabilidade, as empresas de aviação participam de forma considerável para a produção de gases que causam efeito estufa (GEE). Estas empresas formam um conjunto importante de clientes da indústria petroleira. Tal postulação se mostra claramente, quando se constata que o conteúdo típico do barril de petróleo é de 43% de gasolina de automação, 23% de diesel e petróleo, 16% de óleos lubrificantes e asfaltos e 11% de resíduos. Os 7% restantes são de querosene e gasolina de aviação, com alta octanagem.

Estas proporções são consequência das demandas do mercado e da composição do petróleo, podendo as porcentagens ser alteradas de acordo com as necessidades, mas sempre respeitando uma margem moderada. Em 2010 a aviação consumia em torno de 12% do combustível destinado aos transportes. Em 2006 foram consumidos 217.754 litros de querosene de aviação, com custo de US\$ 112 milhões, cifra equivalente ao Produto Interno Bruto de um país do tamanho da Hungria.

Os gases poluentes existentes na atmosfera, com os quais a humanidade convive cotidianamente, parecem inofensivos para algumas pessoas, pois desde o nascimento elas mantêm contato diário, sendo sua existência inclusive justificada pelo progresso por que passa determinado país, com a existência de fábricas e múltiplos meios de transporte, entre outras atividades econômicas. Entretanto, esses gases são causadores de vários tipos de doenças que afetam gravemente a saúde do indivíduo. Os gases produzidos pelas aeronaves são, em geral, imperceptíveis para a população, haja vista a altitude em que os aviões transitam, contudo participam de forma acentuada na poluição do planeta.

Com a Revolução Industrial<sup>1</sup>, iniciada no século XVIII, é deflagrada a emissão constante de poluentes na atmosfera, de tal maneira que chegou ao século XX ostentando percentuais extremamente prejudiciais à saúde humana, além de outros efeitos colaterais. Tal situação despertou a preocupação de grande parcela de cientistas sobre o tema<sup>2</sup>. Os GEE<sup>3</sup> (COWIE, 2007; WEART, 2008) são causadores de vários malefícios ao ser humano. Esses gases envolvem a Terra, absorvendo parte da radiação infravermelha refletida pela superfície terrestre, ao impedir que a radiação escape para o espaço e permaneça aquecendo a superfície terrestre.

Está comprovado que os principais agentes causadores desta situação são os gases carbônico<sup>4</sup> e metano<sup>5</sup>. Tal malefício recebe também a sinistra colaboração das aeronaves que circulam em todo o planeta, e vem merecendo a preocupação de diversos órgãos que monitoram sua atividade, entre eles a Organização Internacional de Aviação Civil (OACI), os quais passaram a considerar seriamente a redução dos gases emitidos.

Dentro deste espírito, o presente artigo objetiva oferecer uma visão mais esclarecedora sobre a participação da aviação comercial na poluição e sobre as causas da preocupação dos órgãos mencionados, assim como a forma de atuação e imple-

mentação para controlar tais emissões, com tendência de passarem despercebidas do grande público. De uma forma geral, se consideram poluentes tão somente os gases emitidos por veículos e fábricas, cuja atuação é veiculada rotineiramente na mídia e perceptível por todos.

A metodologia desenvolvida para a realização do estudo que dá origem ao presente artigo está circunscrita a publicações dos órgãos reguladores da área em comento e trabalhos acadêmicos vinculados ao relevante tema. Foi mediante a pesquisa bibliográfica mencionada que se organizou a abordagem do artigo conforme o seguinte. O primeiro tópico trata da preocupação pela melhoria climática, atualmente travada pela divergência entre os Estados na seleção dos métodos mais apropriados para sua operacionalização, em função de envolver cifras vultosas no dispêndio de capital. O segundo tópico aborda a atuação da OACI no sentido de minorar os efeitos da aviação comercial como poluidora do meio ambiente e contribuinte pela emissão do GEE. O tópico seguinte trata dos direitos fundamentais, pois os maiores prejudicados do GEE são os seres humanos e os demais seres vivos existentes no planeta. Termina-se com as considerações finais sobre o tema em comento, abrindo novas perspectivas para o debate da matéria.

## 2 A BUSCA PELA MELHORIA CLIMÁTICA

Conforme já demonstrado, os atuais níveis de GEE lançados na atmosfera são preocupantes. Estudos consideram serem economicamente justificáveis os gastos com a mitigação dessas emissões para que a temperatura média do planeta não suba mais que 2°C. Meta esta inserida no Acordo de Copenhague assinado na Conferência das Partes (COP 15)<sup>6</sup>, tendo sido posteriormente incorporada ao texto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC)<sup>7</sup> ou apenas convenção, na COP 16, em Cancun, no México (SEROA DA MOTTA, 2011, p. 211).

Situam-se na CQNUMC, da Organização das Nações Unidas (ONU), os esforços para o combate ao aquecimento global, devido à concentração atual dos GEE acima dos níveis naturais resultantes de atividades econômicas passadas, levando à adoção, na convenção, do princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas. O princípio tem as seguintes bases: a) a responsabilidade de cada país é diferenciada, em virtude da contribuição das suas emissões passadas ao problema do clima; b) a necessidade de garantia do crescimento econômico aos países em desenvolvimento (SEROA DA MOTTA, 2011, p.211).

O Protocolo de Quioto foi assinado em 1997, tendo esse princípio como alicerce, quando 37 países desenvolvidos se comprometeram a reduzir, em conjunto, 5,2% das suas missões no período 2008-2012, em relação a 1990. As metas de cada país foram também diferenciadas, cabendo metas superiores aos países integrantes da Comunidade Europeia, ao Japão, aos Estados Unidos e ao Canadá.

As enormes diferenças de custos diluídos entre os países e a importância da participação dos países em desenvolvimento conduziram à adoção de mecanismos que permitissem o cumprimento das metas nacionais do Protocolo de Quioto com ações de diminuição fora desses países, sendo elas: mercados de cotas de emissão de carbono para transações entre países desenvolvidos e mecanismos baseados em projetos; implementação conjunta, entre países desenvolvidos; mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL) entre países desenvolvidos e em desenvolvimento (SEROA DA MOTTA, 2011, p. 212).

Salienta o autor que, apesar de o Protocolo de Quioto ter sido um início de colaboração global, suas metas de redução são insuficientes para reverter a tendência de aumento de concentração de gases na atmosfera. E, se mantidos o padrão e o nível da taxa de crescimento, países como China, Índia e Brasil logo terão uma responsabilidade importante e, sem a contribuição deles, uma ação global rápida e eficaz será muito mais difícil<sup>8</sup>.

*A questão da consciência ambiental tem-se tornado cada vez mais importante, em especial desde os anos 1960, levando à criação de numerosos regulamentos e leis [...]. É amplamente difundido que os impactos ambientais são inerentes aos setores da aviação e transportes.*

84

Apesar de existir um vácuo regulatório mundial similar ao do Brasil, outros países estão adotando ações unilaterais. Nesse contexto, o confronto concorrencial das lideranças econômicas mundiais poderá exigir que, para tais metas nacionais serem cumpridas, haja necessidade de imposição de sanções às importações dos parceiros comerciais que não realizem esforços de mitigação similares, por exemplo, nas propostas de regulações recentes na União Europeia (UE) e nos Estados Unidos.

As metas brasileiras para controle de emissões de GEE circunscritas na Política

Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) – redução entre 36,1% e 38,9% das emissões projetadas até 2020 –, definidas na Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) aprovada pelo Congresso Nacional (Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009), que foram notificadas ao Acordo de Copenhague, demonstram a disposição do país em contribuir com o esforço global de forma voluntária (SEROA DA MOTTA, 2011, p. 31).

O Acordo de Paris criou metas para os Estados signatários cumprirem o pactuado, como conseguir manter o aquecimento global abaixo de 2°C, buscando limitá-lo a 1,5°C. Os países ricos devem garantir um financiamento de US\$ 100 bilhões por ano, e os compromissos deverão ser revistos a cada cinco anos. Ou seja, em 2020 haverá nova reunião-chave internacional para calibrar as metas e garantir a melhor preservação do planeta (DANTAS, 2017). Os estudiosos do clima calcularam que, para essas metas serem alcançadas em 2030, o mundo deveria chegar a uma emissão abaixo de 42 gigatoneladas de GEE.

Conforme relatório da ONU Meio Ambiente, o investimento em novas tecnologias nos setores mais poluentes, como o energético, seria uma saída ao custo de US\$ 100 a tonelada,

podendo reduzir as emissões em até 36 gigatoneladas por ano até 2030, valor suficiente para garantir a manutenção da Terra para os próximos anos (DANTAS, 2017).

### 3 A PREOCUPAÇÃO AMBIENTAL DA OACI

Os aviões possuem capacidade de transportar centenas de pessoas e suas bagagens, em altas velocidades, em uma única viagem. Em contrapartida, consomem grande quantidade de combustível, sendo que o principal utilizado pelas aeronaves é o querosene, produzindo com a sua queima muitos poluentes na atmosfera (KNORRE, 2014; FIGUEIREDO, 2013<sup>9</sup>).

Pires (2012, p. 20) considera que existe uma grande preocupação em todo o mundo sobre questões ambientais. Isto conduz a um impacto no projeto das aeronaves, seu desenvolvimento, sua fabricação e sua operação. Dessa forma, surgem questões sobre os parâmetros de eficiência das viagens aéreas utilizadas pelos fabricantes, consumidores e legisladores. Conforme explicita o mesmo autor, as exigências sobre a expansão da aviação civil, a concepção da aeronave e o cenário de operação são aspectos continuamente e cada vez mais exaustivamente submetidos a questões ambientais e de eficiência (PIRES, 2012, p. 20).

Desde o aparecimento do motor a jato e de aeronaves de asa enflechada no século passado, as tendências têm-se naturalmente vocacionado para a maior produtividade através de aumento da velocidade e carga útil (PIRES, 2012, p. 21).

A questão da consciência ambiental tem-se tornado cada vez mais importante, em especial desde os anos 1960, levando à criação de numerosos regulamentos e leis, e acarretando o aumento do conhecimento acadêmico e científico sobre esta preocupação em todo o mundo. É amplamente difundido que os impactos ambientais são inerentes aos setores da aviação e transportes.

Além disso, o impacto da aviação sobre o meio ambiente contribui para as alterações climáticas, o que tem conduzido uma variedade de pesquisas sobre o tema, e a compilação de um bom nível de conhecimento sobre este tema. Assim, mesmo que a mudança climática não seja a única categoria impactada pela aviação, é considerada como o tema mais discutido. Torna-se, então, imperativo ter uma forma sistemática e metódica para holisticamente avaliar e melhorar o desempenho ambiental das aeronaves, o que vem despertando a crescente consciência ambiental pelos fabricantes de aeronaves em todo o mundo (PIRES, 2012, p. 22).

Prossegue o autor explicando que as emissões de GEE produzidas pela aviação alteram a composição da atmosfera, o que, por sua vez, contribui para as alterações climáticas, destruindo a camada de ozônio e levando a outros impactos ambientais indesejáveis. De acordo com os dados mundiais e os levantados pela União Europeia, em 2004 a aviação internacional foi responsável por cerca de 3% do dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), sendo que a partir de 1990 a 2004, as emissões de CO<sub>2</sub> da aviação aumentaram 85%, crescimento considerado maior do que as emissões marítimas e do setor de transporte doméstico<sup>10</sup>.

Knorre (2014) esclarece que, para obter a visão quantitativa da produção de poluentes em uma única viagem, tomando como exemplo um avião modelo Airbus A380 totalmente carregado, verifica-se que ele consome energia equivalente a

3.500 carros de família, o equivalente a seis carros para cada passageiro. Tal consumo representa duas vezes mais emissões por milha percorrida por passageiro do que carros. Ressalve-se que em voos de curta distância as aeronaves produzem três vezes mais.

Em 1999, ao responder a solicitação da Organização Internacional de Aviação Civil (OACI)<sup>11</sup>, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) publicou um relatório de referência – “Aviação e a Atmosfera Global” –, que consistiu na avaliação dos impactos da aviação nas alterações climáticas e destruição da camada de ozônio (O<sub>3</sub>) (PENNER et al., 1999).

Este documento contribuiu de forma substancial para a melhor compreensão dos impactos da aviação na atmosfera, estimando-se que este modo de transporte tenha sido responsável por 63% do efeito total de radiação em 1992, através da emissão de óxidos de azoto (NO<sub>x</sub>: NO e NO<sub>2</sub>), óxidos de enxofre (SO<sub>x</sub>), vapor de água e fuligem. Também outros GEE das emissões da aviação provaram ser relevantes, apesar de menos percebidas, como a formação de trilhas de condensação e nuvens cirrus<sup>12</sup>.

Além do mais, a aviação tem característica única, pois a maioria de suas emissões não toma lugar na superfície da Terra, mas em altitudes de cruzeiro de aproximadamente 8 – 12 km. Nessas altitudes, as emissões têm efeito maior sobre as mudanças da composição atmosférica, causando efeitos químicos e aerossóis relevantes para a força climática, assim como o combustível utilizado que, em maior escala, é querosene de aviação (PIRES, 2012, p.22).

O ponto nodal do transporte aéreo é que não se vislumbra a possibilidade de substituir o querosene a curto ou médio prazo por outro combustível equivalente, produzido em quantidade suficiente para atender à demanda mundial. As condições de poder energético por unidade de peso e volume, temperatura na qual permanece em estado líquido, viscosidade e facilidade de transporte tornam a substituição do querosene muito difícil.

As tentativas atuais priorizam combustíveis sintéticos, derivados de carbono ou gás, através do processo Fischer-Tropsch, ou de matéria orgânica, como

o álcool vegetal ou destilado de alguns arbustos como a jatrofa e a camelina. Embora os testes pareçam satisfatórios, o equilíbrio energético resultante da obtenção de querosene artificial e o rendimento do cultivo de plantas destinadas ao biocombustível ainda deixam muito a desejar (DE VILLA, 2010).

Outro ponto a ser considerado é que a aviação é a última usuária de halon, clorofluorcarboneto (CFC) utilizado como agente extintor de incêndios em aeronaves, cuja produção foi proibida pelo Protocolo de Montreal (1987), por ser nocivo à camada de ozônio. Da mesma forma como ocorria com o querosene, o halon possui capacidade de extinção por unidade de peso e volume superior a qualquer outra substância. Na época de sua proibição, todo o halon disponível no mundo foi concentrado em reservas especiais, destinadas a usos insubstituíveis, tais como o da aviação. Até o momento, tanto os aviões civis como os militares utilizam extintores de halon. A Airbus anunciou que seu A350 empregará um novo agente extintor, não prejudicial à camada de ozônio (DE VILLA, 2010)<sup>13</sup>.

*[...] tomando como exemplo um avião modelo Airbus A380 totalmente carregado, verifica-se que ele consome energia equivalente a 3.500 carros de família, o equivalente a seis carros para cada passageiro.*

A partir daí, a aviação civil passou a desenvolver ações voltadas à diminuição do consumo de combustível e a controlar as emissões de CO<sub>2</sub> na atmosfera. Para tanto, novas tecnologias têm sido empregadas, mas existe a necessidade de incluir os esforços governamentais para o aprimoramento do desenvolvimento tecnológico sustentável. Por esse motivo, foi lançada, em dezembro de 2006, uma ação tecnológica conjunta denominada Clean Sky, que reúne 86 organizações provenientes de 16 países, 54 empresas, 15 centros de investigação e 17 universidades. Diante dessa parceria internacional, instituiu-se, como objetivo geral para a aviação civil, o desenvolvimento de iniciativas que reduzam as emissões de CO<sub>2</sub> em 50% até 2020 (BETIOLO et al., 2009, p. 401; CLEANSKY)<sup>14</sup>.

Desde 1º de janeiro de 2012, existe uma legislação na União Europeia que visa

compensar a poluição causada pelas aeronaves comerciais, obrigando companhias aéreas que operam em seu território, independente de nacionalidade, a comprar o equivalente a 15% de suas emissões de CO<sub>2</sub> – 32 milhões de toneladas – para lutar contra o aquecimento global. Tal taxa cobra oito euros a tonelada de CO<sub>2</sub>, significando 256 milhões de euros em 2012, segundo a Comissão Europeia. Isto apesar da rejeição da China, e mais de 20 países, incluindo Índia, Rússia e Estados Unidos, que proibiram suas companhias aéreas de pagar o imposto e recorreram aos tribunais, sob a alegação de ser um ato unilateral da União Europeia. Em contrapartida, houve pronunciamento dos representantes da UE no qual estabelecem que as empresas aéreas, ao operarem em seu território e se recusarem a efetuar o pagamento, poderão ser multadas ou, em caso extremo, proibidas de pousar nos 27 países da Comunidade (GLOBO, 2012).

Na linha de inibir a produção de poluentes, a British Airlines colocou em operação, em 2017, a utilização de gásogênio proveniente do lixo em suas aeronaves que, segundo a empresa, reduz

a emissão de gases causadores do efeito estufa em até 95%, mas a meta governamental do Reino Unido é de apenas 30% até 2050 (KNORRE, 2014).

Nesta mesma toada, Bluhm et al. (2016, p. 193) informam que foram realizados estudos sobre a previsão da demanda até 2020, baseada no número de voos e emissões de CO<sub>2</sub> geradas durante os ciclos de pouso e decolagem. Os autores concluíram que o crescimento da demanda por voos domésticos fará aumentar as emissões de gases na atmosfera, e a redução dessas emissões somente poderá ocorrer por meio da adoção de medidas preventivas baseadas em estratégias sustentáveis.

### 3.1 ATUAÇÃO DA OACI NA REPRESSÃO A POLUIÇÃO AMBIENTAL E O POSICIONAMENTO BRASILEIRO

O Observatório do Clima endereçou carta em 25 de setembro de 2016 ao en-

tão Presidente Michel Temer, onze dias antes da realização da 39ª Assembleia da OACI, na qual pedia o apoio do Brasil para a contenção da progressão das emissões de GEE por parte da aviação comercial. O órgão trazia como suporte o fato de as projeções para 2020 serem no sentido de haver um aumento de 70% em relação a 2005 e que, sem nenhuma medida para seu controle, seu aumento até 2050 poderia ser da ordem de 300%. Isso tornaria muito mais difícil manter o crescimento da temperatura global bem abaixo dos 2°C ou limitado a 1,5°C, como acordado em Paris.

Por ocasião da 39ª Assembleia da OACI, reunida em Montreal-Canadá, da qual a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) faz parte, foi aprovada, em sessão plenária realizada em 6 de outubro de 2016, a resolução que define as diretrizes regulatórias para um esquema global de compensação de emissões de carbono (CO<sub>2</sub>) para o transporte aéreo internacional. A iniciativa, conhecida como *Global Market-Based Measure* (GMBM), tem por finalidade apoiar o objetivo da OACI de promover o crescimento neutro de CO<sub>2</sub> da aviação civil internacional a partir de 2020 (ANAC, 2016).

Apesar de o acordo ser voluntário, o Brasil pretende aderir a ele somente em 2027, informando que continuará a trabalhar no âmbito da OACI para garantir que o esquema global de emissões atenda às boas práticas internacionais de regulação econômica, e agindo de forma diplomática, mas não efetiva, para conter o avanço da emissão de GEE.

A referida resolução foi aprovada pelos 183 Estados participantes da Assembleia da Organização, incluindo o Brasil, pois o GMBM estava sendo discutido há cerca de oito anos. Segundo a resolução aprovada, o GMBM terá duração de 15 anos e será dividido em duas fases. A primeira fase, de caráter voluntário, entrará em vigor em 2021 e se estenderá até 2026. A segunda, de caráter compulsório, será obrigatória para todos os países cuja indústria de transporte aéreo internacional esteja acima do limite mínimo estabelecido (0,5% RTK global) e funcionará entre 2027 e 2035. A motivação para ocorrer a implementação da resolução em duas fases foi em função do nível de desenvolvimento da indústria dos países participantes (ANAC, 2016).

A resolução em comento representa uma iniciativa pioneira nos esforços de combate à mudança do clima, pois se trata do único esquema de compensação de CO<sub>2</sub> válido em âmbito global para a mesma indústria. Isso se soma aos esforços do Acordo de Paris, ratificado pelo Brasil recentemente (ANAC, 2016).

### 3.2 COMO SE PROCESSAM AS COMPENSAÇÕES PELAS EMISSÕES DE CARBONO

O mercado global de emissões de carbono foi criado pelo Protocolo de Quioto, acordo internacional para estabelecer que os países desenvolvidos deveriam reduzir, entre 2008 e 2012, suas emissões de GEE em 5,2% em média, em relação aos níveis medidos em 1990. Por meio do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) previsto no Protocolo, os países podem compensar suas emissões com a compra de créditos de carbono gerados por projetos ambientalmente sustentáveis certificados nacionalmente pelos Estados nos quais eles são implementados. Assim sendo, esses projetos, ao promoverem a redução da emissão de gases poluentes, geram créditos que

podem ser comercializados com os países com metas a cumprir (ANAC, 2016).

O acordo aprovado na OACI prevê uma abordagem dinâmica para a forma de cálculo das compensações a serem pagas pelas empresas aéreas dos países participantes. As obrigações de compensações serão inicialmente calculadas a partir do percentual global de crescimento da indústria de transporte aéreo internacional. Nesse caso, por exemplo, será calculado o percentual de emissões das aeronaves que partem ou chegam ao Brasil no mercado internacional e esse valor será dividido pelas empresas aéreas de acordo com a participação de mercado de cada empresa.

A partir de 2029, as obrigações de compensação serão computadas por meio de indicador que considera a taxa global de crescimento da indústria dividida de acordo com o percentual de crescimento individual de cada empresa.

Ao longo do processo negociador, inúmeros países, inclusive o Brasil, manifestaram receio quanto à possibilidade de criação de distorções de mercado pelo esquema. Em função disso, ficou acordado que a OACI realizaria sessões específicas de revisão dos resultados obtidos a cada três anos, a partir de 2022.

Durante o período de negociações, o Brasil esteve representado por técnicos da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Secretaria de Aviação Civil do Ministério dos Transportes (SAC/MT) e Ministério das Relações Exteriores (MRE). Ao longo das discussões, o País adotou postura construtiva e teve um papel determinante na obtenção de consenso.

Ao longo dos próximos anos, a OACI e os Estados membros darão continuidade aos trabalhos técnicos a fim de decidir questões relacionadas à implantação do GMBM. Entre os pontos a serem definidos estão: critérios para aceitação dos créditos de carbono que serão transacionados no âmbito do esquema; procedimentos de monitoramento, revisão e verificação das emissões; implementação de um registro central dos créditos e emissões; além de outras questões relativas ao modelo de governança do esquema (ANAC, 2016).

O Observatório do Clima considera fundamental que o Brasil anuncie à comunidade internacional que suas emissões de transporte aéreo internacional estarão sujeitas ao controle de mecanismo regulatório no âmbito da OACI, desde sua fase inicial, como já o fizeram também países como China, Cingapura, Emirados Árabes Unidos, Ilhas Marshall, Indonésia, Malásia, México, Quênia, entre outros países em desenvolvimento (ANAC).

## 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme leciona SARLET (2004, p. 45), já havia no século XVI posicionamento de teólogos espanhóis de reconhecer os direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana, além de servirem de inspiração ao humanismo racionalista de Hugo Grócio. Nesse mesmo período, em 1589, o *jus philosophus* Hugo Donellus ensinava a seus discípulos que o direito à personalidade englobava o direito à vida, à personalidade corporal e à imagem, não podendo o primeiro ser dissociado da saúde. Com o passar dos séculos houve a consolidação de tal pensamento e sua inclusão em várias constituições dos séculos XVIII e XIX.

Somente após a Segunda Guerra Mundial, o ordenamento internacional passou a considerar o direito à saúde como direito humano fundamental, conforme enunciado pela primeira vez no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde e sucessivamente proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu artigo 25. Portanto, o direito à saúde tardou mais de meio século para afirmar-se como direito fundamental internacionalmente protegido (NEGRI, 2010, p. 63)<sup>15</sup>.

Também incluído nessa linha de proteção à saúde existe o *mínimo existencial* (ME), conforme leciona Ricardo Lobo Torres (1999, p. 138), como sendo *um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas*. O mínimo existencial, primariamente, está direcionado à liberdade e à democracia, não devendo ficar restrito a este direcionamento, pois as condições básicas de vida devem ser asseguradas de forma a atender aqueles que delas necessitam, conduzindo, também, à saúde para a vida ser plena e satisfatória.

O tema do conteúdo do ME é complexo e a primeira observação importante a se fazer é no sentido de existirem variações socioculturais significativas em relação ao que se concebe como necessidades básicas. Sociedades diferentes tendem a valorar de modo muito distinto determinados bens, de modo que o acesso a eles pode se afigurar essencial para a vida digna das pessoas em algumas dessas sociedades e não em outras. Mas parece inquestionável a existência de necessidades materiais decorrentes da própria natureza humana, como o acesso à saúde (SARMENTO, 2016, p. 214-215).

O mal causado pela poluição atmosférica, que vem prejudicando milhares de pessoas e causando sua morte no decorrer dos anos, configura-se como uma afetação ao ME, em que o bem maior do indivíduo é sua vida. Para que ela se protraia no tempo requer a necessidade de saúde, prejudicada pelos gases de efeito estufa que, por vezes, conduzirão o indivíduo à morte.

Estudo desenvolvido em 2012 por mais de 50 cientistas estimou que, à

época, o aquecimento custava para o mundo diretamente mais de US\$ 1,2 trilhão ao ano, com tendência a aumentar esta conta (HARVEY, 2012). Além disso, a Federação Internacional da Cruz Vermelha afirma ter feito mais de 30 milhões de atendimentos em 2014 a vítimas de desastres naturais derivados do aquecimento global (OLIVEIRA, 2011). Segundo o Monitor de Vulnerabilidade Climática, os efeitos do problema causaram a morte de cinco milhões de pessoas, conduzindo a um prejuízo de R\$ 2,03 trilhões em 2010, conforme apresentação feita pela Fundação Dara à Assembleia Geral da ONU, em Nova York, aproveitando a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2010 (BENITO, 2012).

*O ponto nodal do transporte aéreo é que não se vislumbra a possibilidade de substituir o querosene a curto ou médio prazo por outro combustível equivalente, produzido em quantidade suficiente para atender à demanda mundial.*

Agravando o aquecimento global encontram-se as aeronaves, pois em 2017 foram transportados, aproximadamente, mais de 4,1 bilhões de passageiros no mundo representando um incremento de mais 100% em relação ao ano de 2003, quando foram transportados 1,66 bilhão de passageiros, conduzindo à cifra de 51% de deslocamentos turísticos (ICAO, 2016). Tal montante, ao se considerar a grande quantidade de gases tóxicos provenientes das turbinas dos aviões em cada viagem, revela que a aviação comercial participa com 12% das emissões de CO<sub>2</sub> de todas as fontes de transporte (ATAG, 2017)<sup>16</sup>.

Como pode ser observado, os GEE são causadores de malefícios aos seres humanos, ferindo frontalmente o direito básico de cada pessoa de desfrutar uma vida saudável, fato que não pode ser pleno com a convivência incômoda com os gases de efeito estufa.

#### 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme abordado no decorrer do artigo, verifica-se que a atmosfera é um ambiente a ser cuidado de forma equânime e integrada por todos os países. Com a permanente emissão dos GEE, todos estão perdendo, devendo haver uma ação conjunta que exigirá custos setoriais em

favor de benefícios globais, pois a distribuição atual dos seus benefícios é desigual, tendo em vista que os maiores poluidores são os países mais industrializados.

Interessante observar que a aviação comercial participa de forma pujante para a produção de GEE, apesar de essa sua linha indesejada de atuação no setor de transportes ser pouco divulgada pela mídia, recaindo sobre os veículos automotores a condição de principais vilões para causar a poluição do planeta juntamente com as indústrias.

Situação singular é a do ser humano organizado nos respectivos países, vivendo no mesmo planeta e usufruindo da mesma atmosfera, porém sem conseguir um diálogo efetivo entre as partes e construir um plano multilateral, objeti-

vando melhoria do meio ambiente para todos. Inclusive alguns se quedam na inércia, esperando que outros países realizem o que costuma ser dever de todos, evitando assumir o compromisso dos ônus dessa solução.

Além do que, os países desenvolvidos, por serem possuidores das maiores empresas de aviação comercial, mais contribuem para emissão de GEE em larga escala. Entretanto, colocam obstáculos para a execução dos planos, pois não querem contribuir para a resolução do problema, por envolver um gasto muito maior do que os países em desenvolvimento que, por seu próprio *status*, não participaram tão significativamente para a avalanche de poluição que afeta toda a humanidade.

Torna-se importante mencionar os esforços realizados em nível global para se tentar o controle da poluição atmosférica e seus efeitos na humanidade. Nesta linha de atuação, conforme assinalado ao longo deste artigo, o Plano de Ação de Bali era muito promissor, mas ficou pelo caminho, pois os maiores poluidores do mundo não colocaram em prática o que foi acordado.

Com a celebração do Acordo de Paris, havia grande expectativa de se chegar a uma solução exitosa para redução do GEE. Porém, conforme tem sido amplamente

divulgado pela mídia, os Estados Unidos e a China caminham para tornar tal acordo inócuo, criando obstáculos e lançando dúvidas sobre os prejuízos que os GEE acarretam ao meio ambiente. Consta-se um inegável interesse econômico desses países que avassala até a relevância de se cuidar da saúde, enquanto direito fundamental da humanidade.

Enquanto isso ocorre, agrava-se o aumento da mortalidade nos países do denominado Terceiro Mundo, onde sobreviver já é difícil e, com o recrudescimento da poluição ambiental, tornar-se-á ainda mais uma luta insana. A saída para tal situação está em haver a retomada do diálogo e do cumprimento dos princípios previstos no Acordo de Paris por aqueles que o ratificaram, evitando os prejuízos ameaçadores que já acoçam o ser humano e o meio ambiente.

## NOTAS

- 1 A Revolução Industrial, iniciada em meados do século XVIII, fez uso intensivo do carvão mineral, e no século XX a exploração do petróleo, gás natural, entre outros combustíveis fósseis deu maciça contribuição adicional, fazendo com que a concentração atmosférica se elevasse aproximadamente 35%, ultrapassando as 400 ppm (partes por milhão) em 2013, sendo este o nível mais elevado nos últimos milênios. Mudanças no uso da terra e o desperdício de alimentos também têm emitido significativas quantidades de gás carbônico.
- 2 Um exemplo de tal impacto pode ser notado nas emissões de gás carbônico (CO<sub>2</sub>). Antes da revolução industrial as concentrações de CO<sub>2</sub> na atmosfera variavam entre valores de 150 a 280 ppm, aproximadamente, no entanto, nos últimos 150 anos (período pós-revolução industrial) tal concentração passou de 280 ppm para 400 ppm. Os impactos deste aumento são sentidos em diversos âmbitos, por exemplo no efeito estufa, na acidificação de oceanos e até na saúde humana.
- 3 Jean-Baptiste Fourier, físico e matemático francês, nascido em 1768, foi o primeiro a formalizar uma teoria sobre o efeito estufa entre 1824 e 1827. Ele mostrou que o efeito de aquecimento do ar dentro das estufas de vidro, utilizadas para manter plantas de climas mais quentes no inverno europeu, se repetiria na atmosfera terrestre. Em 1860, o cientista britânico John Tindall mediu a absorção de calor pelo dióxido de carbono e pelo vapor d'água. Ele foi o primeiro a introduzir a ideia de que as grandes variações na temperatura média da Terra, que produziram épocas extremamente frias, como a chamada *idade do gelo*, ou extremamente quentes como a que ocorreu na época da transição do Cretáceo para o Terciário, poderiam ser devido às variações da quantidade de dióxido de carbono na atmosfera.
- 4 O dióxido de carbono ou gás carbônico (CO<sub>2</sub>) é emitido, principalmente, pelo uso de combustíveis fósseis (petróleo, carvão e gás natural) nas atividades humanas. Segundo o Painel Intergovernamental de Mudanças do Clima, o CO<sub>2</sub> é um dos principais causadores do aquecimento global, sendo o gás de maior emissão (aproximadamente 78%) pelos humanos.
- 5 O gás metano (CH<sub>4</sub>) é produzido pela decomposição da matéria orgânica. É abundante em aterros sanitários, lixões, reservatórios de hidrelétricas, na criação de gado (a pecuária representa 16% das emissões mundiais de gases de efeito estufa) e cultivo de arroz. Também é resultado da produção e distribuição de combustíveis fósseis (gás, petróleo e carvão). Se comparado ao CO<sub>2</sub>, o metano é mais perigoso, pois é mais eficiente na captura de radiação. O impacto do CH<sub>4</sub> sobre a mudança climática é 20 vezes maior do que o CO<sub>2</sub>, isto é, uma unidade de metano equivale a 20 unidades de CO<sub>2</sub>.
- 6 Os países signatários da CQNUMC se reuniram em dezembro de 2009, em Copenhague, na Conferência das Partes (COP 15), para implementarem os objetivos aprovados em 2007, na COP 13, em Bali, no chamado Plano de Ação de Bali (PAB), podendo ser assim resumidos:
  - compromissos e metas mais ambiciosos por parte dos países desenvolvidos, que poderiam almejar reduções de até 40% em 2020 e de 80% em 2050;
  - contribuições voluntárias, na forma de ações, visando à redução do aumento previsto das emissões dos países em desenvolvimento, as quais sejam monitoráveis, comunicáveis e verificáveis (MRV);
  - aporte de recursos por parte dos países em desenvolvimento, para financiamento dessas contribuições voluntárias e assistência em ações de adaptação.

*O resultado alcançado ficou muito aquém dos objetivos postulados. Uma nova negociação que fosse vinculante a todos os signatários não foi con-*

*cretizada, tendo sido possível somente a assinatura do chamado Acordo de Copenhague, no qual se ratifica o compromisso de se limitar o aumento da temperatura em 2 °C e se convoca seus signatários a confirmarem suas propostas de compromissos unilaterais anunciadas durante a conferência. Alguns países desenvolvidos assumiram compromissos e metas mais ambiciosas do que foi posto em prática, logo, os que ganham menos esperam que os mais beneficiados façam mais. Se a distribuição destes benefícios é incerta e percebida diferentemente por cada um, mais uma vez reduz-se a chance de cooperação.*

- 7 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC).
- 8 Como é notório, o resultado alcançado ficou muito aquém dos objetivos postulados, sendo somente possível aprovar uma resolução com o chamado Acordo de Copenhague. Neste ratifica-se o compromisso de limitar o aumento de temperatura em 2 °C e de se apresentarem comunicações das emissões nacionais a cada dois anos. Em termos de metas, o acordo somente convoca seus signatários a notificarem suas propostas de compromissos anunciadas durante a conferência. Embora os principais poluidores, incluindo os Estados Unidos, o Japão, a Comunidade Europeia, a China, a Índia e o Brasil, já tenham feito esta notificação, essas metas informadas, além de serem apresentadas com métricas distintas, não são obrigatórias e, portanto, não são vinculantes à convenção.
- 9 Os combustíveis aeronáuticos atuais são classificados em três grupos. Existem a gasolina de aviação (Avgas), o querosene de aviação (Jet Fuel) e o diesel. No entanto, durante muito tempo, a gasolina automotiva foi o principal combustível dos motores de aviação. Depois dela, veio a gasolina de aviação, que se mostrou volátil, com baixo ponto de fulgor, sendo, portanto, um líquido muito inflamável nas temperaturas normais de operação. Com o acréscimo de aditivos no combustível, as misturas, que continuam sendo utilizadas, foram desenvolvidas entre os anos 1950 e 1960. O primeiro motor a jato, inventado pelo britânico Frank Whittle, usou o querosene "iluminante", uma vez que a gasolina estava escassa no Reino Unido pelo esforço da guerra. Mais de 50 anos depois, o querosene (não o iluminante) continua a ser o combustível primário dos jatos que movem as companhias aéreas e frotas militares. Nesse período, os avanços em *design* de motores de aviões expandiram enormemente o envelope de voo, e exigiram novos padrões de qualidade de combustível. Isso levou à introdução de uma variedade de tipos de combustíveis, para diversos fins e para o desenvolvimento de especificações, para garantir o atendimento aos requisitos em todas as condições de voo.
- 10 Vide também BETIOLO et al. (2009).
- 11 Agência especializada das Nações Unidas, criada em 1944 com 192 países-membros. Sua sede permanente fica na cidade de Montreal, Canadá. O Secretário-Geral da organização é a chinesa Fang Liu, desde agosto de 2015.
- 12 *Cirrus são nuvens que se formam na alta atmosfera. Elas estão entre 6 e 12 km de altitude, em uma temperatura inferior a 0° C. Por isso, são constituídas por cristais de gelo que, devido à ação dos ventos de grande altitude, ficam com a aparência de novelos muito finos de cabelo branco. Têm um aspecto delicado, sedoso ou fibroso, de cor branca e brilhante* (RHAMON).
- 13 Vide ANAC (2014)
- 14 A Clean Sky é o maior programa europeu de investigação, que desenvolve tecnologias inovadoras e de ponta destinadas a reduzir as emissões de CO<sub>2</sub>, gases e os níveis de ruído produzidos pelas aeronaves. Financiada pelo programa Horizonte 2020 da UE, a Clean Sky contribui para o reforço da colaboração entre as indústrias aeronáuticas europeias, a liderança global e a competitividade.
- 15 Posteriormente a estes dois ordenamentos jurídicos internacionais, a saúde passou à consagração de direitos fundamentais e a figurar em outros vários ordenamentos: Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 1966 (art. 12); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, em vigor desde 1989 (arts. 10-12, 14); a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos de 1981, em vigor desde 1986 (art. 16); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, em vigor somente desde 1999 (art. 10); a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, em vigor desde 1990 (art. 24); a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias de 1990, em vigor desde 2003 (arts. 28, 43, 45); a Carta Social Europeia de 1996, em vigor desde 1999 (ponto 11); a Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina de 1997, em vigor desde 1999 (art. 03); a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (art. 35), que somente com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa foi integrada ao direito primário europeu e tornou-se vinculante para os Estados membros da União Europeia; por fim, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006, em vigor desde 2008 (art. 25).

- 16 Segundo a ATAG, em 2017, a receita do setor girou em torno de US\$ 704 bilhões. São 10,2 milhões de pessoas empregadas na indústria aeronáutica. O total chega a 65 milhões de pessoas empregadas direta e indiretamente que, juntos, representam uma movimentação de US\$ 2,2 trilhões. São 1.586 empresas aéreas e 3.846 aeroportos comerciais espalhados pelo mundo. *Em todo o mundo, os voos produziram 859 milhões de toneladas de CO2 em 2017. Globalmente, os seres humanos produziram mais de 40 bilhões de toneladas de CO2.* A ATAG possui cerca de 50 membros em todo mundo. Seus membros financiadores desempenham um papel importante na ATAG e dedicam tempo e recursos substanciais à associação. Alguns dos membros são: Conselho Internacional de Aeroportos (ACI), Airbus, ATR, Boeing, Bombardier, Organização de Serviços de Navegação Aérea Civil (CANSO), CFM Internacional, Embraer, GE, Honeywell Aerospace, Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA), Pratt & Whitney, Rolls -Royce e Safran.

## REFERÊNCIAS

- AIR TRANSPORT ACTION GROUP (ATAG). *Facts & figures*. Geneva, 2019. Disponível em: <<https://www.atag.org/facts-figures.html>>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (Brasil). Brasil apoia a aprovação de resolução para redução de emissões de CO2 na aviação. *ANAC Notícias*, Brasília, DF, 7 out. 2016. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/noticias/2016/brasil-apoia-aprovacao-de-resolucao-para-reducao-de-emissoes-de-co2-na-aviacao>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (Brasil). Instrução Suplementar- IS. *Extintores de incêndio portáteis*, 2014. Disponível em: [http://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/consultas-publicas-encerradas/2014/cons03/minuta\\_de\\_instrucao\\_suplementar\\_is\\_20\\_003a.pdf](http://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/consultas-publicas-encerradas/2014/cons03/minuta_de_instrucao_suplementar_is_20_003a.pdf).
- BENITO, Emilio de. Aquecimento global aliado à crise econômica causou prejuízo de R\$ 2,03 trilhões em 2010. *UOL Notícias*, Madri, 28 set. 2012. *Jornais Internacionais*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/midiaglobal/el-pais/2012/09/28/aquecimento-global-aliado-a-crise-economica-causou-prejuizo-de-r-203-trilhoes-em-2010.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.
- BETIOLLO, Camila R.; ROCHA, Guilherme C.; MACHADO, Paulo R. C. Iniciativas da aviação para redução das emissões de CO2. In: SIMPÓSIO DE TRANSPORTE AÉREO (SITRAER), 8., 2009, São Paulo. *Anais[...]* São Paulo: EPUSP, 2009, p. 401-408.
- BLUHM, Bruno B.; PAMPLONA, Daniel A.; OLIVEIRA, Alessandro V. M. *Previsão de emissões de poluentes: estudo de caso dos voos domésticos do aeroporto de Petrolina*. In: SIMPÓSIO DE TRANSPORTE AÉREO, 14., 2015. São José dos Campos. *Anais[...]* São José dos Campos: Instituto Tecnológico de Aeronáutica, 2016, p. 191-198.
- CLEANSKY. About *Clean Sky, Brussels*, 2019. Disponível em: [http://www.cleansky.eu/index.php?arbo\\_id=35](http://www.cleansky.eu/index.php?arbo_id=35). Acesso em: 29 jan. 2019.
- DANTAS, Carolina. Metas do Acordo de Paris representam um terço do que é necessário para combater mudanças climáticas, diz ONU. *G1*, Rio de Janeiro, 31 out. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/metas-do-acordo-de-paris-representam-um-terco-do-que-e-necessario-para-combater-mudancas-climaticas-diz-onu.ghtml>. Acesso em: 9 fev. 2019.
- DE VILLA, Arturo Benito Ruiz. O impacto ambiental do transporte aéreo. *Archivo Digital UPM*, Madrid, Abr. 2009. Disponível em: [oa.upm.es/9538/1/INVE\\_MEM\\_2010\\_88087.pdf](http://oa.upm.es/9538/1/INVE_MEM_2010_88087.pdf). Acesso em: 1 fev. 2019.
- EUROPA mantém lei que obriga taxa por emissão de carbono de aéreas. *G1*, Rio de Janeiro, 9 mar. 2012. *Globo Natureza*. Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2012/03/europa-mantem-lei-que-obriga-taxa-por-emissao-de-carbono-de-aereas.html>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- FIGUEIREDO, Luiz Alberto Gomes. Motores e combustíveis e aviação. *Aero Magazine*, São Paulo, 29 jan. 2013. Especial. Disponível em: [https://aeromagazine.uol.com.br/artigo/motores-e-combustiveis-de-aviacao\\_808.html](https://aeromagazine.uol.com.br/artigo/motores-e-combustiveis-de-aviacao_808.html). Acesso em: 17 fev. 2019.
- GLOBO NATUREZA. Europa mantém lei que obriga taxa por emissão de carbono de aéreas. *G1*, 09 março 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2012/03/europa-mantem-lei-que-obriga-taxa-por-emissao-de-carbono-de-aereas.html>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- HARVEY, Fiona. Climate change is already damaging global economy, report finds. *The Guardian*, London, 26 sept., 2012. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2012/sep/26/climate-change-damaging-global-economy>. Acesso em: 29 jan. 2019.
- KNORRE, Leandro. Por que os aviões poluem tanto. *GreenMe*, São Paulo, 22 out. 2015. Disponível em: <https://www.greenme.com.br/locomover-se/transportes/324-por-que-os-avioes-poluem-tanto>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- NEGRI, Stefania. Saúde e Direito Internacional: algumas reflexões sobre a tardia afirmação de um direito fundamental. *Boletim Saúde*, Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 63-74, jul./dez. 2010.
- OLIVEIRA, Nielmar de. Cruz Vermelha: catástrofes naturais atingiram mais de 30 milhões de pessoas em todo o mundo em 2010. *EBC Memória*, Rio de Janeiro, 30 abr. 2011. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-04-30/cruz-vermelha-catastrofes-naturais-atingiram-mais-de-30-milhoes-de-pessoas-em-todo-mundo-em-2010>. Acesso em: 29 jan. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DE AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL. *ICAO*, Montréal, 2019. Disponível em: <http://www.icao.int/Pages/default.aspx>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- PENNER, Joyce E.; LISTER, David H.; GRIGGS, David J. et al. Aviation and the global atmosphere. Technical Report, Intergovernmental Panel on Climate Change: Geneva, 1999. Disponível em: [http://apps.unep.org/piwik/download.php?file=/publications/pmtdocuments/Aviation\\_global\\_atmosphere.pdf](http://apps.unep.org/piwik/download.php?file=/publications/pmtdocuments/Aviation_global_atmosphere.pdf). Acesso em: 17 fev. 2019.
- RHAMON, Diego. *Cirrus. Tempo João Pessoa*. Disponível em: <https://tempojoaopessoa.jimdo.com/nuvens/cirrus/>
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SEROA DA MOTTA, Ronaldo. A política nacional sobre mudança do clima: aspectos regulatórios e de governança. In: SEROA DA MOTTA, Ronaldo et al. *Mudança do clima no Brasil: aspectos econômicos, sociais e regulatórios*. Brasília: IPEA, 2011, p. 31- 42.
- SEROA DA MOTTA, Ronaldo. Barreiras comerciais nas políticas de regulação de gases de efeito estufa. In: SEROA DA MOTTA, Ronaldo et al. *Mudança do clima no Brasil: aspectos econômicos, sociais e regulatórios*. Brasília: IPEA, 2011, p. 211-232.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Artigo recebido em 2/3/2019.

Artigo aprovado em 4/6/2019.

David Augusto Fernandes é Professor Doutor da Universidade Federal Fluminense.



# A APLICAÇÃO RESTRITIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ECONOMICIDADE COMO ÓBICE ÀS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

## *RESTRICTIVE APPLICATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF ECONOMIC EFFICIENCY AS AN OBSTACLE TO THE SUSTAINABLE BIDDING PROCESS*

Seunes José da Silva

### RESUMO

Aponta que, mesmo com uma extensa legislação ambiental, os órgãos da Administração Pública deixam de realizar licitações e contratos administrativos estabelecendo critérios sustentáveis nos instrumentos convocatórios, fundados na economia de capital, dando ao termo economicidade, constante do art. 70 da Constituição Federal, uma errônea interpretação restrita que associa o seu sentido ao custo do objeto.

Demonstra que a cultura do menor preço está diretamente ligada ao receio de eventuais fiscalizações, ignorando-se o bem-estar social e o custo-benefício, que se amolda mais perfeitamente ao que se pretende conceber de conceito à economicidade.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo, sustentabilidade; economicidade; licitação sustentável; meio ambiente.

### ABSTRACT

*This text points out that, notwithstanding the Brazilian extensive environmental legislation, public agencies fail to conduct bids and administrative contracts presenting sustainable criteria within the bid notice, based on a capitalist economy. This has led to a restrictive misinterpretation of the term economic efficiency (set forth in article 70 of the Federal Constitution), associating its meaning with the cost of the object.*

*It shows that the culture of the lowest price is directly linked to the concern of occasional inspections, ignoring social welfare and cost-benefit, which are more perfectly in tune with what one intends to conceive in reference to economic efficiency.*

### KEYWORDS

*Administrative Law; Sustainability, economic efficiency; sustainable bid; environment.*

## 1 INTRODUÇÃO

Os grandes impactos ambientais começaram a surgir, principalmente, após os processos de industrialização desenvolvidos em todo o mundo, mais precisamente a partir do final do século XVIII, com o advento da Revolução Industrial. Tal revolução gerou maior agilidade na produção, visando essencialmente à produtividade e ao crescimento econômico, tendo como consequência a degradação desenfreada do meio ambiente com a poluição de rios, do ar, com a geração de resíduos, desmatamento etc.

Com foco no lucro e no poderio econômico, desconsidera-se a necessidade de equilíbrio e preservação do meio ambiente, ignorando-se que este é riqueza maior e que da natureza são extraídos os recursos necessários à continuidade dos processos produtivos e da vida humana.

Hoje, não há imprescindibilidade de extensos discursos a exemplificarem as consequências da exploração desenfreada dos recursos naturais e o desequilíbrio causado pela sociedade, no tocante às práticas destrutivas, consumadas não só nas grandes indústrias, mas principalmente no comportamento individual do cidadão.

O dever de preservação dos recursos naturais e do meio ambiente, que deveria ser ato voluntário de cidadãos e do Estado, passou a ser regulamentado por uma extensa legislação ambiental. Mesmo coexistindo disposições anteriores, nosso ponto de partida ou marco inicial será o Capítulo VI da CF/88, uma vez que as licitações e contratos da Administração Pública, objetos do presente trabalho, encontram sua regulamentação maior na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a chamada "Lei das Licitações".

Além das disposições constitucionais e infraconstitucionais que regem as contratações públicas, os gestores devem observar os princípios que norteiam o dever de licitar, previsto no art. 37, inc. XXI da CF/1988. Nessa esteira, o princípio da economicidade, com previsão contida no art. 70 da Carta Magna, tem sido aplicado sob a ótica pecuniária das contratações, o que, em muitos casos, afronta a razoabilidade e a própria dignidade humana, sendo impeditivo às contratações sustentáveis.

## 2 O "MONSTRO DA FISCALIZAÇÃO" E A CULTURA DO MENOR PREÇO

Visando garantir a observância do interesse público e a proteção dos direitos dos administrados, vários instrumentos e mecanismos de controle foram positivados em nosso ordenamento jurídico, com o intuito de garantir a limitação das atividades estatais que se concretizam nos atos praticados por seus agentes.

Como mecanismo de controle interno, de acordo com as palavras do professor Ricardo Alexandre (2018, p. 511-512), [...] *o regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração a prerrogativa de fiscalizar-lhes a execução. Para operacionalizar o acompanhamento e a fiscalização do*

*contrato, a Administração poderá designar um representante, em respeito ao disposto no art. 67 da Lei 8.666/1993.*

Da leitura literal do texto doutrinário supracitado, extrai-se a ideia de que, apenas após formalizado o contrato, haverá a designação de um agente responsável pelo acompanhamento e fiscalização daquela execução e que só a partir daí emergem as responsabilidades do gestor designado.

Na realidade, de acordo com a organização administrativa de cada entidade da Administração Pública, mesmo antes de iniciado o processo licitatório, os responsáveis pela gestão e fiscalização já são conhecidos, uma vez que a exposição da necessidade de contratar é feita por ato de tais agentes públicos, que se concretiza com a indicação do objeto e requisitos mínimos a constarem no edital, inclusive a modalidade de licitação pretendida.

Os gestores, sejam também fiscais ou responsáveis pela indicação destes, estão passíveis a toda forma de controle, desde o controle administrativo, aqui tratado como controle interno, até o controle social, exercido individualmente pelo cidadão, na persecução de um direito juridicamente tutelado, ou pela coletividade, nas ações de cunho social, e representada por quem possua legitimidade, observados os pressupostos estabelecidos na CF/1988 e na legislação extravagante.

**[...] a economicidade, princípio constitucional amplo, tem sido associada ao valor pecuniário do objeto a ser contratado pela Administração Pública, afastando a possibilidade de aquisição de bens e serviços que utilizem critérios sustentáveis em sua produção [...] ou durante a sua execução [...].**

Em linhas gerais e sem prejuízo de outros diplomas que positivem a responsabilidade dos agentes públicos em qualquer esfera, prescreve o § 6º do art. 37 da CF/88 que, no caso de responsabilização da Administração Pública por danos causados a terceiros, esta possui o chamado "direito de regresso" contra o agente que, nessa qualidade, tenha agido com dolo ou culpa, o que dissemina um extremo receio entre gestores e fiscais, submetendo-os a uma regra de contratações fundadas na economia de capital, impossibilitando as licitações sustentáveis.

Culturalmente, a economicidade, princípio constitucional amplo, tem sido associada ao valor pecuniário do objeto a ser contratado pela Administração Pública, afastando a possibilidade de aquisição de bens e serviços que utilizem critérios sustentáveis em sua produção, tratando-se de bens, ou durante a sua execução, no tocante às obras e serviços. Tal cultura fundamenta-se, erroneamente, na disposição contida no art. 70 da CF/88, que dispõe: *Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta*

*e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

A correta aplicação dos recursos disponíveis à Administração Pública é uma das maiores exigências em sede de controle, uma vez que a fonte deles é o próprio cidadão que, atualmente, tem demonstrado maior preocupação com o destino dado aos recursos oriundos do esforço individual de cada integrante da sociedade, exigindo, cada vez mais, o retorno aspirado.

Por outro lado, há de se observarem as consequências emergentes de uma contratação pública analisada a longo prazo, pois não nos parece razoável pagar um menor preço hoje, fundado na mera economia de capital, ligando a economicidade ao menor preço, maior desconto ou qualquer outro critério que resulte em menos gasto.

Futuramente, a mesma Administração Pública, que agora poupa recursos, reparará os danos ambientais causados pela errônea interpretação da norma constitucional e pelo temor excessivo de que, incidindo uma eventual fiscalização financeira e orçamentária, surja a necessidade de fundamentar a opção por uma contratação que implique maiores investimentos, fundada no desenvolvimento nacional sustentável.

Como preceitua Gustavo Massa (2010, p. 33), *a visão restritiva da economicidade como mera economia de recursos, redução de custos, sem levar em conta a finalidade, não faz jus à real dimensão da economicidade, que deve ser analisada em sede de controle*. Na visão do autor, a economicidade, com o fito de obter o menor custo, não deve ser analisada dissociada do benefício social almejado.

92

### ***A promoção de um desenvolvimento nacional sustentável não pode estar atrelada ao período de execução de um contrato administrativo, uma vez que, no cenário atual de preservação do meio ambiente, deve ser vista como necessidade essencial de longo prazo.***

Diante disso, cabe observar que o art. 3º da Lei 8.666/93, em sua primeira parte, prescreve que a licitação destina-se, dentre outras finalidades, à observância da proposta mais vantajosa para a administração e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, o que, mais uma vez, leva-nos a enfatizar a má interpretação dada à norma, uma vez que a vantagem não se liga unicamente ao preço do objeto a ser contratado, mas também, e principalmente, aos benefícios gerados em prol da sociedade na boa gestão dos recursos públicos, em respeito ao princípio da eficiência.

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável encontra suas bases na própria dignidade humana, que é o alicerce de todos os direitos previstos na CF/88. Nessa esteira, a economicidade estrita não se mostra como fundamento a justificar as contratações não sustentáveis, já que a economicidade prevista no art. 70 da CF/88 não tem sua abrangência delimitada e, portanto, não há como presumir se, em caso de eventual fiscalização, será aferida em sentido amplo ou estrito, tornando,

mais uma vez, clara a cultura do menor preço.

Ressalte-se, por fim, que não há previsão no regime jurídico das contratações públicas, com exceção do disposto no art. 3º da Lei 12.462/11, que trata do regime diferenciado de contratações, no sentido de que o princípio da economicidade seja aplicado como princípio basilar das contratações realizadas pela Administração Pública, o que nos traz a visão de uma infundada cultura de economia de capital a justificar a ausência de contratações sustentáveis.

Por outro lado, o desenvolvimento nacional sustentável é norma de observância obrigatória, posta em todo o arcabouço legislativo que rege as licitações públicas, a exemplo dos arts. 3º das Leis 8.666/93 e 12.462/11, e emerge diretamente da disposição contida no art. 225 da Constituição Federal, que exige um meio ambiente absolutamente propício à perpetuação da vida.

## **3 LIMITES E ABRANGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE**

### **3.1 CONCEITO DE ECONOMICIDADE**

É incontestável que os valores e hábitos de nossa sociedade não seguem adstritos a uma esfera de conhecimento isolada, antes necessitam de uma dinâmica interdisciplinar na aplicação das regras atinentes ao Direito e aos princípios a ele correlatos. Nesse sentido, o princípio constitucional da economicidade deve ser observado, aplicado, a partir de uma visão holística, e amoldado aos limites impostos pelos elementos delineadores de sua eficácia.

A expressão “economicidade”, no debate jurídico, não deve se confundir com a definição atribuída ao termo economia, uma vez que esta busca a concretização de determinados objetivos com o menor custo possível, com foco na redução de investimentos e aumento do lucro, sem considerar valores sociais, ambientais ou principiológicos, enquanto aquela engloba, em seu conceito, além das definições oriundas das ciências econômicas, tantos outros que surgiram com as atuais necessidades e anseios da sociedade moderna.

A maior parte de nós cidadãos e ainda que, com um mínimo conhecimento jurídico, entende que a norma emerge de uma manifestação fática no seio da sociedade e, se tal manifestação for capaz de provocar relevantes alterações no mundo do Direito será qualificada e terá sua aplicação direcionada à resolução dos conflitos oriundos daquele fato social que, a partir de sua relevância no plano das ciências jurídicas, deverá adquirir *status* de fato jurídico, surgindo a necessidade de definir se aquela é norma legal, moral ou qual a roupagem que ela assumirá e quais dos interesses, difusos ou coletivos, deverá regulamentar.

A necessidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado não é mais uma perspectiva futura e sim uma realidade que se reveste de urgência nas ações protetivas e de prevenção de danos que tenham o poder, ainda que coercitivo, de garantir às futuras gerações um meio ambiente propício à plenitude da vida.

Aspiramos uma adequada aplicação do princípio da economicidade, que se concretiza não apenas pelo valor pecuniário atribuído ao objeto, mas também pelos benefícios proporcionados à sociedade em geral, devendo ser aplicado com a observância do custo da contratação, buscando-se a proposta

mais vantajosa, mas também os benefícios gerados ao seu destinatário final, o que não reduz a vantagem do contrato firmado e se amolda à nova ideia de custo-benefício.

Assim, ressaltamos que, no nosso entendimento, economicidade é o princípio constitucional, de amplitude alargada, que obriga os gestores públicos a observarem, além do valor pecuniário do objeto a ser licitado, os benefícios gerados em prol do cidadão e o adequado reinvestimento dos valores oriundos dos resultados de sua aplicação com fito na responsabilidade social e adequada gestão fiscal, entendida a responsabilidade social como o dever imposto a um sujeito de assumir as consequências de um evento ou uma ação que impactem direta ou indiretamente a sociedade.

### 3.2 LIMITES IMPOSTOS À ECONOMICIDADE ANTE O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

O regime jurídico das contratações públicas está subordinado à aplicação de princípios de cunho fundamental, alguns de aplicação lógica e que não exigem demasiada capacidade hermenêutica, como os previstos no art. 37 da CF/88, e outros de maior complexidade, que demandam uma cautelosa interpretação, entre eles o princípio da economicidade e o do desenvolvimento nacional sustentável, fundados na própria dignidade humana, que, como ensina Luís Paulo Sirvinskas (2008, p. 187): *[...] é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunidade com os demais seres humanos.*

No tocante às contratações da Administração Pública, a lei geral das licitações, no art. 3º, exige a garantia de observância, entre outros, dos princípios da isonomia, da proposta mais van-

tajosa e do desenvolvimento nacional sustentável, este último inserido pela Lei n. 12.349/10, que tem sido mitigado pela aplicação restritiva e desarrazoada de critérios de redução de custo que, no mais das vezes, não refletem em maiores investimentos em prol da sociedade, destinatária final das políticas públicas resultantes dos contratos realizados pela Administração.

Nesse cenário, surge um conflito que tem levado os gestores a desconsiderarem a amplitude da economicidade e a necessidade de prezar por um meio ambiente livre de danos causados por contratações que não levam em consideração o bem-estar social, sem a adoção de critérios de sustentabilidade quando da realização das licitações públicas.

O conflito se configura no momento em que, por exclusiva observância da redução de custos, têm atenção apenas os princípios previstos no art. 70 da CF/88 e outros poucos do regime geral de licitações, no intuito quase desesperado de se demonstrar aos órgãos de controle que os atos praticados nas contratações públicas não geram desperdício de recursos oriundos do cidadão, porém são desconsiderados os princípios que, no nosso entendimento, impõem direitos fundamentais que não poderiam ser mitigados sem a ponderação do que seja economicidade.

Como exemplo de tal mitigação de direitos, temos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 226 da carta da República, que deixa de ser aplicado pela suposição de que a adoção de políticas ou critérios sustentáveis poderá tornar o processo licitatório excessivamente oneroso para a Administração Pública, porém, em defesa do bem-estar das futuras gerações, deverá haver uma ponderação entre o custo e os benefícios em prol de toda a coletividade, pois como preceitua Alexandre de Moraes (2018, p. 912): *[...] O meio ambiente deve, portanto, ser considerado patrimônio comum de toda a humanidade para garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras, direcionando todas as condutas do poder público estatal no sentido de integral proteção legislativa interna e adesão aos pactos e tratados internacionais desse direito hu-*

*mano fundamental de 3ª geração para evitar prejuízos à coletividade.*

Nesse sentido, o princípio da economicidade deve sofrer limitações quando confrontado com o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado e com o do desenvolvimento nacional sustentável, que mantêm ligação direta e derivam da própria dignidade humana, na medida em que esta dignidade não pode adquirir valoração unicamente pecuniária, pois se trata de princípio basilar de todo o sistema normativo brasileiro, ressaltando que a nossa Constituição Federal não foi construída a baixo custo.

A promoção de um desenvolvimento nacional sustentável não pode estar atrelada ao período de execução de um contrato administrativo, uma vez que, no cenário atual de preservação do meio ambiente, deve ser vista como necessidade essencial de longo prazo. Diríamos inclusive que o bem-estar social fundado num meio ambiente preservado deve ser eternizado, por serem os danos ambientais, em sua grande maioria, irreversíveis ou passíveis apenas de compensação, o que não restaura os recursos em sua integralidade.

Desse modo, deverá o gestor manter-se atento para possíveis ponderações em relação à aplicação da economicidade no tocante ao desenvolvimento sustentável, ainda que os contratos sob sua gestão e fiscalização reflitam maior onerosidade, além de adotar critérios sustentáveis, pois, no nosso entendimento, não é razoável que se faça uma redução de custos hoje e no futuro a mesma Administração Pública realize vultosos investimentos na recuperação do meio ambiente degradado.

### 3.3 ABRANGÊNCIA DA ECONOMICIDADE NO DEBATE JURÍDICO

A doutrina é unânime quanto ao entendimento de que não há uma definição ontológica para o Direito, sendo definido de acordo com a esfera na qual esteja inserido. O mesmo critério conceitual deve ser dado às expressões comuns a outras ciências como, por exemplo, a economia, berço da expressão economicidade, que, no contexto moderno e de proteção do meio ambiente, deve delinear objetivos socioeconômicos.

No âmbito das contratações realiza-

das pela Administração Pública, é impensável uma interpretação do princípio da economicidade restando estabelecidos critérios meramente econômicos, uma vez que a aplicação deste princípio deve ser precedida de um exercício sistemático de hermenêutica constitucional, a ser norteada e permeada pelo ecletismo de valores do Direito. Portanto, todos os contratos firmados pela Administração Pública deverão contribuir para um desenvolvimento sustentável, este equacionando todos os valores concretizados no sistema jurídico.

Fortalecendo a ideia de abrangência desse princípio, que perpetua seus efeitos para além dos limites temporais e pecuniários impostos pelas ciências econômicas, ensina Viviane Fernandes (2014, p. 201): [...] *ao incluir os parâmetros de sustentabilidade nas licitações e contratações públicas, a Administração adotou papel preventivo e fundamental, evitando que fabricantes de produtos e fornecedores de bens e serviços, por ela contratados, atuem de maneira danosa ao meio ambiente.*

Analisada sob o prisma do Direito, a economicidade se despirá de sua roupagem restrita ao custo e assumirá, sobretudo, aplicabilidade a longo prazo, que permitirá a utilização dos recursos suficientes à realização de contratos que estabeleçam critérios delineadores de um desenvolvimento nacional sustentável. Nesse sentido, ainda que sejam aplicados volumes maiores de recursos públicos, o investimento deverá ser justificado pelo benefício social alcançado, revestindo de eficácia o moderno e abrangente conceito de economicidade.

#### 4 LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS COMO POLÍTICAS PÚBLICAS

Direta ou indiretamente, as contratações realizadas pela Administração Pública geram impactos na vida do cidadão comum, seja por usufruir ele diretamente do objeto licitado ou por ser o verdadeiro financiador dos custos com a manutenção do Estado. Por tal razão, entendemos que a promoção da sustentabilidade e da colaboração para um meio ambiente ecologicamente equilibrado deve assumir caráter de política pública.

As contratações da Administração Pública, tanto as regidas pelas normas regulamentadoras do dever de licitar, quanto as realizadas no exercício de competências discricionárias, devem exprimir escolhas ditadas por políticas públicas e implementadas de acordo com normas jurídicas que viabilizem a concretização do interesse público.

A aquisição de um objeto, a contratação de um serviço ou mesmo a realização de uma obra pública pela Administração poderá gerar impactos negativos sobre o meio ambiente, por isso acreditamos que a opção por produtos, serviços ou obras menos degradantes do meio ambiente é a saída para que os órgãos públicos contratem sem obstar o desenvolvimento nacional sustentável, observando e adequando-se às obrigações constitucionais e legais de proteção do meio ambiente (art. 23, VII e 225 da CF/88, por exemplo).

Não seria compreensível um Estado democrático de Direito operante sem a promoção de políticas públicas previamente definidas, o que não é responsabilidade de um gestor isolado, mas de todos os órgãos da Administração Pública, que devem prever critérios para contratações sustentáveis nas disposições editalícias ou mesmo por normatização interna.

A exemplo do acima exposto, citamos a Portaria 61, de 15 de maio de 2008, do Ministério do Meio Ambiente, que estabelece práticas de sustentabilidade ambiental a serem observadas pelo próprio Ministério e suas entidades vinculadas quando da realização de procedimentos licitatórios.

Determina que os órgãos e entidades formulem exigências reductoras de danos ao meio ambiente, nos editais de licitações para a contratação de obras, serviços e compras, tais como as de utilizar materiais recicláveis, dispor de vida útil mais longa, conter menor quantidade de materiais perigosos ou tóxicos, consumir menor quantidade de matérias-primas e energia, orientar cadeias produtivas e práticas sustentáveis de gerenciamento e gestão.

Com muita sabedoria, ensinam Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti (2009, p.33): *O Estado participa dos esforços preservacionistas tanto como consumidor quanto como regulador, ao utilizar-se de suas contratações como instrumentos de política pública, que incentiva a produção de bens, serviços e obras sustentáveis, tornando-se instrumento de fomento de novos mercados, gerando emprego e renda compatíveis com a prioridade estratégica com que também a economia internacional tem conferido preferência às empresas que pautam suas atividades produtivas segundo normas de proteção ao meio ambiente.*

Se aplicado de maneira restrita, o princípio da economicidade importará apenas na comprovação de que o gestor, independentemente do bem-estar social viabilizado por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, atendeu à disposição contida no art. 70 da CF/88 em caráter preventivo, o que, no nosso entendimento, destoa da literal interpretação da previsão constitucional, já que a fiscalização financeira e orçamentária, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 52), é a atividade de caráter fiscalizatório que a Administração *prática em relação a determinado ato ou conduta já consumados.*

Por fim, ressalte-se que a realização ou efetivação das políticas públicas não é responsabilidade de um ou outro órgão da Administração e sim de todo o Estado, devendo ser considerados os investimentos públicos nas licitações sustentáveis, vislumbrando a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como benefício social e não como desperdício do dinheiro público.

#### 5 SUSTENTABILIDADE COMO NORMA COGENTE E A SUPERAÇÃO DA MERA ECONOMIA DE CUSTOS

Como já demonstrado, não existe previsão legal da economia de custo como princípio basilar a ser observado pelos gestores na realização de licitações e contratos administrativos, antes há exigência de que a licitação garanta a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, previsão contida no art. 3º da Lei n. 8.666/93 e regulamentado pelo art. 4º do Decreto n. 7.746, de 5 de junho de 2012.

O referido Decreto visa superar o desafio da eleição de critérios sustentáveis nas licitações, sem ferir o princípio da igualdade entre os participantes do certame e possibilita segurança jurídica para que gestores realizem contratações sustentáveis sem o receio de ferir a economicidade restrita que não serve ao

debate jurídico e gera óbices às licitações sustentáveis.

Nessa esteira, a visão do TCU serve de orientação aos gestores que poderão pautar sua conduta na eleição de critérios para a definição do objeto a ser contratado, habilitação e demais opções para facilitar a realização de contratações de forma sustentável, restando superada a má interpretação da disposição contida no art. 70 CF/88, uma vez que este corte é, na esfera federal, o principal agente controlador dos atos administrativos, sem prejuízo dos demais órgãos de controle.

#### 5.1 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL SOB A ÓTICA DO DECRETO 7.746/2012

Nas contratações públicas o gestor deve, inicialmente, definir a necessidade administrativa e o bem ou serviço a ser contratado e, sob a ótica ambiental, a escolha deverá recair sobre bens ou serviços que tenham um menor impacto ambiental. Surge nesse momento a necessidade de observância das diretrizes sustentáveis estabelecidas no art. 4º do Decreto 7.746/12, que dispõe: [...] *são considerados critérios e práticas sustentáveis, entre outras:*

*I – baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;*

*II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;*

*III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;*

*IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;*

*V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;*

*VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;*

*VII – origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; e*

*VIII – utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.*

Vale observar que não estamos adstritos apenas à redação do dispositivo supracitado, pois os critérios sustentáveis encontram regulamentação e definição numa extensa normatização ambiental, muitas vezes desconsiderada pelo temor gerado pelo “monstro da fiscalização financeira e orçamentária”.

O ciclo de vida e a logística reversa são definidos na Lei n. 12.305/10, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Temos por ciclo de vida o desenvolvimento do produto, obtenção de matérias-primas e insumos, produção, consumo e disposição final, fortalecendo o afastamento do critério meramente econômico na definição do objeto.

A Lei n. 13.576/09, a respeito dos procedimentos de reciclagem, gerenciamento e destinação final de lixo eletrônico, a exemplo, dispõe em seu art. 3º: *Para os efeitos desta Lei, entende-se por: VII – destinação final ambientalmente adequada: destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos; [...]*

***Nas contratações públicas o gestor deve, inicialmente, definir a necessidade administrativa e o bem ou serviço a ser contratado e, sob a ótica ambiental, a escolha deverá recair sobre bens ou serviços que tenham um menor impacto ambiental.***

Ainda no tocante à legislação ambiental, podemos citar a Resolução Conama 237, de 1997, que exige licenciamento ambiental para os empreendimentos considerados potencialmente poluidores, o que fortalece ainda mais a necessidade de preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado fundado na dignidade humana.

O que nos gera repúdio é que ainda antes da edição do referido decreto e das leis acima citadas, já havia previsão no art. 6º, IX, da Lei de Licitações, de critérios sustentáveis ao exigir que *o projeto básico deve trazer o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares que asseguem a viabilidade técnica e o adequa-*

*do tratamento do impacto ambiental do empreendimento*, o que apenas foi reforçado pelos novos dispositivos legais.

É certo que a edição do Decreto em análise reforça o caráter cogente do desenvolvimento nacional sustentável e fornece a fundamentação necessária para que os órgãos administrativos promovam licitações sustentáveis, universalizando e positivando a carga hermenêutica necessária à interpretação do art. 3º da Lei n. 8.666/93.

#### 5.2 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Sem prejuízo da importância dos demais órgãos de controle, a Corte de Contas da União, além da fiscalização contábil e patrimonial, deverá garantir o devido respeito aos princípios consagrados no art. 37 da CF/88 e aos próprios fins do Estado previstos nos arts. 1º e 3º da Carta Magna, que são projeção dos postulados da dignidade humana.

Por essa razão, entendemos ser competência daquela Corte fiscalizar o cumprimento, por parte do Poder Público,

das ações previstas nos incisos constantes do art. 225 da CF/88, que buscam efetivar a proteção do meio ambiente, o que já se constata pelas atuais manifestações jurisprudenciais que brotam de seus julgados, afastando supostas ilegalidades no estabelecimento de critérios sustentáveis nos certames, o que bem se exemplifica no trecho de Acórdão do TCU: *REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. FALHA NO EDITAL DE LICITAÇÃO. REQUISITOS DE HABILITAÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL ESPECÍFICA. OITIVA PRÉVIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO.*

[...] *4.8 Por fim, ressalte-se que o entendimento ora esposado se coaduna com a jurisprudência desta Corte, que vem se manifestando no sentido de que, nos processos licitatórios, devem ser observados aspectos referentes*

à legislação ambiental, a exemplo dos Acórdãos 1332/2007 – Plenário, 1084/2008 e 2949/2008, ambos da 2ª Câmara. Rel. Min. Sherman Cavalcanti (2008, p. 2)

Ainda no mesmo sentido, o de afastar a ilegalidade relativa da exigência de cumprimento da legislação ambiental como critério de habilitação, convergem os Acórdãos ns. 1.084/08 e 2.949/08, da 2ª Câmara, e os ns. 1.332/07 e 1.283/07, proferidos em plenário, relatados pelo Min. Benjamim Zimler.

A corte de contas tem-se posicionado favoravelmente ao estabelecimento de critérios sustentáveis nas licitações, gerando maior segurança e precedentes àqueles gestores que, ainda que maculados pela cultura do menor preço e receio de eventuais contratos onerados por esses critérios, desejem fundar suas contratações no desenvolvimento nacional sustentável, que é exigência legal que não pode ser desconsiderada por critérios de economia.

Para solidificar a visão do TCU, damos o devido destaque à Instrução Normativa n. 1/2010, que contém as especificações necessárias para a aquisição de bens e contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelecendo que tais instrumentos convocatórios deverão incluir critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas. Dispõe a referida instrução: *Art. 3º Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço, deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e classificação das propostas. Art. 4º Nos termos do art. 12 da Lei n. 8.666, de 1993, as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo, para contratação de obras e serviços de engenharia, devem ser elaborados visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental...*

Tal instrução deixa à disposição dos gestores públicos exemplos de como realizar as contratações, o que, no nosso entendimento, retira quaisquer óbices impostos às licitações sustentáveis e fornece o embasamento necessário a justificar todo questionamento quanto à legalidade, isonomia ou economicidade, uma vez que traz especificações adequadas a cada espécie de contratação.

Por tudo que se expõe, não é admissível que, com vistas à mera economia de custos, seja desconsiderado, além da legislação ambiental, todo o entendimento proferido e solidificado pelo Tribunal de Contas da União favoravelmente ao desenvolvimento nacional sustentável, a fim de promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as exposições, entendemos que não há necessidade de extensos discursos ambientalistas para que se compreenda ser necessário preservar hoje para poder viver amanhã em um meio ambiente ecologicamente equilibrado e não em um mundo comprado a baixo custo.

A disposição contida no art. 70 da CF/88 não pode justificar aquisição de bens e serviços sem que haja uma verdadeira

e moderna compreensão de economicidade, que engloba não só o preço do objeto, mas também o benefício gerado ao cidadão comum, destinatário final dos contratos firmados pela Administração Pública.

Necessário seja dispensado o devido respeito aos princípios que regem as licitações públicas, entre eles o desenvolvimento nacional sustentável que, como demonstramos, não pode ser mitigado por qualquer princípio que não seja fundamental a tais contratações.

Com muita precisão, o TCU tem tomado decisões que nos fazem elevar nossos olhares para um mundo onde é possível contratar preservando-se a dignidade humana, com previsões editalícias que estabeleçam critérios sustentáveis, cientes de que os órgãos de controle já atentam para o verdadeiro sentido do valor da vida e de que jamais será necessária uma extensa fundamentação a justificar as contratações sustentáveis.

O art. 225 da CF/88 exige do poder público as práticas necessárias à conservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Lei geral das licitações, 8.666/1993, guia-nos na promoção do desenvolvimento nacional sustentável, e a legislação ambiental mostra-nos o caminho da realização. Por isso entendemos não se justificar, nos dias atuais, pagar pouco na aquisição e gastar excessivamente na recuperação do meio ambiente, geralmente degradado de maneira irreversível.

Cuidar da vida não é faculdade do administrador e sim dever de uma boa gestão, em busca de um completo Estado de Direito fundado no princípio maior da existência, a dignidade humana, que é base para todo o ordenamento jurídico e não abre margem a qualquer outra interpretação.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 2001*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm). Acesso em: 18 set. 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012*. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm). Acesso em: 20 nov. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=636>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010*. Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2578C7A760157902EAE95161E>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Modalidades de controle. In: *Tratado de direito administrativo: controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 36-55.
- FERNANDES, Viviane Vieira da Silva. O papel da fiscalização contratual no desenvolvimento nacional sustentável. In: *Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.193-216.

MASSA, Gustavo. *O Princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.  
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.  
PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.  
SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela constitucional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Artigo recebido em 28/2/2019.

Artigo aprovado em 6/3/2019



## ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE: limitações constitucionais

### *ACCUMULATION OF POSITIONS, JOBS OR PUBLIC POSTS WITHIN THE HEALTH SECTOR: CONSTITUTIONAL LIMITATIONS*

Ingrid Bispo dos Santos

#### RESUMO

Debate a vedação, exceções e requisitos permissivos para a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apontando a ausência de delimitação do conceito de compatibilidade de horários e sua afetação no caso de profissionais de saúde, em face do princípio da eficiência na prestação do serviço público.

Analisa hipótese de responsabilidade civil do Estado pela culpa do serviço quando este se mostrar negligente em relação à fiscalização exercida sobre a acumulação dos citados profissionais, que resultem em danos materiais e/ou morais aos destinatários do serviço público.

#### PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; acumulação de – cargo, emprego, função pública; profissional da saúde; princípio da eficiência; responsabilidade civil do Estado.

#### ABSTRACT

*This paper explores the prohibition, exceptions and permissive requirements for the accumulation of public offices, jobs or posts set forth in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. It highlights the lack of definition regarding the compatibility of working hours in connection to health professionals, considering the principle of efficiency in the rendering of public service.*

*It considers the civil liability of the State in the case of failure to supervise the accumulation of positions held by said professionals, whenever it may result in material or moral damages to the end-users of such services.*

#### KEYWORDS

*Administrative Law, Position, job, public post – accumulation of; health professional; principle of efficiency; civil liability of the State.*

## 1 INTRODUÇÃO

Eficiência e Administração Pública são elementos que devem estar sempre atrelados. É necessário para a consecução da finalidade administrativa, o interesse público, que a atuação dos agentes incumbidos da função administrativa alcance um resultado eficiente.

Deve-se lembrar que, de acordo com a teoria da Administração, eficiência significa, basicamente, atingir objetivos com o mais reduzido custo. Megginson et al (1998, p. 11) definem eficiência como: [...] *a capacidade de “fazer as coisas direitas”, é um conceito matemático: é a relação entre insumo e produto (input e output). Um administrador eficiente é o que consegue produtos mais elevados (resultados, produtividade, desempenho) em relação aos insumos (mão-de-obra, material, dinheiro, máquinas e tempo) necessários à sua consecução. Em outras palavras, um administrador é considerado eficiente quando minimiza o custo dos recursos usados para atingir determinado fim. Da mesma forma, se o administrador consegue maximizar os resultados com determinada quantidade de insumos, será considerado eficiente.*

A partir do conceito acima, visualiza-se que é essencial para o bem do ofício de administrar que se incluam como norteadores de tal atividade parâmetros mensuradores de eficiência; assim, o administrador estará sempre ciente em relação à necessidade e à possibilidade ou não de reduzir custos com vistas à realização dos objetivos firmados.

Daft (1999, p. 39) também define eficiência: *Eficiência é um conceito mais limitado que diz respeito aos trabalhos internos da organização. A eficiência organizacional é o volume de recursos utilizados para produzir uma unidade de produto. Ela pode ser medida como a razão entre as entradas e as saídas. Se uma organização puder conseguir um determinado nível de produção com menos recursos que*

*outra, diz-se que ela é mais eficiente*

Chiavenato (1994, p. 70) trata a definição de eficiência da mesma maneira que os autores supracitados: *Eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados [...] A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível.*

**[...] o objetivo do Estado brasileiro ao pensar em inserir a eficiência entre os nortes da sua função de administrar o interesse público baseou-se no intuito de buscar minimizar o “inchaço” da máquina estatal [...]**

Tendo em vista a significação do vocábulo eficiência entre os autores da ciência da Administração, Gasparini (2005, p. 21) entende que *o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade*

Portanto, em virtude do apresentado, buscar-se-á relacionar o princípio da eficiência, primeiramente, especificando seu surgimento e aplicação no âmbito da prestação de serviços públicos, com a delimitação do conceito de compatibilidade de horários como requisito à acumulação de cargos, empregos e funções públicas na área de saúde, e a possibilidade de responsabilizar o Estado, de acordo com a teoria da culpa do serviço, em caso de atuação desconforme ao princípio da eficiência por parte de agentes públicos que cumulem cargos, empregos ou funções públicas na área de saúde.

## 2 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O princípio da eficiência não integra a CRFB/88 quando esta foi produzida pelo Constituinte Originário. Sua presen-

ça constitucional é fruto do trabalho do Constituinte Derivado, o qual no ano de 1998, por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, modificou o art. 37 da CRFB/88, colocando a eficiência lado a lado com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, como princípio constitucional relacionado à Administração Pública.

O conceito de eficiência é bastante intuitivo, emprestado da ciência da Administração com o objetivo de auxi-

liar na migração de uma Administração Pública brasileira calcada, principalmente, na burocracia para um caráter mais gerencial. Maria Sylvia Di Pietro (2016, p. 114-115), citando o Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995, afirma: *Trata-se de ideia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que “reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – quanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente.”*

Observa-se que o objetivo do Estado brasileiro ao pensar em inserir a eficiência entre os nortes da sua função de administrar o interesse público baseou-se no intuito de buscar minimizar o “inchaço” da máquina estatal,

afastando-se da estrutura burocrática para dar espaço a um sistema mais aberto e com limites mais flexíveis.

Matheus Carvalho (2017, p. 78) aduz que: *Eficiência é produzir bem, com qualidade e com menos gastos. Uma atuação eficiente da atuação administrativa é aquela realizada com presteza e, acima de tudo, um bom desempenho funcional. Buscam-se sempre melhores resultados práticos e menos desperdício, nas atividades estatais, uma vez que toda a coletividade se beneficia disso.*

Meirelles (1996, p. 20) define o dever de eficiência do administrador público como aquele: [...] *que impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.*

Já nas palavras de Alexandre de Moraes (2002, p. 317): *O princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício e suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa eficaz, sem burocracia sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.*

Maria Sylvia Di Pietro (2016, p. 114) cuida de dividir o princípio da eficiência em duas faces, uma subjetiva ligada à maneira de agir do agente público e outra objetiva referente à estrutura da Administração Pública: *O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.* (grifos da autora)

Diante do exposto, a ideia é evitar que haja acumulação de cargos, empregos e funções públicas, como prescreve o princípio da Administração Pública em matéria de eficiência no exercício da função pública.

### 3 DA ABRANGÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS REFERENTES À ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS

#### 3.1 DO CARGO, DO EMPREGO E DA FUNÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, cabe esclarecer, conceitualmente, o que é considerado cargo, emprego ou função pública.

A definição de cargo público pode ser extraída do art. 3º da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990: *Art. 3º. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (BRASIL, 1990).*

Infere-se, então, que o cargo público constitui uma série

de encargos atribuídos a um servidor, em regra, brasileiro, que deve ser criado mediante lei formal e material, possuir denominação específica e ter os vencimentos/remuneração do servidor pagos pelo Poder Público, podendo ser de caráter efetivo ou comissionado (de livre nomeação e exoneração).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p.259), *cargos públicos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas.*

O emprego público não possui conceituação legal explícita, entretanto, o art. 1º da Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, a qual disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, diz: *Art. 1º O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.*

Depreende-se que emprego público é o exercício de atribuições públicas não regidas por Estatuto próprio, mas sim pela Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 260) diz que *empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista.*

Matheus Carvalho (2017, p. 784) alude que a contratação de agentes públicos na modalidade emprego público é restrita a algumas situações: [...] *salvo situações excepcionais, a contratação de empregados sob o regime da CLT para prestação de serviços na Administração Pública fica limitada aos entes de direito privado, quais sejam, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas regidas pelo direito privado. Pelo fato de se submeterem a regime de direito privado, a estas entidades não se admite a nomeação de servidores sob regime estatutário, com as prerrogativas constitucionais e legais inerentes ao regime de cargos públicos. Estes agentes têm vínculo permanente com o Estado, com prazo indeterminado, sob relação de emprego, sendo-lhes aplicável o regime da CLT, subsidiariamente às normas estipuladas por lei específica.*

A função pública também não possui definição legal, ficando a encargo da doutrina conceituá-la e, inclusive, diferenciá-la do cargo público.

Diogo de Figueiredo Neto (2014, s.n.) ressalta que: *A ideia de função se reporta ao conjunto de atividades a serem desempenhadas pelo servidor público, a serem legalmente explicitadas, ordenadas, especializadas e coordenadas, de modo a suprirem as necessidades operativas do serviço público. Cada uma dessas atividades se denomina atribuição, de sorte que uma função pública pressuporá sempre o cometimento de uma ou mais atribuições a quem a desempenhe.*

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 260), *funções públicas são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche (art. 37, V, da Constituição). Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidos por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos servidores de carreira, cujo mínimo será fixado por lei.*

Diogo de Figueiredo Neto (2014, s.n.) ocupa-se de diferenciar cargo público e função pública, salientando que, no mundo jurídico, podem ser encontrados de forma coligada ou de modo independente: *Se a todo cargo correspondem funções, a recíproca não é verdadeira, pois a lei poderá cometer o desempenho de funções públicas mesmo a quem não esteja sob vínculo estatutário, como sucede com o contrato para o desempenho de serviços de caráter temporário. Fora do Direito Administrativo, encontra-se, também, a função sem cargo, quando há cometimento do chamado *múnus público*, como ocorre, por exemplo, para o exercício da função de jurado, à qual não corresponde cargo algum de jurado, ou para a função de mesário em época de eleições, que tampouco se vincula a um cargo.*

Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 275) também cuida de realizar a distinção entre cargo público, incluindo o emprego público, da função pública: *Todo cargo ou emprego público tem função, mas pode haver função sem cargo e sem emprego. A função sem cargo e sem emprego é denominada função autônoma, que na forma da Constituição atual, abrange: A função temporária – exercida por servidores temporários na forma do art. 37, IX, da CF – e a função de confiança – prevista no art. 37, V, da CF, e exercida exclusivamente por servidores públicos titulares de car-*

*gos efetivos e que se destinam a apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.*

### 3.2 DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

O art. 37, incisos XVI e XVII, da CF/88 versa acerca da vedação de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, ao dispor, respectivamente, que é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos e que a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.

**[...] a regra é a vedação constitucional à acumulação de cargos, empregos e funções públicas; porém, existem exceções no próprio corpo da Constituição, contanto que observados alguns requisitos [...]**

Contudo, o disposto acima compõe regra constitucional, a qual a própria CF/88 cuida de excepcionar-se, valendo-se da segunda parte do inciso XVI do art. 37 da CF/88 e de suas alíneas ao prescrever que constituem exceções à vedação de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, quando houver compatibilidade de horários e desde que observado em qualquer caso o disposto no inciso XI do art. 37 da CF/88, o qual fixa o denominado teto constitucional determinando que: *XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito*

*do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (BRASIL, 1988).*

Paulo Modesto descreve o teto constitucional de remuneração dos agentes públicos da seguinte forma: *É estabelecido um único teto nacional, correspondente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Prefeitos, Governadores, Ministros de Estado,*

*Deputados e Senadores, o próprio Presidente da República, não poderão perceber mais do que for definido como subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No cálculo do teto serão consideradas as vantagens pessoais e toda e qualquer parcela de remuneração (MODESTO, 2000, p. 10).*

Segundo as alíneas “a”, “b” e “c” do inciso XVI do art. 37 da CF/88, são exceções – cumpridos os requisitos supra mencionados da segunda parte do inciso XVI do art. 37 da CF/88 – a) dois cargos de professor; b) um cargo de professor e outro técnico ou científico; e c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Assim sendo, a regra é a vedação constitucional à acumulação de cargos, empregos e funções públicas; porém, existem exceções no próprio corpo da Constituição, contanto que observados alguns requisitos, quais sejam: 1) remuneração em ambos os cargos, empregos ou funções; 2) compatibilidade de horários; 3) respeito ao teto constitucional.

Salienta-se que o art. 38, III, da CF/88 traz mais uma exceção à acumulação de cargos, empregos e funções públicas ao permitir aos ocupantes do cargo eletivo

de Vereador o acúmulo com outro cargo, emprego ou função pública, desde que haja compatibilidade de horários, pois, caso não haja, deverá optar por um dos cargos, empregos ou funções. O teto constitucional também deve ser observado nesse caso, tratando-se de manifestação do princípio da razoabilidade.

Assevera-se que somente quanto ao cargo eletivo de Vereador é permitida a supramencionada acumulação, não estando abrangidos os demais cargos eletivos (Presidente da República, Senador, Governador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Prefeito).

Ressalta-se ainda que sobre os magistrados e membros do Ministério Público incide proibição mais rigorosa acerca da acumulação de cargos, empregos e/ou funções públicas, não se aplicando os incisos XVI e XVII, do art. 37 da CF/88, mas sim, o inciso I do parágrafo único do art. 95 da CF/88, no caso de magistrados, e a alínea "d" do inciso II do §5º do art. 128 da CF/88, no caso de membros do Ministério Público: *Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: [...] Parágrafo único. Aos juízes é vedado: [...] I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; Art. 128. O Ministério Público abrange: [...] § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: [...] II – as seguintes vedações: [...] d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.*

102

### **O STJ, nos últimos anos, firmou entendimento no sentido de que a acumulação de cargos, empregos e funções públicas relacionados à área de saúde deve respeitar o limite de 60 (sessenta) horas semanais [...]**

Ambos os dispositivos supramencionados permitem aos magistrados e membros do Ministério Público acumular seus cargos apenas com cargo, emprego ou função pública de magistério, isto é, de professor.

A vedação à acumulação refere-se a cargos, empregos ou funções remuneradas, conforme o disposto no inciso XVI do art. 37 da CF/88 – é vedada a acumulação **remunerada** de cargos públicos (BRASIL, 1988, grifo nosso) –, o que faz inferir que se um dos cargos, empregos ou funções não for remunerado, é possível a acumulação. Não restando dúvidas quanto a esse ponto. Porém, ainda em relação a essa questão da ausência de remuneração, emerge uma discussão a respeito da acumulação de cargo, emprego ou função pública com outra em que se esteja em gozo de licença não remunerada.

Carvalho Filho (2014, p. 675) defende que seria perfeitamente viável a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, quando em um deles não há remuneração devido à utilização de licença não remunerada: [...] *é perfeitamente legítimo e equânime que o servidor se licencie do cargo anterior ou ajuste a suspensão do contrato de trabalho, sempre sem remuneração (vencimentos ou salário), e seja empossado no*

*cargo ou emprego da nova carreira. Tal situação em nenhuma hipótese ofenderia o art. 37, XVI, da CF, que alude à acumulação remunerada de cargos. Se o mandamento, que tem cunho restritivo, diz que a acumulação vedada é a remunerada, não pode o intérprete ampliar o âmbito da restrição. Na verdade, impedir a investidura do servidor licenciado ou com contrato de trabalho suspenso, sem remuneração, provoca ofensa ao princípio do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, consagrado no art. 5º, XIII, da CF.*

Não obstante, o STF já decidiu não ser cabível acumulação de cargos, empregos ou funções públicas quando em gozo de licença não remunerada em um deles, consoante se pode visualizar no recurso extraordinário – RE 39947/DF. Tendo em vista que o supracitado precedente não se encontra superado, essa é a posição vigente do STF:

*Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela União contra a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim da (fls. 169):*

*CONCURSO PÚBLICO – LICENÇA SEM VENCIMENTOS DE CARGO OCUPADO PARA POSSIBILITAR POSSE EM OUTRO – ACUMULAÇÃO LÍCITA SEGUNDO A ORDEM CONSTITUCIONAL. 1. O artigo 37, inciso XVI, da Carta Política, somente proíbe a acumulação remunerada de cargo público, mas não a multiplicidade de vínculo funcional, ou seja, a titularidade do cargo, daí a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal perfilar ser possível a opção de remuneração daquele servidor já aposentado que novamente ingressa no serviço público. Por isso, é lícita a pretensão de, licenciado sem vencimentos do cargo que ocupa, o servidor ser empossado em outro. 2. Apelação provida. 2. A recorrente afirma que a vedação constitucional da acumulação de cargos é direcionada à titularidade de cargos, funções ou empregos públicos e não ao simples fato de o servidor não perceber remuneração ou vantagem do aludido cargo. O fato de os autores estarem em gozo de licença sem vencimentos não descaracteriza a acumulação ilegal de cargos (fls. 177). 3. Salienta violação do artigo 37, XVI e XVII, da Constituição do Brasil. 4. Assiste razão à recorrente. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos. (RE n. 120.133, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 29.11.96). 5. Ademais, ao julgar caso semelhante, este Tribunal entendeu que a vedação constitucional de acumular cargos, funções e empregos remunerados estende-se aos juízes classistas, sendo que a renúncia à remuneração por uma das fontes, mesmo se possível, não teria o condão de afastar a proibição (RMS n. 24.347, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 4.4.03). Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC. Publique-se. Brasília, 26 de agosto de 2005. Ministro Eros Grau- Relator – (STF – RE: 399475 DF, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 26/08/2005, Data de Publicação: DJ 14/09/2005 PP-00089).*

Sobre o teto remuneratório, havia controvérsia acerca de como deveria ser apurada sua observância: uma parte da doutrina defendia que a soma das remunerações dos dois cargos, empregos ou funções não poderia ultrapassar o teto constitucional,

enquanto outra parte, que cada remuneração, isoladamente, não pode ultrapassar o referido teto.

Mas, em abril de 2017, o STF encerrou essa polêmica no julgamento, em sede de repercussão geral, dos recursos extraordinários 612975/MT e 602043/MT, decidindo que é a remuneração de cada cargo, emprego ou função que deve observância ao teto constitucional, sob o fundamento de que se fosse considerada a soma das remunerações estar-se-ia violando o princípio da igualdade e da irredutibilidade de subsídios, além de desvalorizar o trabalho: *Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público. (STF. Plenário. RE 612975/MT e RE 602043/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 26 e 27/4/2017 (repercussão geral).*

Destaca-se que Paulo Modesto (2000, p. 10) já defendia a visão atualmente adotada pelo STF, uma vez que visualizava a seguinte incoerência: *A soma das acumulações constitucionais para fins de abate-teto não tem justificativa que a sustente. Nada representa do ponto de vista fiscal ou moral. No plano jurídico, de revés, provoca perplexidade, pois consta da Constituição Federal norma que autoriza os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal a acumulação “remunerada” decorrente do exercício de outra função pública (ensino). Fica-se numa situação antinômica: uma norma autoriza a acumulação remunerada, permitindo aos ministros perceberem do Poder Público valores adicionais ao subsídio devido pelo exercício de seus cargos no Poder Judiciário, mas outra norma, a relativa ao teto, aparentemente impede qualquer percepção de valor adicional. A solução terá de ser jurisprudencial, evitando a antinomia interna na lei fundamental, segundo o princípio da unidade da Constituição, provavelmente pela saída interpretativa de considerar o teto aplicável a todos os agentes públicos, ressalvados os ministros do Supremo Tribunal Federal,*

*por serem os próprios paradigmas nesta matéria. Solução incômoda. autêntica lacuna axiológica, mas aparentemente a única solução do ponto de vista lógico.*

No tocante à compatibilidade de horários há enorme debate a respeito de como mensurá-la a fim de não comprometer a eficiência na prestação do serviço público, visto que não existe nenhuma norma legal fixando parâmetros para essa verificação, cabendo à doutrina e jurisprudência tentar solucionar tal problemática.

Em razão disso, a questão será discutida em subseções específicas, em que será explanado o posicionamento da Advocacia-Geral da União – AGU, do Tribunal de Contas da União – TCU, do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, com o intuito de buscar uma delimitação coerente para compatibilidade de horários, com destaque àquilo que se refere à acumulação de cargos, empregos ou funções privativas de profissionais de saúde com profissões regulamentadas.

### 3.3 DO CONCEITO DE CARGOS OU EMPREGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE

A saúde diz respeito ao bem-estar do corpo e da mente do ser humano, contudo, de acordo com a CRFB/88, só podem acumular cargos, empregos ou funções públicas os profissionais da área de saúde com profissões regulamentadas em lei, isto é, aquelas regidas por legislação própria dispondo acerca dos direitos, deveres, atribuições, responsabilidades, abrangência profissional e demais especificidades.

A título exemplificativo, são profissões regulamentadas da área de saúde: médico (Lei n.3.268, de 30 de setembro de 1957), enfermeiro (Lei n. 5.905, de 12 de julho de 1973, e Lei n. 7.498, de 25 de junho 1986) e nutricionista (Lei n. 6.583, de 20 de outubro de 1978, e Lei n. 8.234, de 17 de setembro de 1991).

Nesse diapasão, cargo, emprego ou função privativa de profissionais de saúde são aqueles cujas atribuições designadas, além de estarem relacionadas ao bem-estar do corpo e da mente humana, são exclusivas de determinadas classes profissionais regulamentadas em lei específica.

### 3.4 DO POSICIONAMENTO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

A AGU exarou, em 16 de março de 1998 – com aprovação da Presidência da República em 30 de março de 1998 e publicação no Diário Oficial da União em 1º de abril de 2018 –, o Parecer GQ-145.

Essa espécie de parecer da AGU guarda natureza vinculante no âmbito do Poder Executivo em razão de previsão expressa do §1º do art. 40 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União:

*Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.* (BRASIL, 1993, grifos nossos).

A ementa do Parecer GQ-145 da AGU revela claramente o posicionamento adotado pelo órgão na delimitação conceitual de compatibilidade de horários ao aduzir ser *ilícita a acumulação de dois cargos ou empregos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de oitenta horas semanais, pois não se considera atendido, em tais casos, o requisito da compatibilidade de horários (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 1998, s.n.), o qual é complementado, na parte final do parecer, quando é mencionado que a acumulação, no regime de sessenta horas semanais, não impede a inativação no cargo técnico ou científico, observadas as normas pertinentes (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 1998, s.n.).*

Portanto, o entendimento da AGU é que compatibilidade de horários “é uma condição objetiva” (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 1998, s.n.) e que se resume em acumulação de cargos, empregos ou funções públicas cuja soma das jornadas de trabalho não ultrapassem o limite de até 60 (sessenta) horas semanais.

### 3.5 DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU

O TCU se manifestou no Acórdão 2.133, de 13 de setembro de 2005, ao analisar um processo em que se pretendia acumular os cargos públicos de Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça

do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF e de Auxiliar de Enfermagem da Fundação Universidade de Brasília – FUB, que somente seria possível efetivar tal acumulação acaso a jornada de trabalho do interessado atendesse ao limite de até 60 (sessenta) horas semanais: *Em vista do exposto, acolho o parecer da Unidade Técnica, ao qual anuiu o Parquet, no sentido de julgar ilegal a admissão em apreço, devendo o Órgão de origem fazer cessar todo e qualquer pagamento dela decorrente, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados da ciência da decisão deste Tribunal, sob pena de ressarcimento das quantias pagas após essa data pelo responsável, ressalvada a hipótese de, nesse prazo, mediante novo ato a ser submetido à apreciação desta Corte de Contas, reste demonstrado que o servidor optou pelo cargo de Técnico Judiciário do TJDF em detrimento do cargo de Auxiliar de Enfermagem que exerce na FUB/UnB ou adequou sua jornada semanal de trabalho ao limite de 60 (sessenta) horas, respeitado, em cada um dos cargos, o mínimo de horas de trabalho fixado pelo caput do art. 19 da Lei n. 8.112/1990 ou por lei especial.* (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2005, s.n.).

Verifica-se, então, que o entendimento do TCU coaduna-se com o da AGU, no sentido de que a compatibilidade de horários está limitada a 60 (sessenta) horas semanais.

### 3.6 DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

O STJ, nos últimos anos, firmou entendimento no sentido de que a acumulação de cargos, empregos e funções públicas relacionados à área de saúde deve respeitar o limite de 60 (sessenta) horas semanais, fixando, assim, o referido limite temporal como uma forma de delimitar o conceito de compatibilidade de horários.

A título de exemplo seria possível cumular um cargo na área de saúde cuja jornada de trabalho seja 40 (quarenta) horas semanais com outro cuja carga horária seja 20 (vinte) horas semanais. Assim como também seria possível cumular 2 (dois) cargos, empregos ou funções públicas da área de saúde com carga horária de 30 (trinta) horas semanais. Visualiza-se o posicionamento do STJ nas decisões abaixo citadas:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ENFERMEIRA DO QUADRO DE PESSOAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS PÚBLICOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60 (SESENTA HORAS). NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES À CONCESSÃO DA LIMINAR. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE ÊXITO E DE RISCO DE DANO IMEDIATO E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que não há compatibilidade de horários quando servidor público, em acúmulo de cargos públicos, está submetido a jornada de trabalho superior ao limite de 60 horas semanais impostos no Parecer GQ-145/98 da AGU e pelo Acórdão 2.242/2007 do TCU (cf. MS 19.336/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado*

*em 26/02/2014, DJe 14/10/2014). [...] 3. Não há direito subjetivo da servidora em exercer carga horária de 30 horas semanais em regime de plantão (art. 3º do Decreto nº 1.590/1995, com alterações do Decreto nº 4.836/2003): há mera permissão, ao alvedrio da Administração Pública Federal. A servidora está submetida a uma jornada de trabalho de 40 horas semanais (art. 1º do Decreto nº 1.590/1995). 4. Agravo interno não provido. (AgInt no MS 22.862/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 21/06/2017). É vedada a acumulação de dois cargos públicos quando a soma da carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de 60 horas semanais. No caso concreto, a servidora acumulava dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde e a soma da carga horária semanal de ambos era superior a 60 horas. A servidora foi notificada para optar por um dos dois cargos, tendo se mantido inerte. Diante disso, foi demitida de um deles por acumulação ilícita de cargos públicos. A servidora impetrou mandado de segurança, mas o STJ reconheceu que a demissão foi legal. (STJ. 1ª Seção. MS 19.336- DF, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014).*

*DIREITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE DE JORNADA SEMANAL SUPERIOR A SESENTA HORAS NA HIPÓTESE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. É vedada a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde quando a soma da carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de sessenta horas semanais. Segundo o que dispõe a alínea c do inciso XVI do art. 37 da CF, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI, a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Por se constituir como exceção à regra da não acumulação, a acumulação de cargos deve ser interpretada de forma restritiva. Ademais, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. Observa-se, assim, que a jornada excessiva de trabalho atinge a higidez física e mental do profissional de saúde, comprometendo a eficiência no desempenho de suas funções e, o que é mais grave, coloca em risco a vida dos usuários do sistema público de saúde. Também merece relevo o entendimento do TCU no sentido da coerência do limite de sessenta horas semanais – uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso inter-jornada, dois turnos de seis horas (um para cada cargo), e um intervalo de uma hora entre esses dois turnos (destinado à alimentação e deslocamento) -, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se*

otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos (TCU, Acórdão 2.133/2005, DOU 21/9/2005). MS 19.336-DF, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014.

### 3.7 DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

Contrariamente ao que aduz o STJ, o Supremo Tribunal Federal não concorda com a delimitação do conceito de compatibilidade de horários a partir da fixação de 60 (sessenta) horas semanais

O entendimento do STF é de que norma de caráter infraconstitucional não pode obstar o direito de acumulação de cargos, empregos e funções públicas e que, apesar de existir a delimitação constitucional referente à necessidade de compatibilidade de horários, tal fato deve ser extraído do caso concreto:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. FIXAÇÃO DE JORNADA POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. LIMITAÇÃO DA ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que a Constituição Federal autoriza a acumulação remunerada de dois cargos públicos privativos de profissionais da saúde quando há compatibilidade de horários no exercício das funções e que a existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, inciso XVI, alínea c. 2. Agravo regimental não provido. (STF; ARE 859484 AgR/RJ – RIO DE JANEIRO; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 12/05/2015; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2015 PUBLIC 19-06-2015).

Na decisão judicial seguinte, o STF explana bem seu posicionamento acerca da temática, aduzindo que o importante é apurar se no plano fático não há conflitos entre as jornadas de trabalho

do acumulador de cargos, empregos e/ou funções públicas, sem que haja um número fixo de horas a serem trabalhadas durante a semana e, tampouco, sendo legítimo ao Poder Executivo delimitar a duração semanal do trabalho para fins de permitir ou não a referida acumulação, visto que não lhe cabe editar normas com intuito de conter a eficácia de normas de cunho constitucional, a exemplo da que cuida de vedar a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, assim como, as que excepcionam tal proibição:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL: IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO NÃO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem por objeto o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. POSSIBILIDADE. ART. 37, XVI, C, DA CF/88. EXIGÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A IMPOSIÇÃO DE LIMITE DE CARGA HORÁRIA SEMANAL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, NÃO PROVIDAS. 1. O art. 37, XVI, c, da CF/88, na nova redação dada pela EC 34/2001, permite expressamente a acumulação remunerada de cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, exigindo-lhes apenas a compatibilidade de horários. 2. Não encontra suporte legal e afronta o texto constitucional a vedação de acumulação de cargos quando a jornada de trabalho ultrapassar 60 (sessenta) horas semanais, uma vez que a única condição imposta pela Constituição é que deve haver compatibilidade de horários,

sem estabelecer nenhum limite com relação à carga horária semanal. 3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento (fl. 135). Tem-se no voto condutor do julgado recorrido: Ademais, não se poderia argumentar que a jornada semanal de trabalho superior a 60 horas comprometeria o desempenho do serviço, porquanto a apuração de eventual inaptidão para o exercício do cargo deve-se dar após a investidura no cargo público e durante o seu exercício (fl. 132). 3. No recurso extraordinário, a Agravante afirma que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 7º, inc. XIII e XIV, 37, inc. XVI, e 39, § 3º, da Constituição da República. Assevera que: Extrapolado o limite de 60 horas semanais, ainda que se considere fisicamente apto o servidor, não se mostra razoável entenderem-se compatíveis horários cumpridos cumulativamente de forma a remanescer, diariamente, pouco mais de oito horas diárias para que restem atendidas as necessidades de locomoção, de higiene física e mental, de alimentação e de repouso do servidor, como ocorrerá, caso reste deferida, no caso, a acumulação pleiteada pela ora Recorrida. (...) É que é visível e notório que uma acumulação que imponha uma jornada de trabalho semanal superior a 60 horas compromete tanto a saúde física, mental e laborativa do servidor quanto a própria qualidade do serviço prestado. (...) A compatibilidade de horários exigida no art. 37, XVI, da Constituição deve observar uma carga horária semanal total limitada em 44 horas semanais (fls. 174-177). 4. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a assertiva de que o julgado recorrido estaria em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal (fls. 187-188). Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 5. Razão jurídica não assiste à Agravante. 6. Pela jurisprudência do Supremo Tribunal, não é possível a limitação da carga horária semanal relativa ao exercício cumulativo de cargos públicos, por tratar-se de requisito não previsto

**na Constituição da República:** *Colho dos autos que, a partir de 1º.11.1980, a recorrida passou a ocupar, cumulativamente, os cargos de auxiliar de enfermagem no Instituto Nacional do Câncer e no Instituto de Assistência dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro – IASERJ. Em 29 de dezembro de 2004, a administração estadual exigiu que a recorrida optasse por apenas um desses cargos, sob o fundamento de que a soma da carga horária semanal superava o limite de 65 horas estabelecido no Decreto estadual 13.042/89, que regulamentou a matéria no Estado do Rio de Janeiro. Não há dúvida de que a recorrida encontra-se amparada pela norma do art. 17, § 2º, do ADCT da CF/88: Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título. (...) § 2º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta. Ela, na época da promulgação da Carta Magna, acumulava dois cargos de auxiliar de enfermagem, situação que, claramente, o legislador constituinte decidiu preservar. Tem razão o Estado do Rio de Janeiro ao afirmar que o dispositivo constitucional transcrito deve ser interpretado em conjunto com inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, estando a cumulação de cargos condicionada à compatibilidade de horários. **No caso dos autos, ficou comprovado na instância ordinária que não havia choque de horário nos dois hospitais em que a recorrida trabalhava. Deve ser afastada, portanto, a alegada ofensa a esse dispositivo. Assim, sob o ponto de vista das normas constitucionais, a recorrida preencheu todos os requisitos para a pretendida acumulação. É lícito ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à lei e à Constituição. Não pode, entretanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista, como fez o Estado do Rio de Janeiro no presente caso, fixando verdadeira norma autônoma. O Tribunal a quo, ao afastar o limite de horas semanais estabelecido no citado decreto, não ofendeu qualquer dispositivo constitucional, razão por que conheço do recurso e nego-lhe provimento (RE 351.905, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 1º.7.2005 grifos nossos). Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o julgado recorrido.7. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 8 de abril de 2011. Ministra CARMEN LÚCIA Relatora (STF – AI: 762427 GO, Relator: Min. CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/04/2011, Data de Publicação: DJe-074 DIVULG 18/04/2011 PUBLIC 19/04/2011).*** (grifos nossos)

Desse modo, atualmente, existe divergência entre a posição do STF e a do STJ. Enquanto o primeiro entende que a compatibilidade de horários é um conceito que deve ser aferido a cada

caso concreto, o segundo prefere fixar um limite de 60 (sessenta) horas semanais para aqueles que acumulam cargos, empregos ou funções públicas na área de saúde, tomando esse limite temporal como uma presunção de que, obedecido, não prejudicará o bem-estar do agente público e a eficiência na prestação dos serviços públicos.

#### 4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA CULPA DO SERVIÇO EM CASO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS PRIVATIVAS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE DESRESPEITOSA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O § 6º do art. 37 da CF/88 prevê a regra acerca da responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados por seus agentes.

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*

Essa responsabilização é de cunho objetivo, calcada na teoria do risco administrativo e dispensando prova de dolo ou culpa para ensejar indenização, em razão de derivar da teoria do órgão, a qual aduz que os atos praticados por agentes públicos são imputados à pessoa jurídica à qual estão vinculados.

Matheus Carvalho (2017, p. 168-169) explica, a seguir, a teoria do órgão, assim como a teoria do risco administrativo (2017, p. 345):

*A doutrina alemã, encampada pelo jurista Utto Friedrich von Gierke, criou a teoria do órgão ou teoria da imputação volitiva, de ampla aceitação no direito brasileiro, pela doutrina nacional. Conforme essa teoria, levando em consideração que as pessoas jurídicas se configuram uma ficção do direito e que, por isso, não têm existência fática, a sua manifestação de vontade somente pode ser concretizada pela intenção de pessoas físicas. Dessa forma, a manifestação de vontade da pessoa jurídica se dá por meio da atuação da pessoa física e essas vontades se confundem, ou seja, a vontade do Estado se exterioriza pela manifestação de seu agente. Sendo assim, pode-se dizer que as pessoas físicas integram órgãos públicos e a manifestação de vontade destes órgãos apresenta a vontade da pessoa jurídica. Com efeito, a lei cria órgãos públicos, compostos por pessoas físicas que manifestam a vontade do Estado em sua atuação e, nestes casos, se torna indissociável a vontade do órgão e da pessoa jurídica que ele integra. Não se trata de uma manifestação de vontade representando a vontade estatal, mas sim a própria vontade estatal exteriorizada por aquele agente. Isso se dá pelo fato de que o órgão é parte do corpo desta entidade e, então, a manifestação de vontade da parte apresenta a conduta do todo.*

*Teoria do Risco Administrativo – O Estado é realmente um sujeito político, jurídico e economicamente mais poderoso que o administrado, gozando de determinadas prerrogativas não*

estendidas aos demais sujeitos de direito. Em razão disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco maior, decorrente de suas inúmeras atividades e, ter que responder por esse risco, lhe traria uma consequência. Surgiu, assim, a teoria do Risco Administrativo. Essa teoria responsabiliza o ente público, objetivamente, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, contudo, admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações em que haja a exclusão de algum dos elementos desta responsabilidade. O Brasil adora esta teoria.

A teoria do risco administrativo dispensa a prova do dolo ou culpa, mas exige os elementos básicos para a caracterização da responsabilização civil: conduta, nexos causal e dano. Desse modo, para excluir a responsabilidade civil objetiva, faz-se necessário que algum desses 3 (três) elementos fique prejudicado, conforme assevera Matheus Carvalho (2017, p. 346): *Para excluir-se a responsabilidade objetiva, deverá estar ausente pelo menos um dos seus elementos, quais sejam conduta, dano e nexos de causalidade. Culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior são exemplos de excludentes de responsabilidade, por se tratarem de hipóteses de interrupção do nexos de causalidade.*

Se houver culpa concorrente, a responsabilidade do Estado é apenas atenuada, não excluída.

Entretanto, como ressaltado, essa é a regra para fins de responsabilização civil do Estado; logo, há exceções e dentre elas, a culpa do serviço.

A culpa do serviço também dispensa o dolo ou culpa por parte do agente público, todavia, além da conduta, do nexos causal e do dano, exige que haja comprovação da má prestação do serviço, eis porque é uma teoria de natureza subjetiva. Essa teoria deve ser adotada na hipótese em que a conduta estatal não configurar uma ação, mas sim, uma omissão, e esta seja derivada da prestação equivocada do serviço público.

*Teoria da Culpa do Serviço ou faute du service – Para maior proteção à vítima, chegou-se à responsabilidade subjetiva baseada na culpa do serviço. Neste caso, a vítima apenas deve comprovar que o serviço foi mal pres-*

*tado ou prestado de forma ineficiente ou ainda com atraso, sem necessariamente apontar o agente causador. Não se baseia na culpa do agente, mas do serviço como um todo e, por isso, denominamos Culpa Anônima.* (CARVALHO, 2017, p. 339).

*Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de faute du service entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou falta do serviço quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríple modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva* (BANDEIRA, 2011, p. 1019).

### **[...] o desrespeito à eficiência na prestação de serviços públicos, principalmente na área de saúde, em razão de cumulação exaustiva e ilimitada de cargos, empregos e funções públicas daria ensejo à aplicação da teoria da culpa do serviço [...]**

A teoria da culpa do serviço vem sendo adotada pelo STJ e pelo STF:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDÁRIO POR OUTRO PRESIDÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C. F., art. 37, § 6º. I. – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II. – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade**

*de da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses. IV. – Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service. V. – R. E. Não conhecido. (RE 179147, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 12/12/1997, DJ 27-02-1998 PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00589 RTJ VOL-00179-02 PP-00791).*

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MATÉRIA FÁTICA. Súmula 279-STF. I. – A análise da questão em apreço demanda o reexame de matéria de fato, o que, por si só, seria suficiente para impedir o processamento do recurso extraordinário (Súmula 279-STF). II. – Morte de detento ocasionada por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. III. – Agravo não provido. (AI 512698 AgR, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-02-2006 PP-00036 EMENT VOL-02222-07 PP-01350)**

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DANO EM VEÍCULO AUTOMOTOR EM DECORRÊNCIA DE PASSAGEM SOBRE BURACO EM VIA PÚBLICA. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 279 DO STF. I – Decisão monocrática que ne-**

*gou seguimento ao recurso extraordinário por entender que concluir de forma diversa do acórdão recorrido necessitaria de reexame de matéria de prova (Súmula 279 do STF). II – Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. III – Agravo regimental improvido. (RE 585007 AgR, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-10 PP-02128 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 168-170)*

Em virtude do exposto, pode-se perceber que o desrespeito à eficiência na prestação de serviços públicos, principalmente na área de saúde, em razão de cumulação exaustiva e ilimitada de cargos, empregos e funções públicas daria ensejo à aplicação da teoria da culpa do serviço, não podendo ficar prejudicado o cidadão destinatário do serviço público em prol de gestores estatais que permitiram uma extrapolação nos limites autorizativos, sobretudo, naquele que tange à compatibilidade de horários, bem como dos demais agentes públicos que, mesmo que culposamente, violaram o princípio constitucional da eficiência para que pudessem cumular seus cargos, empregos ou funções públicas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho foi analisar as hipóteses de acumulação de cargos, empregos e/ou funções públicas, suas exceções, relacionando-as com o princípio da eficiência e examinando a possibilidade de responsabilização civil do Estado com base na teoria da culpa do serviço quando for omissa na verificação e aferição da compatibilidade de horários, em se tratando de acumulação de cargos, empregos e/ou funções públicas na área de saúde.

Inicialmente, foi explorado o conceito de eficiência e sua relação com o direito brasileiro em termos constitucionais e administrativos para, em seguida, explicar a diferença entre cargos, empregos e funções públicas e expor a proibição de acumulação destes, consoante a CF/88, bem como as exceções que ela própria traz.

Após o debate referente à amplitude das exceções supra mencionadas, deu-se destaque à tentativa de delimitar o conceito de compatibilidade de horários, e demonstraram-se os elementos que o TCU, a AGU, o STJ e o STF utilizam para tanto.

Não existe unificação no posicionamento dos órgãos acima citados, mas restou claro que é necessário se valer de algum dos critérios propostos a fim de estabelecer a delimitação da definição de compatibilidade de horários, visto que – com fundamento na omissão estatal de fiscalizar se os profissionais da área de saúde que acumulam cargos, empregos ou funções cumprem carga horária compatível e não prejudicam a eficiência na prestação do serviço público – poder-se-á proceder com a responsabilização civil do Estado com o intuito de reparar eventuais danos causados a usuários do serviço público.

Essa responsabilidade civil seria apurada com base na teoria da culpa do serviço, cabendo ao usuário de serviços públicos em que haja profissionais da área de saúde em regime de acumulação de cargos, empregos ou funções públicas indicar que a jornada de trabalho exaustiva tornou-se danosa em razão da

ausência de fiscalização e controle por parte do Estado.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].
- BRASIL. *Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.
- BRASIL. *Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000*. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Brasil). *Parecer nº GQ-145*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 16 mar. 1998. Assunto: Exame de casos de acumulação de cargos.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 762427/GO. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 de abril de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 74, 19 abr. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 22862/DF*. Relatora: Min. Regina Helena Costa, 13 de dezembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico STJ*, Brasília, DF, 16 fev. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Agravo de instrumento nº 512698*. Superior Tribunal de Justiça: Brasília, DF, 13 dez. 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Agravo de instrumento nº 859484/RJ*. Superior Tribunal de Justiça: Brasília, DF, 12 maio 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Mandado de segurança nº 19336/DF*. Relatora: Min. Eliana Calmon, 26 de fevereiro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico STJ*, Brasília, DF, 14 out. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de instrumento nº 762.427/GO*. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 de abril de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 74, p. 70-71, 19 abr. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo regimental nº 859.484/RJ*. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de maio de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 118, p. 37-38, 18 jun. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso extraordinário nº 179.147*. Relator: Min. Carlos Veloso, 12 de dezembro de 1997. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 246, 19 dez. 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 399.475/DF*. Relator: Min. Eros Grau, 26 de agosto de 2005. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 172, p. 89, 14 set. 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso extraordinário nº 585.007*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 5 de junho de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 104, p. 98, 5 jun. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 602.043/MT*. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 203, p. 42-43, 8 set. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 612.975/MT*. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 203, p. 43, 8 set. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão nº 2133/2005*. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 13 set. 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na empresa: pessoas, organizações e sistemas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DALF, Richard L. *Teoria e projetos das organizações*. 6.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEGGINSON, Leon C. et al. *Administração: conceitos e aplicações*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MODESTO, Paulo. *Teto constitucional de remuneração dos agentes públicos: uma crônica de mutações e emendas constitucionais*. Revista de Direito

Administrativo: RDA, Rio de Janeiro, n. 222, p.1-21, out./dez. 2000.  
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.  
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Artigo recebido em 15/3/2019.

Artigo aprovado em 27/5/19.



## POSSIBILIDADE DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI

### *POSSIBILITY OF REQUESTING JUDICIAL DEBT RESTRUCTURING FOR SOLE PROPRIETORSHIP WITH LIMITED LIABILITY – EIRELI*

Francisco de Assis Basilio de Moraes  
Daniel Franzotti Donadello  
Carla Rocha de Andrade

#### RESUMO

Discute acerca da possibilidade do pedido de recuperação judicial da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli. Para tanto, aborda as inovações trazidas pela Lei n. 12.441/2011, que instituiu a Eireli no ordenamento jurídico pátrio, bem como os aspectos fundamentais para a aplicação do instituto da Recuperação Judicial, segundo os moldes da Lei n. 11.101/2005, expondo os procedimentos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial.

#### PALAVRAS-CHAVE

Direito Empresarial; Recuperação Judicial; Estatuto Falimentar brasileiro; Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli.

#### ABSTRACT

*This text refers to the possibility of requesting judicial debt restructuring for sole proprietorship with limited liability (Eireli). For that purpose, it addresses the innovations brought about by Act 12,441/2011 that has established the Eireli in the Brazilian legal system. It also considers the basic aspects regarding the application of the judicial debt restructuring, pursuant to Act 11,101/2005, displaying the procedures of both judicial and extrajudicial debt restructuring.*

#### KEYWORDS

*Corporate Law; judicial debt restructuring; Brazilian Bankruptcy Law; sole proprietorship with limited liability – Eireli*

## 1 INTRODUÇÃO / OBJETIVOS

Como advento da Lei n. 12.441, no ano de 2011, surge, no ordenamento jurídico pátrio, a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, dando ensejo à possibilidade de o empreendedor, individualmente, constituir uma pessoa jurídica. Com limitação da afetação do patrimônio, somente para a atividade empresarial, vêm à baila algumas indagações, haja vista as lacunas legais deixadas pelo legislador da referida lei. Dentre os questionamentos, destaca-se a possibilidade ou a impossibilidade do pedido de recuperação judicial, aplicado à nova modalidade de pessoa jurídica, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

No próximo tópico, apresentamos algumas considerações quanto à pessoa jurídica, que surge com a Lei n. 12.441/2011, mostrando sua origem no Direito brasileiro e no Direito Comparado, bem como tecemos considerações sobre a natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli.

Já no terceiro tópico, realizamos considerações sobre a Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Demonstramos os aspectos importantes sobre o instituto da recuperação judicial e extrajudicial e como são delineados tais institutos no atual Estatuto Falimentar brasileiro.

Num quarto tópico, trazemos à baila a figura da recuperação judicial aplicada à Eireli, considerando-a equivalente a uma sociedade empresária para fins de aplicação das normas estabelecidas para as sociedades limitadas, a fim de que o processo de recuperação judicial contemplado no Estatuto Falimentar seja aplicado à mencionada pessoa jurídica, com a observância das consequências advindas da recuperação judicial e, ainda, a análise de precedentes jurisprudenciais que embasam o entendimento exposto no artigo.

Pelo presente artigo, demonstramos haver lacunas no ordenamento jurídico pátrio, no que tange ao pedido de recuperação judicial das Eirelis, e que essas la-

cunas podem ser solucionadas pela aplicação análoga das disposições atinentes à recuperação de sociedades empresárias, na espécie limitada.

## 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI

Para fins de análise do objeto sob estudo, apresentaremos, na sequência, considerações iniciais sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli, abordando sua natureza jurídica e o seu surgimento no Brasil, bem como realizando um paralelo com o Direito Comparado, em que o formato da empresa individual de responsabilidade limitada já existe há mais tempo, como em Portugal e em países da América do Sul.

### 2.1 NATUREZA JURÍDICA DA EIRELI

O legislador brasileiro, com o advento da Lei n. 12.441/2011, optou por conferir personalidade jurídica à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, dentro do art. 44 do Código Civil, e, no seu inc. VI, instituiu uma nova modalidade de pessoa jurídica. Além disso, determinou a aplicação, de forma subsidiária, de dispositivos já aplicados às sociedades empresárias, da espécie responsabilidade limitada, *in verbis*: Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações. IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos; VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada (BRASIL, 2002).

Também foram efetivados um acréscimo ao *Codex* do art. 980-A e um novo título do Código Civil, o Título I-A, *in litteris*: Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. § 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da ex-

pressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. § 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. § 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas (BRASIL, 2002).

Por mais estranho que pareça, o Título foi inserido no Livro II – Direito da Empresa, apesar do legislador ordinário não ter feito uma emenda no inc. II do art. 44 do CC, que trata das “sociedades”, mas um acréscimo de um inc. (o VI), ao art. 44 mencionado.

Em seu § 6º, a norma elucida que, no que couber, seja aplicada a essa nova modalidade de pessoa jurídica as regras pertinentes às sociedades limitadas. Outrossim, acrescenta o parágrafo único ao art. 1.033 do Código Civil, *in verbis*: Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: I – o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; II – o consenso unânime dos sócios; III – a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; V – a extinção, na forma da lei, de autorização para

*funcionar. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código* (BRASIL, 2002).

Ou seja, na falta de pluralidade de sócios e não reconstituída a empresa em 180 dias, o sócio remanescente pode requerer uma modificação para que se transforme em empresário individual ou, com o acréscimo feito pela Lei, em Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli, como menciona o art. 980-A do CC.

Consoante Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 43), a Eireli é uma sociedade unipessoal, ou seja, não é empresário individual. *Trata-se da denominação que a lei brasileira adotou para introduzir, entre nós, a figura da sociedade limitada unipessoal, isto é, a sociedade limitada constituída por apenas um sócio.*

### **Antes do advento da Lei n. 12.441/2011, o empreendedor individual que quisesse exercer atividade empresarial no Brasil, em regra, não lograva êxito em separar o seu patrimônio pessoal do utilizado na sua atividade empresarial [...]**

112

No entendimento do autor supramencionado: *O sócio único da Eireli, como todos os sócios de sociedades empresárias, não é empresário. Empresário é a pessoa jurídica da Eireli. Ela é o sujeito de direito que explora a atividade empresarial, contrata, emite ou aceita títulos de crédito, é a parte legítima para requerer a recuperação judicial ou ter a falência requerida e decretada* (COELHO, 2011, p. 44).

Pinheiro (2011) afirma que a Eireli é uma nova modalidade de pessoa jurídica ante o disposto na legislação, uma vez que o legislador a incluiu no rol do art. 44 do Código Civil, em seu inc. VI, como dito.

Já o Enunciado n. 469 da *V Jornada de Direito Civil CJC/STJ* declara que *a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado*. Ou seja, não é uma sociedade, mas uma nova modalidade ou espécie de pessoa jurídica (BRASIL, 2012).

Portanto, a Lei n. 12.441/2011, na visão dos autores, criou uma nova pessoa jurídica de direito privado (BRASIL, 2005).

#### **2.2 AS ORIGENS DA EIRELI NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO ALIENÍGENA**

Antes do advento da Lei n. 12.441/2011, o empreendedor individual que quisesse exercer atividade empresarial no Brasil, em regra, não lograva êxito em separar o seu patrimônio pessoal do utilizado na sua atividade empresarial, como empresário, ou seja, no caso de uma possível execução, seus bens pessoais não seriam resguardados, não havendo que se falar em qualquer proteção dos seus bens particulares.

Nesta linha de raciocínio, a pessoa física que desejasse ter

seu patrimônio pessoal resguardado em relação ao patrimônio usado em atividades empresariais, normalmente, optava por abrir uma sociedade limitada – Ltda.<sup>1</sup> – que, nos ditames de Coelho (2010, p. 111), é: [...] *pessoa jurídica de direito privado não-estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações.*

Sendo assim, essa “sociedade”, formada por duas ou mais pessoas, usava o nome de um terceiro, um sócio sem poderes de gestão, vulgo “laranja”, “homem de palha”, que, normalmente, neste tipo de sociedade, possui uma parcela mínima do empreendimento, isso para que o patrimônio pessoal não fosse atingido (NEVES, 2011).

Esta realidade, no âmbito do Direito Empresarial brasileiro, a partir do Código Civil de 2002, com a introdução do Livro II – Do Direito da Empresa, resultou em questionamentos doutrinários, como a questão relativa à possibilidade de um empresário individual ter seu patrimônio pessoal resguardado, nos moldes de outros países. Em Portugal<sup>2</sup>, por exemplo, desde 1986, com a figura do E.I.R.L. – Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada – nesse tipo de formação de empreendimento, o empreendedor destina uma parcela do seu capital como pessoa física para que seja o capital o qual a EIRL responderá, ou seja, o empresário só responderá por aquela parcela destinada do capital investido inicialmente, contudo, não sendo esses suficientes e havendo comprovação, podem os bens pessoais ser afetados, como dispõe o art. 11<sup>3</sup> do Decreto Lei 248/86 (NEVES, 2011).

Em termos históricos, a Alemanha foi o primeiro país a introduzir a figura do empreendedor individual com responsabilidade limitada, no ano de 1980, e, posteriormente, foi seguida pela Itália, bem como pela França, em 1985 (NEVES, 2011).

Cabe ressaltarmos, no que tange à legislação lusitana, que: [...] *em 1986, o Decreto-lei nº 248/86 para criar o estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Para fazê-lo, os lusitanos subjetivaram o estabelecimento comercial que é, tecnicamente, uma universalidade de fato, ou seja, um conjunto de bens reunidos pelo empresário para o exercício da sua atividade econômica organizada. Assim, para o direito português, esse estabelecimento é um sujeito de direitos.* (NEVES, 2011, p. 128, grifo do autor)

Ademais, havia a situação de alguns países sul-americanos terem aderido à modalidade da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, como Chile e Peru (NEVES, 2011).

Nesse diapasão, surge o Projeto de Lei n. 4.605/2009, apresentado pelo Deputado Federal Marcos Montes, perante a Câmara dos Deputados, sob o argumento de que, com a aprovação da nova Lei, grandes benefícios seriam gerados para a Economia e, ainda, resguardariam os bens da pessoa física que viesse a praticar atividades empresariais, eliminando o risco de ações judiciais sobre seus bens pessoais, o que não ocorre com o empresário coletivo.

Assim sendo, no ano de 2011, foi editada a Lei n. 12.441/2011, que entrara em vigor só em janeiro do ano seguinte. Essa Lei, como mencionado anteriormente, modificou o Código Civil, em seu art. 44, incluindo o inc. IV, que acrescenta a empresa individual de responsabilidade limitada. Ainda inclui o Título I-A, no Livro II, que se denomina Da

Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, que acrescentou unicamente o art. 980-A. Também acrescentou o parágrafo único ao art. 1.033 do Código Civil (BRASIL, 2005).

### 3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ESTATUTO FALIMENTAR

Antes de avançarmos na análise proposta, mister é a apresentação do instituto da recuperação judicial. O tópico faz considerações quanto a alguns aspectos pertinentes à Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências e Recuperação de Empresas – que substituiu o Decreto-Lei n. 7.661/45, em especial quanto aos seus aspectos procedimentais e materiais e aos institutos voltados, especialmente, para a recuperação judicial, tema central do presente trabalho. Outrossim, ainda realizamos uma pequena explanação sobre o instituto da recuperação extrajudicial, outra espécie de recuperação de empresas, para fins de diferenciação.

#### 3.1 ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.101/2005, 120 dias após a sua publicação, foram introduzidos, no ordenamento jurídico pátrio, os institutos da Recuperação Judicial e da Recuperação Extrajudicial, dando fim ao instituto da Concordata<sup>4</sup> (COELHO, 2011, p. 25). O que se observa é que ambos os institutos criados possuem o mesmo objetivo, explicita Moraes (2013, p. 229): [...] *tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores.*

Decerto, o art. 47 traz o objetivo legal da recuperação judicial, *in verbis*: *A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica* (BRASIL, 2011).

Ou seja, a recuperação judicial poderá ser requerida, primordialmente, nas hipóteses em que houver crises financeiras

de média a baixa intensidade, para garantir a todos os interessados que o empresário que requer a recuperação judicial ao Estado-Juiz recupere a empresa, para que esta volte a ser fonte provedora de renda e lucros, bem como garanta a função social da atividade desenvolvida e mantenha a atividade econômica e os postos de trabalho.

Cabe ressaltar, ainda, que o pedido de recuperação judicial do empresário exige o atendimento dos requisitos contemplados no art. 48 daquela Lei, devendo o devedor empresário, no momento do pedido, demonstrar que exerce a atividade empresarial há mais de dois anos<sup>5</sup>, e ainda atende, cumulativamente, às seguintes condições: o empresário não poderá ser falido ou, se já tiver sido falido, o processo já tenha sido sentenciado e extinto há mais de 5 anos; ainda não ter, nos últimos 5 anos, pedido e obtido concessão para recuperação judicial com base na seção V do capítulo III do Estatuto Falimentar; não pode ter, como administrador ou sócio controlador, alguém que tenha sido condenado por qualquer crime falimentar, previsto na Lei (BRASIL, 2011).

A recuperação judicial pode ser requerida por cônjuge sobrevivente, herdeiro do devedor, inventariante ou sócio remanescente, como dispõe o § 1º do art. 48 da Lei.

***Deste modo, devemos observar os requisitos objetivos e subjetivos do pedido de recuperação judicial, bem como quem são os legitimados para a causa e o juízo e o local competentes para a propositura da ação de recuperação judicial.***

Ademais, a redação do § 2º do art. 48 do Estatuto Falimentar, especifica que, no caso do empresário rural, cuja atuação se dá por pessoa jurídica, o prazo citado no caput (atividades exercidas regularmente há 2 anos), poderá ser comprovado por meio de declaração de informações econômico-fiscais da pessoa jurídica, entregue tempestivamente. Contudo, cabe salientar que nem todo produtor rural é empresário, como descrito no art. 971 do Código Civil, *in verbis*: *Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no*

*Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro* (BRASIL, 2002).

Em relação a tais requisitos, Mamede (2008, p. 164) oferece uma classificação de requisitos objetivos e subjetivos, em conformidade com o art. 48: *Afere-se o regular exercício das atividades, portanto, não apenas verificando o registro, mas examinando as escriturações e demonstrações contábeis, designadamente, o livro Diário, para aferir quando a empresa já estava em atividade, contando-se então o prazo bienal exigido pelo caput do art. 48.*

Os requisitos objetivos são aqueles relacionados ao plano de recuperação, dizem respeito à petição inicial, à junta de documentos e às certidões a serem apresentadas (MAMEDE, 2008, p. 38).

Certo é que, para a propositura do pedido de recuperação judicial, o juízo competente é aquele do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial que tenha sede fora do Brasil. Neste ponto, já que a Lei de Falências e Recuperação de Empresas não conceitua, esclarecemos que o principal estabelecimento do devedor *corresponde ao estabelecimento mais importante sob o ponto de vista econômico, sendo, então, o local onde se encontra a diretoria da*

*sociedade empresária, e de onde emanam as ordens para a consecução das atividades mercantis do empresário, nada obstante a simplicidade do estabelecimento em questão* (MORAES et al, 2014, p. 161).

A conceituação não destoa do entendimento de Coelho (2007, p. 27), em termos práticos, que entende que o: *principal estabelecimento para fins de definição de competência para o direito falimentar é aquele em que se encontra o maior volume de negócios da empresa: é o mais importante do ponto de vista econômico. O juízo do local onde se encontra tal estabelecimento é compe-*

tente para o processo falimentar, porque estará provavelmente mais próximo aos bens, à contabilidade e aos credores.

Deste modo, devemos observar os requisitos objetivos e subjetivos do pedido de recuperação judicial, bem como quem são os legitimados para a causa e o juízo e o local competentes para a propositura da ação de recuperação judicial.

### 3.2 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Quanto ao instituto da recuperação judicial, como já dissemos anteriormente, trata-se de solução buscada pelo empresário para sanear a crise econômico-financeira da empresa. Ao abordar o tema, Pimenta (2006, p.155) explica que: *O instituto da recuperação de empresas, tanto sob a forma judicial quanto extrajudicial, representa a solução legalmente estipulada para tentar manter em funcionamento as empresas em dificuldades econômicas temporárias e, por meio desta medida, assegurar os empregos existentes e os interesses de terceiros como credores, consumidores e o próprio Fisco.*

**Quanto ao instituto da recuperação judicial, como já dissemos anteriormente, trata-se de solução buscada pelo empresário para sanear a crise econômico-financeira da empresa, conforme o caput do art. 53 da Lei de Falências.**

114

Preenchidos os requisitos atinentes à propositura da ação de recuperação judicial, a petição inicial deve ser instruída, de forma geral, nos moldes do art. 282 do Código de Processo Civil, bem como, de forma específica, do art. 51 da Lei n. 11.101/2005.

A certidão de regularidade como empresário, expedida pela Junta Comercial onde ele possui registro do seu principal estabelecimento deve acompanhar a peça exordial, como requisito do caput do art. 48 da Lei n. 11.101/2005. Devem constar ainda da peça inicial as listas dos bens particulares dos sócios controladores. É uma lista de tormentosa constitucionalidade, conforme expõe Glaydstone Mamede, para quem *a informação dos bens particulares é uma previsão legal que atenta contra a garantia fundamental dos sócios controladores e dos administradores do devedor, tomando a regra geral uma situação indigna.* (MAMEDE, 2008, p. 164)

A peça exordial deve conter também os extratos bancários do empresário requerente, bem como as certidões dos cartórios de protesto, para que se possa apurar a possibilidade da recuperação do empresário coletivo ou individual.

Recebida a petição inicial pelo juiz, após análise do cartório, com todos os documentos elencados no art. 51 da Lei n. 11.101/2005, o pedido pode ser processado, com a expedição de decisão interlocutória pelo magistrado da causa. Caso o empresário interessado na recuperação judicial não tenha anexado à exordial toda a documentação, o juiz fixará prazo de dez dias para que se emende a peça vestibular, conforme o art. 284 do Código de Processo Civil (FAZZIO JÚNIOR, 2010).

Em caso positivo de deliberação da recuperação judicial, na decisão interlocutória que manda processar o pedido, o juiz nomeará o administrador judicial, como previsto no art. 52 e con-

soante o art. 21, ambos da Lei Falimentar e de Recuperação de Empresas. O magistrado ainda ordenará a suspensão das ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º, observadas as exceções contidas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º e as relativas a créditos executados dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 (FAZZIO JÚNIOR, 2010).

Ressaltamos que, nas ações cíveis por quantia ilíquida e nas envolvendo credores trabalhistas, estas têm tratamento especial. Neste sentido, aponta Fazzio (2010, p. 156-157), *in litteris: Ressalvadas as ações que demandarem quantia ilíquida e as ações de natureza trabalhista (artigo 6º §§ 1º e 2º) e execuções fiscais (artigo 6º, § 7º). Essa suspensão não poderá exceder o prazo de 180 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação. Após o decurso desse prazo estabelece-se o direito dos credores de iniciar ou continuar a execução independente de pronunciamento judicial.*

Acerca da suspensão do prazo das execuções, tal não poderá ser superior a 180 dias. Esse prazo é improrrogável, conforme prevê o art. 6º, § 4º, da Lei Falimentar (FAZZIO, 2010, p. 157).

Quanto ao instituto da recuperação judicial, como já dissemos anteriormente, trata-se de solução buscada pelo empresário para sanear a crise econômico-financeira da empresa, conforme o caput do art. 53 da Lei de Falências.

Cabe destacarmos que qualquer credor pode, em 30 dias, contados da publicação da relação de credores, opor-se ao plano de recuperação judicial, como disposto no art. 55 da Lei n. 11.101/2005.

Não havendo oposição, o juiz defere a execução do plano de recuperação judicial de plano, conforme art. 58 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

Caso contrário, a Assembleia Geral de Credores – AGC será convocada para decidir sobre o plano, conforme o art. 35, inc. I, “a”, da Lei n. 11.101/2005. Podem participar os credores habilitados, que serão classificados quanto à titularidade de seus créditos, conforme o art. 41: i) Titulares de créditos derivados de dívidas trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho; ii) Titulares de créditos em garantia real; iii) Titulares de créditos quirografários, com privilégios especiais, com privilégios gerais ou subordinados; iv) titulares de créditos enquadrados como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP). Cabe à AGC a aprovação, a rejeição ou a modificação do plano de recuperação. É importante ressaltarmos que o juiz não pode interferir na decisão soberana da AGC, desde que haja regularidade na aprovação. Se não aprovado o plano de recuperação, o juiz decretará a falência, como determina o § 4º do art. 56 do Estatuto Falimentar.

A AGC deve, ainda, constituir o Comitê de Credores; escolher seus membros ou, caso necessário, a substituição desses; apresentar o pedido de desistência do devedor; informar o nome do gestor judicial; ou, ainda, esclarecer qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores (BRASIL, 2011).

Cabe ainda ressaltar que somente o juiz da recuperação judicial pode convocar a AGC, observadas as formalidades previstas na Lei Falimentar, em seu art. 36. Todavia, o administrador judicial (art. 22, I, “g”), os credores (§ 2º, art. 36) e o Comitê de Credores (art. 27, I, “e”) podem requerer a convocação ao magistrado da causa (BRASIL, 2011).

Em caso de aprovação do plano de recuperação judicial, alguns procedimentos devem ser adotados, como os determinados pelos arts. 69 e 191, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005, que nos ditam que deverá constar a expressão *em Recuperação Judicial* ao final do nome empresarial registrado.

Após a concessão do plano, destaca-se que a sua duração tem prazo máximo de dois anos a partir do proferimento da sentença que estabeleça a recuperação, conforme o disposto no art. 61 da mencionada Lei. [...] *consideradas as relações jurídicas de crédito que são objeto do plano de recuperação judicial, não determinou o legislador qualquer limite temporal, significando que o plano pode prever efeitos que se prolonguem para além desses dois anos, ou seja, efeitos que suplantem o próprio processo de recuperação judicial, e que, dessa maneira, irão se realizar após a sentença de encerramento da recuperação judicial* (MAMEDE, 2008, p. 248).

Ou seja, em determinados procedimentos estabelecidos, como o pagamento de créditos trabalhistas, o prazo pode passar de dois anos, desde que estabelecido e acordado no plano.

Após o prazo previsto no art. 61 da Lei n. 11.101/2005, caso haja descumprimento do acordado no plano, qualquer credor poderá demandar com execução específica ou mesmo com o pedido de falência, segundo o art. 62 da Lei sob comento, e, neste ponto, quanto aos titulares para a proponente da ação falimentar, *somente os titulares dos créditos serão legítimos para a possível propositura do pedido de falência* (PACHECO, 2002, p. 194).

O fim do processo de recuperação judicial dá-se pelo cumprimento das obrigações estabelecidas, no plano, dentro do prazo de dois anos. Outrossim, a sentença deve ser apresentada nos moldes do art. 63 da Lei n. 11.101/2005.

Como especifica o art. 63, o juiz determinará o pagamento de saldo de honorários devido ao administrador judicial; a apresentação do relatório, pelo administrador judicial, no prazo de quinze dias; a apuração dos saldos das custas judiciais a serem recolhidas; a dissolução do Comitê de Credores; e a comunicação à Junta Comercial da extinção do processo de recuperação judicial, para as provi-

dências cabíveis, como a baixa no termo de recuperação.

Dessa forma, encerrado o processo de recuperação judicial, tendo cumprido o plano, o empresário retorna ao *status quo ante* do pedido inicial, para cumprir sua função social, de acordo com o inc. III do art. 170 da Lei Maior de 1988. Caso contrário, será decretada sua falência, de acordo com o art. 73, c/c o art. 99, ambos do Estatuto Falimentar.

Na sequência, faremos uma breve exposição e relato sobre o instituto de recuperação extrajudicial.

### 3.3 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL E SUAS MODALIDADES

A recuperação extrajudicial, prevista no art. 161 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, configura acordo firmado entre o devedor e alguns credores, homologado pelo Poder Judiciário (MORAES, 2013, p. 222).

Mamede (2008, p. 278) destaca que o art. 167 da Lei elucida a possibilidade de haver outros acordos privados entre os devedores e os credores, desde que estes não sejam credores trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho; de créditos tributários ou multas contratuais; de penas pecuniárias em virtude de condenação de infrações penais; ou outras não inclusas na recuperação judicial.

***O fim do processo de recuperação judicial dá-se pelo cumprimento das obrigações estabelecidas, no plano, dentro do prazo de dois anos. Outrossim, a sentença deve ser apresentada nos moldes do art. 63 da Lei n. 11.101/2005.***

Os requisitos para concessão do pedido de homologação da recuperação extrajudicial são os mesmos da recuperação judicial, conforme o art. 48 daquela Lei: 1) o devedor deverá, no momento do pedido, exercer regularmente suas atividades há mais de 2 anos, que se comprova pela certidão emitida pela junta comercial; 2) não ser falido ou, caso tenha sido, que a empresa seja finda com sentença transitada em julgado; 3) não ter, há menos de 5 anos, obtido concessão de recuperação judicial; 4) não ter, ainda nos últimos 5 anos, obtido concessão para recuperação de empresas em plano especial de micro ou pequena empresa; 5) não ter sido condenado ou ter, como

administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer crime previsto na Lei n. 11.101/2005. Os requisitos (2) e (5) devem ser considerados de forma cumulativa. Nesse diapasão, a recuperação extrajudicial poderá ser requerida pelos legitimados do § 1º do art. 48 do Estatuto Falimentar, isto é, o cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, o inventariante ou o sócio remanescente (BRASIL, 2011).

Mamede (2008, p. 280) traz uma possível divisão da recuperação extrajudicial, em ordinária e extraordinária, pois, para ele, *embora o legislador não tenha utilizado a nomenclatura recuperação extrajudicial ordinária e recuperação extrajudicial extraordinária, o contraste entre o artigo 161 e o artigo 163 da Lei 11.101/05 recomenda esta distinção.*

Guerra (2005, p. 80), comentando a questão, nos informa que: [...] *a recuperação extrajudicial deveria ser mero acordo de vontade entre as partes aderentes ao plano, cujos efeitos são gerados imediatamente a partir da declaração de vontades, sem necessidade de homologação judicial do plano; e) a potencialidade de imprimir rito ordinário na recuperação extrajudicial, com base em plano obrigatório previsto no art. 163, descaracterizando por completo o instituto; a concessão de recuperação*

*extrajudicial com base no plano obrigatório é mais complexa que a própria recuperação judicial [...].*

O autor faz uma crítica ao Instituto, que, em suas palavras, deveria simplificar ao máximo a recuperação extrajudicial, uma vez que, como o nome já sugere, deveria ser feita entre as partes interessadas e só isso já bastaria, não sendo necessária a homologação judicial. Contudo, tal argumentação, ao nosso sentir, não se sustenta, pois o acordo suscitado por Guerra já está previsto no art. 167: *O disposto neste Capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores* (BRASIL,

2011). Ou seja, o art. 167 abre um “leque de opções” para o devedor, que pode transacionar com os seus credores, sem a homologação judicial.

Nesse ponto, Coelho (2005, p. 394) esclarece que [...] o empresário ou a sociedade empresária não precisa atender a nenhum dos requisitos da lei para a recuperação extrajudicial. Estando todos os envolvidos de acordo, assinam os instrumentos de novação ou renegociação, e assumem, por livre manifestação de vontade, obrigações cujo cumprimento espera-se proporcione o reerguimento do devedor<sup>6</sup>.

Em continuidade, temos que o art. 162 da Lei n. 11.101/2005 informa que existe a hipótese em que a homologação será considerada facultativa, se cem por cento de uma classe de credores for aderente ao plano: *Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram* (BRASIL, 2011).

Os motivos para que as partes queiram a homologação do plano nada mais é do que a segurança jurídica que a homologação pode produzir, uma vez que, conforme o § 6º do art. 161 da Lei de Falências, a homologação transforma o acordo de um título executivo extrajudicial em judicial, o que facilitaria bastante a execução do título. A homologação possibilita, caso necessário, a alienação dos bens em hasta pública, como previsto no art. 166 da Lei.

E a homologação tornará o plano obrigatório para os credores dissidentes, cuja classe conste do plano – na hipótese, o art. 163 da Lei de Falências: *Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos* (BRASIL, 2011).

### **Os motivos para que as partes queiram a homologação do plano nada mais é do que a segurança jurídica que a homologação pode produzir, uma vez que [...] a homologação transforma o acordo de um título executivo extrajudicial em judicial [...]**

Desse modo, quando houver aderência de mais de 3/5 (três quintos) de cada espécie de crédito, por classe, o acordo obrigará a todos os credores dissidentes, se o plano for homologado judicialmente.

A recuperação extrajudicial não se aplica aos créditos de natureza tributária, aos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, bem como ao credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendamento mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive de incorporações imobiliárias ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, e ao credor que adiantou pecúnia ao devedor em contrato de câmbio de exportação, na forma

da Lei n. 4.728/1965 (MORAES, 2013, p. 223).

Em síntese, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio para viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor empresário, coletivo ou individual, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, conforme determina o art. 47 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, aplicável aos mencionados institutos.

#### **4 A APLICAÇÃO DA LEI N. 11.101/2005 À EIRELI**

No tópico que segue, apresentaremos a impossibilidade ou a possibilidade de se aplicar o instituto da recuperação judicial à Eireli, bem como as consequências relativas à recuperação judicial.

##### **4.1 CONSIDERAÇÃO DA EIRELI COMO SOCIEDADE EMPRESÁRIA PARA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A dúvida que paira sobre o tema delinea-se pelo art. 980-A do Código Civil, incluído pela Lei n. 12.441/2011. Em seus incisos, não se fez uma definição clara quanto à possibilidade, ou não, de se aplicar a Lei n. 11.101/2005 e seus institutos à nova pessoa jurídica criada pelo mencionado dispositivo do *Codex*. Todavia, atentamos para a redação do § 6º do art. 980-A, *in verbis*: [...] § 6º *Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.*

Como se pode observar, aplicam-se as regras atinentes à sociedade limitada, no que couber, à empresa individual de responsabilidade limitada, a Eireli. Ora, se a Eireli for utilizada, por seu titular, pessoa física ou jurídica, para atividades empresariais, o que se verifica é a existência de “elemento de empresa”<sup>7</sup> na Eireli. Certo é que a questão se relaciona às sociedades empresárias, que as diferencia das sociedades simples, como informa a parte final do parágrafo único do art. 966 do CC.

Nessa toada, é importante ressaltar que os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil nos informam que, *in litteris*: *Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum* (BRASIL, 1942). Ora, se o magistrado deve atender o fim comum, e havendo omissão à situação da Eireli regularmente constituída, que realiza atividades empresariais, deve aplicar-se à Eireli que atender aos requisitos do pedido de recuperação judicial (art. 48 da Lei 11.101/2005) o mencionado instituto, em equivalência às sociedades limitadas (§ 6º do art. 980-A do CC), haja vista os benefícios que traz à sociedade, com a possível manutenção dos postos de trabalho, o pagamento dos credores, preservando a empresa (atividade), conforme o art. 47 da Lei n. 11.101/2005.

Na linha do que foi exposto, Oliveira (2011) acredita que a falência, em decorrência de recuperação judicial, deve seguir os trâmites das sociedades empresárias, resguardando o patrimônio da pessoa física, de forma que [...] *a decretação de falência da EIRELI deverá seguir os mesmos moldes da falência das sociedades empresárias, causando espé-*

cie o fato de que o impedimento de exercício de atividade empresarial não atingirá seu titular, permitindo sua continuidade ou mesmo novo registro como empresário individual, mesmo antes do encerramento da falência.

Moraes (2013, p. 58) direciona-nos, primeiramente, a uma dúvida quanto à possibilidade de recuperação judicial das Eirelis e, posteriormente, pontua quanto à aplicação da Lei, afirmando que, [...] pelo enunciado n° 469, prima facie, não é possível a aplicação do Estatuto Falimentar às EIRELI. Ora, mas pelo enunciado n° 471, teríamos uma EIRELI irregular, caso seus atos constitutivos não fossem arquivados no registro competente (que pode ser a Junta Comercial), e, portanto, a EIRELI irregular poderia falir pela Lei 11.101/2005. Como não entender o mesmo para a EIRELI regular inscrita na Junta Comercial? Desta forma, entendemos que a Lei de Falências atual se aplica às EIRELI, com a observância das normas das sociedades empresárias limitadas, conforme determina a lei ordinária que alterou o Código Civil.

Decerto, a Eireli registrada na Junta Comercial que possua “elemento de empresa” poderá, por analogia, adequar-se às regras atinentes à recuperação judicial da sociedade empresária, da espécie limitada, de acordo com a Lei n. 11.101/2005, com observância ao art. 980-A, § 6º, do Código Civil, possibilitando a sua recuperação para atender a sua função social, por determinação constitucional, de acordo com o art. 170, inc. III, da Carta Maior de 1988, como já dito alhures.

#### 4.2 AS CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À EIRELI

Como já explanado em tópicos anteriores, o dispositivo legal para a aplicação da nova modalidade de pessoa jurídica foi inserido no ordenamento jurídico pátrio para resguardar o patrimônio pessoal do titular das quotas da Eireli, bem como separá-lo do patrimônio afetado às atividades empresariais da nova pessoa jurídica.

Destarte, a Eireli garante à pessoa física um isolacionismo, evitando a necessidade de constituição de uma sociedade limitada com sócios de fachada, ou de natureza equivalente, que poderia gerar uma burocracia desnecessária. Essa situação leva o titular da Eireli a preservar o

seu patrimônio pessoal, mantendo-o separado da pessoa jurídica do art. 980-A do CC (COELHO, 2011, p. 211).

Com a introdução do § 6º do art. 980-A no Código Civil, tornou-se possível à Eireli, desde que atenda aos requisitos do Estatuto Falimentar e de Recuperação de Empresas, buscar, em caso de crise econômico-financeira, a aplicação do instituto da recuperação judicial (e, quiçá, extrajudicial).

#### 4.3 ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Apresentados os argumentos relativos à aplicação do instituto da recuperação à Eireli, comentaremos alguns casos, relacionados a alguns precedentes jurisprudenciais, que corroboram o exposto.

Quanto ao primeiro caso, cuidamos de um conflito de competência analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, suscitado pela EXCELLENCE RH Serviços – Eireli, em recuperação judicial, tendo em vista decisão do Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Macaé, *in verbis*:

*Cuida-se de conflito positivo de competência, com pedido liminar, suscitado por EXCELLENCE RH SERVICOS – EIRELI – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL em face do JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA EMPRESARIAL DO RIO DE JANEIRO – RJ, do JUÍZOS DA 1ª VARA DO TRABALHO DE MACAÉ – RJ e DA 2ª VARA DO TRABALHO DE MACAÉ – RJ. – Diz a suscitante que, apesar de estar submetida a processo de recuperação judicial desde 12/05/2014, com a determinação para que todas as ações e execuções ajuizadas contra si permanecessem suspensas pelo prazo de 180 dias, os ds. Juízos da 1ª e da 2ª Vara do Trabalho de Macaé/RJ, mesmos cientificados desses fatos, teriam determinado o prosseguimento das execuções trabalhistas promovidas por Jodilson Gonçalves dos Santos, Rosiel Brasil Pereira, e Juliana Silva Santos (processos nº 0001320-57-2014-501-0482/2ª VT de Macaé, 0001319-72-2014-501-0482/2ª VT de Macaé e 0000807-92-2014-5-01-8401/1ª VT de Macaé, respectivamente), com o bloqueio de créditos de sua titularidade, invadindo, assim, a competência do d. Juízo da Recuperação (BRASIL, 2001).*

No caso mencionado, a recuperação judicial já havia sido processada e concedida pelo Juízo da 6ª Vara Empresarial da

Comarca da Capital no Rio de Janeiro/RJ, e os Juízos da 1ª e 2ª Varas do Trabalho de Macaé, mesmo oficiados quanto à recuperação judicial da Eireli executada, prosseguiram com as execuções trabalhistas. Foi, então, apresentado Conflito de Competência ao Superior Tribunal de Justiça, por força do art. 105, inc. I, alínea “n”. O Ministro Relator Raul Araújo conheceu do conflito e declarou competente o Juízo da recuperação. Tal situação demonstra que uma das turmas do STJ, de forma indireta, acatou a recuperação judicial da Eireli, à luz da Lei n. 11.101/2005, nada obstante não estar a Eireli especificada no art. 1º do Estatuto Falimentar e de Recuperação de Empresas, que versa sobre a recuperação judicial do empresário individual e da sociedade empresária.

Na sequência, o segundo caso advém da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A 6ª Vara Cível de Caxias do Sul concedeu a recuperação judicial à JK Ferreira Terraplanagem (Eireli), conforme a decisão, *in litteris*: *Trata-se de ação de recuperação judicial de empresa com fundamento no art. 48 e seguintes da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, narrando as dificuldades financeiras pelas quais vem passando, justificando a necessidade e a utilidade do procedimento recuperatório. Informou as causas que ensejaram à situação de crise financeira e forneceu razões para justificar a sua pretensão, fundada na reversibilidade do quadro. Sustentou enquadrar-se nas disposições dos artigos 48 e 51 da já referida lei e requereu o processamento da recuperação pretendida, sustentando ter atendido aos requisitos dos citados dispositivos, cujo plano será apresentado no prazo legal. Ainda, pleiteou, liminarmente, ordem para os credores sustarem os efeitos dos protestos já realizados e abstenção de procederem novos protestos, contra si e seus garantidores. É o relatório. (RIO GRANDE DO SUL, 2015)*

Nesse caso, a Eireli JK Ferreira Terraplanagem pede o processamento da recuperação judicial, não havendo uma rejeição de plano do pedido. Atentos a tais questões, entendemos que os precedentes jurisprudenciais se alinham à ideia de concessão de recuperação judicial às Eirelis.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Lei n. 12.441/2011, foi inserida, no ordenamento jurídico pátrio, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli, com o intuito de beneficiar os empreendedores individuais, haja vista que, antes do advento da nova Lei, aqueles que desejavam praticar atividades empresariais, sem o inconveniente de terem o seu patrimônio pessoal envolvido em execuções e ações relativas a tais atividades, na qualidade de empresários individuais, eram levados a constituir sociedades empresárias de fachada, com sócios meramente formais, com baixíssima participação no capital social (cerca de cinco a um por cento). Tal prática tinha por objetivo resguardar o patrimônio da pessoa física, sócio principal da sociedade empresária.

No que tange à natureza jurídica da Eireli, trata-se de uma nova modalidade de pessoa jurídica; não é espécie de sociedade empresária, nem uma sociedade unipessoal. Todavia, apesar de ter natureza jurídica própria, a ela aplicam-se os institutos atinentes às sociedades limitadas, em casos de omissão, conforme o § 6º do art. 980-A do Código Civil.

O ponto controvertido do artigo foi a possibilidade de aplicação do instituto da recuperação judicial, da Lei n. 11.101/2005, à Eireli que possua “elemento de empresa”, por haver lacuna legal. Outrossim, o entendimento doutrinário e os precedentes jurisprudenciais trazidos à lume entendem ser possível a aplicação do instituto dado pela Lei n. 11.101/2005, por analogia da Eireli que tenha atividades empresariais, com as sociedades limitadas, espécies de sociedades empresárias, por força do art. 1º do Estatuto Falimentar.

Quanto à recuperação judicial, podemos destacar que está delineada na Lei n. 11.101/2005, sob a forma de procedimentos judiciais, aplicada aos empresários individuais ou coletivos em dificuldades financeiras, desde que atenda ao art. 48 da mencionada norma, no intuito de acordar com seus credores, a fim de permitir que o empresário supere sua crise econômico-financeira, visando à manutenção dos postos de trabalho e à preservação dos direitos e interesses de natureza econômica dos credores, promovendo, assim, a continuidade da empresa, bem como a sua função social.

A recuperação judicial inicia-se com a postulação do pedido do devedor para a instauração do processo de recuperação, que apresentará um plano para superar a crise. Aprovado o plano pela AGC ou tacitamente, pelo silêncio eloquente dos credores, entra-se na fase de execução do plano, que deve findar-se no prazo máximo de dois anos. Se o plano for rejeitado pela AGC ou não serem cumpridos os compromissos do plano, a falência do devedor é decretada pelo Estado-Juiz.

Outro instituto que tratamos no artigo, a fim de elucidar as diferenças com a recuperação judicial, foi o instituto da recuperação extrajudicial, que é promovido de forma mais célere, entre algumas categorias de credores, destacando que não podem participar os créditos de natureza tributária, os créditos derivados de relações trabalhistas, de bens móveis ou imóveis de arrendamento mercantil, de proprietário ou promitente-vendedor de imóvel cujo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, ou ainda créditos derivados de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Conforme precedentes jurisprudenciais, é possível a aplicação do instituto da recuperação judicial à Eireli.

## NOTAS

- 1 Antiga sociedade por quotas de responsabilidade limitada, do Decreto n. 3.708/1910.
- 2 A legislação portuguesa também acolhe o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, pelo Decreto-Lei n. 248/86, figura, contudo, que não obteve os resultados esperados (NEVES, 2011. p. 216).
- 3 Art. 11. [...] 1) Pelas dívidas resultantes de atividades compreendidas no objeto do estabelecimento individual de responsabilidade limitada respondem apenas os bens a este afetados; 2) No entanto, em caso de falência do titular por causa relacionada com a atividade exercida naquele estabelecimento, o falido responde com todo o seu patrimônio pelas dívidas contraídas nesse exercício, contanto que se prove que o princípio da separação patrimonial não foi devidamente observado na gestão do estabelecimento; 3) No caso previsto no número anterior, a responsabilidade aí cominada recai sobre todo aquele que, tendo exercido anteriormente a administração do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, haja transgredido nessa administração o princípio da separação de patrimônios. Se forem vários os obrigados, respondem solidariamente. (PORTUGAL, 1986)
- 4 Concordata [...] é um favor legal consistente na remissão parcial ou dilação do vencimento das obrigações devidas pelo comerciante (COELHO, 2010, p. 381).
- 5 Tal demonstração de regularidade obtém-se com a certidão da Junta Comercial onde o empresário possui registro do principal estabelecimento ou da filial inadimplente.
- 6 Diz-se que há novação quando as partes criam obrigação nova para extinguir uma antiga. Assim, a novação é um modo de extinção de obrigações. Todavia, ao mesmo tempo em que, por meio dela, a primitiva obrigação perece, outra surge, tomando seu lugar (CARVALHO NETO, 2009, p. 107).
- 7 Empresa é a atividade ou o empreendimento mercantil, desenvolvida por empresário, seja ele coletivo (sociedade empresária) ou individual (pessoa física). Se no todo ou em parte, a pessoa exerce atividade mercantil, com pessoas (prepostos e administradores), bens (estabelecimento) e sob a forma corporativa (organizacional), visando lucro, a pessoa terá elemento de empresa (ver art. 1142 do Código Civil).

## REFERÊNCIAS

- AQUINO, Leonardo Gomes. Sociedades não personificadas. *Consilium: Revista Eletrônica de Direito*, Brasília, DF, n. 4, v. 1, maio/ago. de 2010. Disponível em: [http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/consilium\\_04\\_05.pdf](http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/consilium_04_05.pdf). Acesso em: 24 maio 2015.
- LUPI, André Lipp Pinto Bastos; SCHLÖSSER, Gustavo Miranda. A empresa individual de responsabilidade limitada: aspectos societários, tributários e econômicos. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, v. 8, n. 43, p. 60-72, 2012.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm). Acesso em: 24 maio 2015.
- BRASIL. *Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 24 maio 2015.
- BRASIL. *Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011*. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm). Acesso em: 24 maio 2015.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2012/112441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2012/112441.htm). Acesso em: 24 maio 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Processo n. 2014/0131170-6. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/diarios/documentos/133047400/conflito-de-competencia-n-134172-rj>. Acesso em: 24 maio 2015.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Curso de direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. Revisitando a Lei de recuperação de empresas: os 8 anos de vigência da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. *Revista Síntese Direito Empresarial*: ReDE, v. 6, n. 31, p. 127-132, mar./abr. 2013.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito da empresa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010-2013. v. 1. Empresa e estabelecimento. Títulos de crédito.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falências e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERNANDEZ, Hamilton Donizeti Ramos. *A sociedade unipessoal por quotas de Portugal e a empresa individual de responsabilidade limitada no Brasil*. Santa Cruz do Rio Pardo, SP, [2014]. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto708.html>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5., 2011, Brasília, DF. V Jornada de Direito Civil. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2012. 388 p.
- NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. A nova empresa individual de responsabilidade limitada. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 215-234, out./dez. 2011.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MIRANDA, Maria Bernadete. Ato constitutivo e o titular da empresa individual de responsabilidade limitada. *Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania*, São Roque, v. 5, p. 3-14, 2014.
- MORAES, Francisco de Assis Basílio de; DONADELLO, Daniel Franzotti; SANTOS FILHO, Rubens dos. Conceito de principal estabelecimento do devedor no novo estatuto falimentar. *Revista de Direito Empresarial: RDEmp*, Belo Horizonte, ano 11, n. 3, p. 147-163, set./dez. 2014.
- MORAES, Francisco de Assis Basílio de. *Manual de direito falimentar*. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- OLIVEIRA, Samuel Menezes. Considerações sobre a nova empresa individual de responsabilidade limitada e as consequências de sua falência. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 92, set. 2011. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10288](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10288). Acesso em: 11 set. 2014.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. *Revista direito CV*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 151-166, jan./jun. 2006.
- PINHEIRO, Frederico Garcia. Empresa individual de responsabilidade limitada. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, v. 7, n. 41, out./nov. 2011. p. 59-78.
- PORTUGAL. *Decreto Lei n. 248, de 25 de agosto de 1986*. Cria o estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital, [2007]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=678&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=678&tabela=leis). Acesso em: 24 maio 2015.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho (3. Vara do Trabalho). *Notificação*. 22 de abril 2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/186183377/andamento-do-processo-n-0020223-3620135040404-rtord-06-05-1942o-trt-4>. Acesso em: 24 maio 2015.
- RIO GRANDE DO SUL. *Recuperação Judicial*. Processo n. 11400338395. 2 de março de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/diarios/86871799/djrs-editais-1o-e-2o-grau-02-03-2015-pg-5>. Acesso em: 24 de maio de 2015.
- RODRIGUES, Aldenir Ortiz et al. *Manual da empresa individual de responsabilidade limitada – (Eireli)*. São Paulo: IOB, 2012.
- SCHERER, Tiago. A inserção da empresa individual de responsabilidade limitada no direito brasileiro: parte geral: doutrina. *Revista Síntese Direito Empresarial: RDE*, São Paulo, v. 29, p. 101-121, nov./dez. 2012.
- SILVA, Luiz Antônio Guerra da. Direito societário e direito concursal brasileiro. A crise econômica da empresa e a sua função social. A recuperação ou reestruturação é a solução à manutenção da empresa. Visão panorâmica do direito concursal brasileiro. Lei de recuperações de empresas & de quebras – Lei n. 11.101/2005. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, Ano 9, n. 196, p. 80-99, ed.15 mar. 2005.

Artigo recebido em 17/4/2018.

Artigo aprovado em 13/7/2018.

---

**Francisco de Assis Basílio de Moraes** é juiz federal e professor da Universidade Vila Velha.

**Daniel Franzotti Donadello** é advogado e professor da Universidade Vila Velha.

**Carla Rocha de Andrade** é advogada e bacharel em Direito pela Universidade Vila Velha.



# BREVE ANÁLISE SOBRE A ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE

120

## *BRIEF ASSESSMENT OF THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE*

Maria Izabel Gomes Sant'Anna de Araujo

### **RESUMO**

Analisa o delineamento, a natureza jurídica, o desenvolvimento e a forma como a *essential facilities doctrine* tem sido aplicada nos Estados Unidos da América, na União Europeia e no Brasil. Demonstra a ampla aplicabilidade do tema em economias que prezam a concorrência, ao garantir a livre-iniciativa e estimular a livre-concorrência.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito econômico; compartilhamento; infraestrutura; Essential Facilities Doctrine; concorrência; livre-iniciativa; monopólio.

### **ABSTRACT**

*This work assesses the outline, legal nature, development and the way the essential facilities doctrine has been applied in the USA, the European Union and Brazil. It demonstrates the broad applicability of the issue to economies that embrace competition, by ensuring free enterprise and by encouraging freedom of competition.*

### **KEYWORDS**

*Economic Law; Sharing; frameworks; Essential Facilities Doctrine; competition; free enterprise; monopoly.*

## 1 INTRODUÇÃO

A doutrina das *essential facilities* requer, para seu estudo, a abordagem da função social da propriedade sob a ótica empresarial, exigindo o conhecimento de técnicas para estímulo e proteção da concorrência e identificação de possíveis práticas de abuso do poder econômico.

Em razão de sua dinâmica e das múltiplas possibilidades de apresentação, o estudo do tema se mostra uma tarefa inesgotável, apresentando sempre novos desafios e formatos para aplicação.

Buscar-se-á no presente estudo compreender como se dá a introdução da concorrência em serviços públicos e privados com estruturas concentradas e, para tanto, faz-se necessário traçar o modelo de concorrência a ser perseguido.

De acordo com a concepção europeia, a concorrência não é tratada como um valor em si mesmo, mas como um meio de se atingir o equilíbrio econômico (concorrência-instrumento). Portanto, admite-se o sacrifício da concorrência diante de outros valores que, no caso concreto, exijam maior proteção.

A concepção europeia se opõe à concepção americana da concorrência como valor absoluto que deve ser preservado (concorrência-condição). Para essa concepção, o único objetivo da Lei Antitruste é eliminar os efeitos autodestrutíveis do mercado e qualquer prática que restrinja de forma significativa a concorrência é tida como ilícita (ALEXANDRE, 2005, p. 205-241).

Dentro da concepção americana, encontramos duas escolas que veem a concorrência sob aspectos diferentes.

A Escola de Harvard se desenvolveu nas décadas de 50 e 60 e sustenta que estruturas concentradas resultariam em condutas concertadas, visando a diminuir a produção e a aumentar os preços. Assim, defendia-se a proteção da pequena e média indústria, buscando estruturas de mercado desconcentradas.

Por outro lado, a Escola de Chicago entendia que estruturas de mercado desconcentradas seriam ineficientes e, por-

tanto, prejudiciais aos consumidores.

A grande questão dentro do direito concorrencial é, portanto, equilibrar a defesa da concorrência e o estímulo à eficiência com o atendimento ao interesse público. A melhor forma de alcançar este equilíbrio é a criação de um ambiente que permita a realização de escolhas pelos agentes, ainda que, ao final, se decida que o melhor é a concentração.

O presente estudo adota a visão da concorrência como instrumento, atentando-se ao princípio da proporcionalidade, nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, na avaliação do setor que necessita ou não da abertura para mais *players*.

Especificamente em relação ao serviço público, o princípio da subsidiariedade impõe, ao menos inicialmente, que a iniciativa privada deve ser privilegiada, à medida que atender satisfatoriamente os interesses públicos, em detrimento de uma gestão monopolizada, estatal ou privada.

### ***A grande questão dentro do direito concorrencial é [...] equilibrar a defesa da concorrência e o estímulo à eficiência com o atendimento ao interesse público. A melhor forma de alcançar este equilíbrio é a criação de um ambiente que permita a realização de escolhas pelos agentes [...]***

Alexandre (2005), em estudo sobre a concorrência nos serviços públicos, parte da premissa, por nós compartilhada, de que a concorrência não é um valor em si, *constituindo, outrossim, um instrumento da realização mais perfeita possível dos objetivos dos serviços públicos. A concorrência nos serviços públicos só será legítima enquanto atingir esses objetivos.*

Neste momento a *essential facilities doctrine* ganha importância. Isso porque é através do desenvolvimento desta doutrina que se permitirá, em mercados concentrados, a criação de escolhas.

No Brasil, a doutrina recebe um destaque fundamental. Isso porque a maior parte da estrutura econômica brasileira deriva da influência do poder econômico

no mercado, seja do Estado ou dos grandes grupos econômicos privados.

Desde o modelo de colonização adotado por Portugal – quando predominava o monopólio da metrópole sobre a colônia, passando pelas monoculturas exportadoras e pelos monopólios públicos e, mais recentemente, pelos monopólios de direito, previstos constitucionalmente, e pelos monopólios de fato, exercidos pelos grandes grupos empresariais –, a base da economia brasileira foi construída sobre um ou poucos agentes econômicos.

Especialmente durante as décadas de 60 e 70 praticou-se no país uma política concentracionista, com o objetivo de promover um crescimento econômico acelerado com ganhos de escala. Findo o Regime Militar na década de 80, o ambiente industrial brasileiro apresentava elevado grau de concentração, e as contas públicas, um déficit público insuperável. Pior, o déficit não foi causado por investimento nos serviços públicos, e sim por má gestão e

de gás canalizados pelos Estados (EC 5/95), da mineração (EC 6/95), da navegação de cabotagem (EC 7/95), das telecomunicações (EC 8/95) e do petróleo e gás natural (EC 9/95).

Criou-se um ambiente propício para a abertura do mercado e para a livre iniciativa e livre competição, que se opunha ao outrora prevalente ambiente de monopólio. O papel do Estado na economia foi repensado, sendo transformado em agente planejador, fomentador, fiscalizador e coibidor das anormalidades do mercado (NESTER, 2006). A doutrina alerta, assim, que *não seria procedente a alegação de que os valores da livre iniciativa e da livre concorrência seriam aplicáveis apenas às atividades econômicas e não aos serviços públicos, já que estes também são atividades econômicas lato sensu, apenas titularizadas pelo Estado em prol do bem-estar da coletividade. Tanto é assim, que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios fundamentais da ordem econômica constitucional (Título VII da Constituição Federal), da qual o art. 175, que rege os serviços públicos, faz parte* (ARAGÃO, 2005).

Uma das formas encontradas, neste cenário, para a promoção da competitividade em um mercado de base monopolista, sem colocar de lado a legitimidade, foi a importação da doutrina das *essential facilities* (traduzida aqui como infraestruturas/bens/instalações essenciais). Por meio dela se permite que outros agentes acessem as infraestruturas e redes, outrora concentradas no agente monopolista, desde que obedecidos os aspectos técnicos e de segurança, garantindo-se a remuneração adequada ao seu detentor. Manteve-se, por esta via, os ganhos de escala provenientes da concentração – ao dispensar a duplicação da estrutura -, sem, contudo, distribuir os seus benefícios para um único *player* (ALEXANDRE, 2005).

Logo, o que se propõe é separar a gestão da infraestrutura/instalação e a prestação dos serviços. Em âmbito nacional, assim como o antídoto composto pelo próprio veneno, essa desvinculação somente foi possível porque a maioria das infraestruturas já se encontrava construída pelos outrora monopolistas que, mediante a exploração exclusiva por anos, se ressarciram dos altos gastos ligados à atividade menos lucrativa e mais onerosa de construção das redes.

## 2 CONTORNOS DO INSTITUTO

A doutrina da *essential facilities*, com raízes na jurisprudência norte-americana, versa sobre a necessidade de compartilhamento de bens essenciais (*essential facilities*), sob o domínio de um competidor, com os outros agentes do mercado, a fim de promover melhores condições de concorrência.

Em seu desenvolvimento, a doutrina foi absorvida nos Estados Unidos como uma exceção ao princípio geral de que as empresas não têm o dever de contratar. Na Europa, contudo, a mesma doutrina recebeu leitura diversa. A Corte de Justiça Europeia desenvolveu o dever geral de contratar, sendo a doutrina da *essential facilities* uma aplicação particular desse dever geral (ALEXANDRE, 2005).

Apesar de a doutrina das *essential facilities* ser bastante estudada no âmbito do direito da concorrência, existe uma grande dificuldade da doutrina em definir o que seria uma infraestrutura essencial. Assim, encontramos definições no sentido de que corresponde às necessidades da sociedade<sup>3</sup>, às necessidades do

competidor individual<sup>4</sup>, ao poder de mercado do proprietário da *essential facility*<sup>5</sup> e às preferências do consumidor<sup>6</sup>.

No *MCI Communications case*, julgado em 1983, a Corte de Apelação do 7º Circuito Norte-Americano estabeleceu quatro requisitos necessários para aplicação da doutrina das *essential facilities*: (i) a estrutura essencial é controlada por um *player* com poder de mercado; (ii) impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes; (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes; e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano (MCI, 1983).

O primeiro requisito corresponde à tendência de que essas *facilities* estejam presentes em mercados com características de monopólio natural. De acordo com a doutrina, *[O] monopólio natural corresponde na maioria das vezes a uma atividade na qual os custos de produção fixos, representados, sobretudo pela maquinaria, instalações e base territorial são desproporcionalmente elevados em relação aos custos variáveis, correspondentes principalmente a matérias-primas, energia e mão-de-obra. (...) Seus custos em regime de monopólio são assim inferiores àqueles em que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois a alta proporção dos custos fixos exige a produção em grande escala, e o mercado somente absorve a oferta de uma empresa naquele nível de produção* (NUSDEO, 2005, p. 274).

Além da impossibilidade econômica, acima tratada, o monopólio natural pode surgir da impossibilidade física, tais como fontes de insumo únicas e a existência de propriedade intelectual.

Contudo, deve-se esclarecer que é possível a aplicação da doutrina a mercados que não são regidos pelo monopólio natural. Calixto Salomão Filho adverte que *não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência de um agente econômico em relação a outro, na qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou fornecimento do essencial* (SALOMÃO FILHO, 2003).

O segundo requisito se refere à impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes.

A impossibilidade física decorre da unicidade do bem, por natureza. Já a impossibilidade econômica associa-se à necessidade de realizar investimentos recuperáveis ou amortizáveis a um prazo muito longo para atuar em determinado mercado. Além disso, pode não haver interesse social na duplicação do bem, o que é bastante claro no caso das infraestruturas.

O terceiro requisito está presente quando o detentor da estrutura se recusa a fornecer o acesso ao concorrente. Neste caso, não precisa haver uma recusa explícita, basta que crie condições diferenciadas ou mais onerosas aos concorrentes, de modo a dificultar ou impedir o acesso ao bem.

Calixto Salomão Filho esclarece a peculiaridade que envolve a recusa de contratação de um bem essencial: *(...) uma recusa de contratação por parte de um monopolista apenas configura ilícito se tem como propósito: a dominação do mercado ou qualquer outra intenção anticoncorrencial. Não configurado esse propósito, a recusa não passa de livre exercício da liberdade de contratação. No caso das essential facilities, entretanto, a mera recusa já implica prejuízo à concorrência,*

pois o acesso ao bem é fundamental para que o agente concorra no mercado (SALOMÃO FILHO, 1998).

A recusa de acesso estaria justificada, por outro lado, no caso de *free riders* (efeito carona). Os *free riders* são tidos com externalidades negativas, representando custos não compensados. O carona busca, pelo menor esforço pessoal, alcançar o maior aproveitamento do trabalho alheio, usufruindo dos esforços engendrados e dos riscos enfrentados pelo concorrente. Ainda que se disponha a pagar pelo uso do bem, o valor pago não será capaz de compensar os custos de oportunidade relativos àqueles esforços e riscos do concorrente (ALEXANDRE, 2005).

O quarto, e último, requisito trata da possibilidade de liberar o acesso ao bem sem qualquer dano. Neste caso, analisa-se não apenas a viabilidade técnica no compartilhamento, mas também a ausência de prejuízos aos agentes que já utilizam a infraestrutura essencial.

Os critérios fixados no *MCI Communications case* são criticados pela doutrina porque (i) não definem exatamente o que é uma *essential facility* e (ii) já partem do pressuposto de que estamos diante de uma infraestrutura essencial, criando um raciocínio circular (SEELEN, 1997).

Ademais, (iii) há grande dificuldade em se aceitar como critério a inabilidade prática ou irrazoável de um competidor para duplicar a *essential facility*. A jurisprudência americana tem entendido que se está diante de uma *essential facility* se a duplicação dessa *facility* é economicamente inviável e se a recusa de compartilhamento gerar uma grande desvantagem para potenciais novos participantes do mercado<sup>7</sup>. Igualar a inviabilidade prática na duplicação da estrutura com *essential facility* pode acarretar a conclusão equivocada de que uma estrutura é essencial apenas porque um competidor não pode duplicá-la na prática.

Nesse ponto, vale a advertência de que a intervenção na liberdade de contratar exige cautela, sob pena de se criar um estímulo ao comportamento *free rider* e um desincentivo ao investimento e à inovação.

O preço de acesso à infraestrutura

também merece ponderação, visto que não pode ser elevado a ponto de restringir a competição, e nem tão baixo que não remunere satisfatoriamente o seu titular, afugentando futuros investimentos em instalação<sup>8</sup>.

Outro critério que tem sido utilizado pela doutrina (HOVENKAMP, 1994) e pela jurisprudência americana<sup>9</sup> para delimitar uma *essential facility* é o mercado relevante.

O CADE, por exemplo, analisa necessariamente o mercado relevante no caso concreto antes de concluir pela existência ou não de uma infração à ordem econômica (ADAMI, 2006).

Há certo dissenso se a definição de *essential facility* deverá levar em conta uma questão de política pública ou de análise econômica. Os critérios para aplicação da doutrina no *MCI Communications case* envolvem certamente uma análise econômica. Contudo, a determinação inicial do que é essencial tem muito pouco a ver com economia. Com efeito, as Cortes devem considerar as políticas públicas na determinação de quais tipos de *facilities* os agentes são obrigados a compartilhar (SEELEN, 1997).

**[...] apesar de a doutrina da *essential facility* estar ligada na origem a infraestruturas, a doutrina – não sem algum dissenso – tem aplicado o instituto a bens protegidos por direitos de propriedade intelectual.**

Em seu tratado antitruste, Herber Hovenkamp lista três categorias de *facilities* que as Cortes americanas entendem ser essenciais: (1) monopólios naturais ou acordos de *joint venture* sujeitos a significativa economia de escala; (2) estruturas, plantas ou outros ativos produtivos valiosos que foram criados como parte de um regime regulatório, sejam ou não monopólios, ou (3) estruturas governamentais e estruturas criadas ou mantidas por subsídios (HOVENKAMP, 1994).

Apesar de não ser sempre possível identificar com clareza o que seria uma *essential facility*, conceitua-se a doutrina nos seguintes termos: *O instituto jurídico segundo o qual se assegura a determinados agentes econômicos, mediante o pagamento de um preço justo, o exercício do direito de acesso às infraestruturas e*

*redes já estabelecidas (assim como a determinados insumos e bens), que são indispensáveis para o desenvolvimento da sua atividade econômica, cuja duplicação é inviável, e que se encontram na posse de outros agentes (normalmente em regime de monopólio natural), seus potenciais concorrentes. A esse direito de acesso corresponde uma obrigação específica do detentor da infraestrutura de ceder o acesso ao terceiro, em termos não discriminatórios e razoáveis, a fim de viabilizar os objetivos e políticas de concorrência preconizados pelo Estado. Assim, sob o enfoque do detentor da *essential facility*, a teoria pode ser compreendida como o instituto que lhe impõe, em determinadas circunstâncias e mediante a observância de pressupostos específicos, a obrigação de ceder a terceiros, inclusive potenciais concorrentes, o acesso à infraestrutura caracterizada como indispensável (essencial) ao desenvolvimento de determinada atividade econômica e cuja duplicação é inviável, em contrapartida ao recebimento de um preço justo, que inclua uma indenização pelos investimentos realizados, o custo decorrente da disponibilização da *facility* e uma remuneração razoável (NESTER, 2010).*

*econômico (o entrante) com relação a outro (o detentor da facility): sem o acesso aos bens caracterizados como essential facilities, o entrante fica incapacitado de desenvolver a sua atividade econômica* (NESTER, 2010).

Por outro lado, há quem entenda inaplicável a doutrina sob exame à propriedade intelectual, em razão das peculiaridades da matéria. Isso porque, para preservação dos incentivos de criação de novas descobertas, desenvolveu-se um sistema legal que confere ao criador ou inventor a capacidade de preservar a exclusividade da sua descoberta ou do seu uso. Assim, não seria possível a aplicação da doutrina das *essential facilities*, uma vez que a referida teoria iria contra as políticas de concessão de patentes e direitos autorais e o direito de exclusividade, que lhes é próprio (NESTER, 2010).

### 3 PREVISÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O ordenamento constitucional brasileiro constrói a base para aplicação da *essential facilities doctrine* no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal<sup>10</sup>, ao prever a função social da propriedade. O art. 170, III, da Constituição Federal<sup>11</sup> também lista a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica.

No mesmo sentido, o art. 1.228, §1º, do CC acrescenta que: *O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

Em razão das previsões constitucional e legal, a propriedade privada passa a merecer proteção estatal apenas à medida que *seja utilizada em conformidade com a cultura e o interesse da sociedade em que está inserida (a propriedade deve ser útil à comunidade em que se situa)* (NESTER, 2010).

O art. 36, §3º, da Lei n. 12.529/11 prevê, por sua vez, que constituem infrações à ordem econômica as condutas de limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (inciso III) e de impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (inciso V), à medida que limitem, falseiem ou de qualquer forma prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominem mercado relevante de bens ou serviços; aumentem arbitrariamente os lucros; e exerçam de forma abusiva posição dominante.

Logo, a recusa injustificada ao compartilhamento de bens – quando limitam ou impedem o acesso de novas empresas ao mercado ou impedem o acesso do concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição –, pode configurar infrações à ordem econômica, sujeitas às responsabilidades civil, administrativa e criminal.

Como já mencionado, as Reformas Constitucionais da década de 90 redesenharam o tamanho do Estado brasileiro, transformando o papel do Estado na prestação de grande parte dos serviços públicos. Assim, o Estado deixaria de ser o prestador direto e passaria a atuar como órgão regulatório da atividade privada, em muitos casos através de criação de entidades autárquicas dotadas de elevada autonomia técnica, financeira e administrativa.

O novo modelo exigiu o emprego da função social da propriedade nas estruturas destinadas à prestação de serviços essenciais, e que passariam a ser compartilhadas entre empresas concorrentes.

Neste contexto de desestatização é que se positivou a teoria, em âmbito infraconstitucional, em diversos diplomas que tratam de setores que foram abertos à concorrência.

Em relação às telecomunicações, o art. 73 do diploma acima mencionado é claro ao prever que: *As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.*

Perceba-se que pela previsão legal, é possível, inclusive, o compartilhamento de estruturas de setores diversos.

O art. 146, III, e os arts. 152 e 153 da Lei n. 9.472/97<sup>12</sup> preveem o compartilhamento de redes em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

No setor elétrico também há previsão legal do compartilhamento de bens essenciais. O §6º do art. 15 da Lei n. 9.074/95<sup>13</sup> garante, assim, aos fornecedores caracterizados como produtores independentes de energia elétrica, e respectivos consumidores, o *livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.*

Podemos notar o mesmo fenômeno no setor de petróleo que, desde a Emenda Constitucional 9/95, admite que empresas públicas e privadas explorem a pesquisa e exploração das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; a refinação do petróleo; a importação e exportação dos derivados básicos de petróleo e gás; e de transporte do petróleo bruto, derivados e gás natural.

Nesta esteira, o art.58 da L. 9.478/97<sup>14</sup> prevê a faculdade, a qualquer interessado, do uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito – GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural.

Consolidando o que foi dito até aqui, a Resolução Conjunta n. 1, de 24 de novembro de 1999, editada pela ANATEL, ANEEL e ANP, fixa diretrizes para o compartilhamento de infraestrutura, dispondo expressamente em seu art. 4º que: *O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infra-estrutura de outro agente de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento.*

Por último, mas não menos importante, trazemos a previsão de compartilhamento de estruturas no art. 24, IV<sup>15</sup>, e no 27, IV<sup>16</sup>, ambos da Lei n. 10.233/01, aplicáveis, respectivamente, aos setores de transporte terrestre e aquaviário.

De todo modo, no silêncio da lei setorial, determina-se a

aplicação subsidiária das normas de proteção da concorrência no art. 7º da Lei n. 9.472/97: *As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.*

#### 4 NATUREZA JURÍDICA

Identificam-se ao menos duas grandes correntes a respeito da natureza jurídica da *essential facility doctrine*. Para uma primeira corrente, a obrigação de compartilhamento estaria dentro do instituto da servidão administrativa. Já para uma segunda corrente, o instituto seria integrante do direito contratual.

A primeira corrente é defendida por Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2002)<sup>17</sup>, que sustenta que a *essential facility doctrine* deve ser filtrada durante o processo de importação para o ordenamento nacional, recebendo aqui características de servidão administrativa, com natureza de direito real de natureza pública: *Todas as características de servidão administrativa estão presentes: trata-se de direito real de gozo, de natureza pública, a ser exercido sobre bem de natureza alheia (empresa prestadora de serviços de telecomunicações ou outros serviços de interesse público), para fins de utilidade pública, instituído, com base em lei, em benefício da entidade que presta serviço de interesse coletivo por delegação do poder público.*

Para essa corrente, o preço a ser pago pelo terceiro que demanda o compartilhamento deve se limitar a uma indenização que remunere a diminuição patrimonial pelo uso do bem, não englobando o lucro do detentor da infraestrutura.

Defendendo a segunda posição, Alexandre Aragão (2005) sustenta que a doutrina das *essential facilities* tem natureza contratual, até mesmo pelo tratamento conferido pelos diplomas legais e infralegais que disciplinam a matéria no ordenamento brasileiro. Tratar-se-ia de um contrato privado, regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública), podendo ser também forçado, caso reste à autoridade reguladora a fixação dos termos diante de impasse entre as partes.

A segunda corrente afasta a caracte-

rização da *essential facilities* como servidão administrativa, sob a justificativa de que a servidão obriga o particular a permitir que o Poder Público transite por sua propriedade ou nela instale uma infraestrutura. Aqui, ao contrário, não há obra nem instalação de infraestrutura a ser realizada, mas sim um direito de uso ou direito de acesso a uma infraestrutura já construída por terceiros. A servidão é tratada (e.g. o art. 7º, I, da Resolução Conjunta 01/99) como objeto de acesso, e não como veículo de acesso.

**[...] ao contrário da servidão, não há óbices ao compartilhamento sobre uma infraestrutura de titularidade do próprio ente concedente e regulador, como na hipótese de o Poder Público compartilhar um bem de sua titularidade gerido por um delegatário.**

Não haveria, de igual modo, as características da perpetuidade e oponibilidade *erga omnes*, típica das servidões. Isso porque o acesso é garantido somente enquanto e à medida que o concorrente estiver desenvolvendo a atividade, sendo inexistente o impedimento ao acesso da rede por outros *players*.

Ademais, o compartilhamento possui uma dinâmica que o afasta do regime de servidão, já que podem ser renegociadas as condições de acesso ao bem, sempre mediante justa remuneração. Neste ponto, não há como aproximar da justa indenização da servidão a remuneração prevista no regime de *essential facilities*, visto que a remuneração pressupõe mais que prejuízos sofridos, englobando também o lucro do detentor da infraestrutura.

Talvez a diferença mais marcante entre os institutos seja a desnecessidade de declaração de utilidade pública e do processo judicial previsto no Decreto-lei 3.365/41, bem como a ausência de previsão legal – que afasta a *essential facility* do instituto da servidão legal. Na servidão legal a lei prevê de forma determinada e objetiva a área da servidão. O compartilhamento de infraestrutura, por sua vez, conta apenas com uma previsão legislativa genérica, dependendo a sua efetivação de diversos fatores, como, por exemplo, da manifestação de vontade das empresas entrantes de obter o acesso.

Por fim, ao contrário da servidão,

não há óbices ao compartilhamento sobre uma infraestrutura de titularidade do próprio ente concedente e regulador, como na hipótese de o Poder Público compartilhar um bem de sua titularidade gerido por um delegatário.

#### 5 O PROBLEMA DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES

O principal entrave à aplicação da doutrina das *essential facilities* é a assimetria de informações entre os *players* e os órgãos reguladores.

A distribuição desigual de informações tem efeitos diretos no mercado, influenciando os valores atribuídos a um bem, ou ainda dele excluindo mercadorias ou pessoas (AKERLOF, 1970).

Exemplo marcante da repercussão da assimetria de informações é o caso levado a julgamento no CADE, envolvendo a Embratel e a Telesp.

A Norma n. 30/96, vigente à época e editada pela ANATEL, estabelecia que as operadoras deveriam observar os valores máximos fixados pela agência na exploração industrial de linhas dedicadas. Porém não havia preocupação de se estabelecer um parâmetro objetivo para o cálculo dos descontos.

Aproveitando-se desta falha regulatória, a Telesp concedeu descontos significativos para a sua subsidiária, que a colocava em situação de vantagem em relação às concorrentes.

O tratamento discriminatório só foi notado pelas concorrentes após procedimento licitatório, quando foi dada publicidade ao valor do serviço prestado pela subsidiária da Telesp. Na ocasião, percebeu-se que o custo do serviço prestado pela subsidiária era inferior ao preço pago pela Embratel pelo simples acesso à rede da Telesp. Ou seja, o valor final do serviço fornecido pela subsidiária em vantagem não cobriria os custos da interconexão suportados pela sua concorrente.

Para solução do problema da assi-

metria de informações entre a controladora e a subsidiária, propõem-se três formas de segregação: contábil, jurídica ou societária: *A segregação contábil é a primeira delas. Se uma empresa atua em dois ramos distintos, ainda que correlatos, é possível determinar a contabilização em separado de cada uma, o que evita o uso de subsídios cruzados, por exemplo, para lesar a ordem econômica. Busca-se facilitar o acesso à informação contábil, como forma de permitir uma fiscalização mais apurada pelos órgãos responsáveis. O segundo modelo é o de segregação jurídica. Determina-se que uma mesma pessoa jurídica não pode explorar as atividades que integram uma mesma cadeia produtiva. Por óbvio, ela inclui a etapa anterior, mas não chega a proibir que as empresas façam parte de um mesmo grupo econômico. (...) Por fim, a solução mais interventiva é a segregação societária ou controle estrutural que parte justamente para a desconcentração do mercado pela separação do grupo econômico que o explora. As empresas passam a agir de forma completamente autônoma, sem qualquer vínculo econômico* (ADAMI: 2006).

No caso da Telesp, optou-se pela segregação jurídica, de modo a não interferir diretamente na estrutura societária do grupo econômico.

Outra solução que surgiu no caso da Telesp, visando à redução da assimetria de informações, foi a formulação pela ANATEL de exigências de publicidade, como a obrigatoriedade de disponibilizar, no site da empresa, tanto minutas de contrato-padrão para fornecimento do serviço<sup>18</sup> quanto os valores dos descontos eventualmente concedidos, e respectivos critérios para sua concessão<sup>19</sup>.

126

### **Em âmbito jurisprudencial, destacam-se acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o dever de compartilhamento de infraestruturas.**

Em razão da impossibilidade prática de se adentrar nas minúcias da formação dos preços cobrados pelo uso da infraestrutura, haja vista a já apontada assimetria de informações, a ANATEL criou um sistema dinâmico para a aferição desse valor.

Ainda na busca de reduzir a assimetria, foi editada a Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP n. 02/01 que, em seu art. 23, determinou que as provas nos processos administrativos de composição de conflitos de compartilhamento devem ser pré-constituídas<sup>20</sup>.

Mesmo com uma regulamentação aprimorada, a realidade atual no Brasil é muito favorável à fornecedora do serviço com poder significativo de mercado – não porque não há previsão regulamentar quanto a preço ou prazo de atendimento do acesso, ou mesmo lei que preveja punições para as práticas anti-competitivas, caso elas ocorram –, porque a fornecedora com poder de mercado significativo continua controlando informações essenciais para a comprovação de suas condutas pelas autoridades estatais responsáveis e pelas solicitantes, inexistindo hoje mecanismo eficiente para a redução dessa assimetria de dados (ZIEBARTH, 2011).

## **6 O DESENVOLVIMENTO DA DOUTRINA NA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA**

No caso inaugural *Unites States v. Terminal Railroad Ass'n*<sup>21</sup> a Suprema Corte Americana, em 1912, decidiu que a *Terminal Railroad* – que consistia em um grupo de firmas em St. Louis que controlava o acesso às únicas duas pontes ferroviárias que se estendiam pelo Rio Mississipi – deveria prover acesso em termos razoáveis para todas as companhias ferroviárias que de-sejassem utilizar as pontes.

Esse julgado é reconhecido como a origem da doutrina das *essential facilities*, por meio da qual se buscou uma solução conciliatória entre a extinção da *Terminal Railroad Ass'ni* e a ausência de intervenção.

Outro caso que ganhou repercussão em 1945 foi *Associated Press v. United States*<sup>22</sup>, em que se entendeu que não apenas estruturas monopolísticas ensejariam aplicação da doutrina das *essential facilities*, mas também aquelas detentoras de grande poder de mercado (FARIA, 2014).

Foi reconhecido na ocasião um grande poder de mercado da *Associated Press, joint venture* formada por 1200 jornais espalhados pelos Estados Unidos, que se reuniam para compor e circular notícias entre seus associados. Pelo estatuto da associação, não era permitido o acesso às notícias pelos não associados. O ingresso na associação era livre, porém, caso um jornal concorrente apresentasse objeção, o novo associado somente seria aceito após a votação majoritária e o pagamento de uma elevada taxa.

As condições estipuladas em caso de objeção foram reconhecidas como violadoras da livre concorrência.

A criação de critérios para aplicação da doutrina das *essential facilities*, como narrado acima, também é fruto de criação jurisprudencial no caso MCI e AT&T, julgado em 1983 (MCI, 1994). Na referida ação, a MCI alegava que a AT&T recusava-se a interconectar a MCI com os distribuidores locais de telefonia. Para resolução da controvérsia, a Corte traçou requisitos para aplicação da doutrina, quais sejam: (i) estrutura essencial é controlada por um *player* com poder de mercado; (ii) impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes; (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes; e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano. Esses requisitos foram, posteriormente, utilizados para resolução de outros casos envolvendo proteção da concorrência (HOVENKAMP, 1994).

No emblemático caso *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*<sup>23</sup>, julgado em 1985, as sociedades *Aspen Skiing Co.*, com equipamentos em três montanhas, e *Aspen Highlands Skiing Corp.*, com equipamentos em apenas uma montanha, discutiram se um tiquete conjunto para os usuários acessarem as quatro montanhas era uma *essential facility*.

Durantes muitos anos as sociedades se uniram em diferentes formas de *joint ventures* para ofertar um tiquete conjunto. Após disputas envolvendo a distribuição da receita conjunta, a *joint venture* foi desfeita. A Suprema Corte, analisando o caso sob a ótica da recusa de contratar, entendeu que não houve justificativa comercial válida para a recusa da *Aspen Skiing Co.* em vender o tiquete conjunto, não havendo ganho de eficiência. Ademais, comprovou-se a existência de uma demanda específica pelo tiquete conjunto, tendo os consumidores sido afetados pela sua eliminação.

No caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*<sup>24</sup>, foi levada à Corte a conduta da Kodak, que passou a vender peças para manutenção das suas copiadoras apenas para os compradores de equipamentos Kodak que também adquirissem seu serviço de manutenção. Dessa forma, foi limitado o acesso de empresas especializadas em manutenção às suas peças. A jurisprudência constatou que não só não havia justificativas negociais válidas para a recusa da Kodak em fornecer as peças às demais empresas que eram especializadas em manutenção, como também os preços de seus serviços de reparo haviam aumentado consideravelmente após a saída desses concorrentes do mercado, o que representava uma violação à lei antitruste.

Sobre o julgado, relevante destacar que a proteção à propriedade intelectual não constituiu uma imunidade para o monopolista detentor da *essential facility* se recusar a contratar. Quando muito, a propriedade intelectual pode caracterizar uma justificativa comercial válida por parte do monopolista que se recusa a compartilhar o bem (NESTER, 2010).

O caso *Blue Cross & Blue Shield v. Marshfield Clinic*<sup>25</sup> envolveu a alegação do plano de saúde *Blue Cross* de que a *Marshfield Clinic* e seu corpo técnico eram *essential facilities* e que qualquer plano de saúde poderia demandar acesso em iguais condições. O pedido fundamentava-se no fato de que a *Marshfield Clinic* estava localizada em Marshfield, no estado de Wisconsin. Apesar da cidade contar com uma população em torno de vinte mil habitantes, a *Marshfield Clinic* contava com mais de 400 médicos em seu corpo clínico – representando o quinto maior na América do Norte.

A Corte de Apelação Americana entendeu que a *Marshfield Clinic* e seu corpo técnico não eram *essential facilities*. Assim, a *Marshfield Clinic* não tinha a obrigação de dividir sua estrutura com a *Blue Cross* (SEELLEN, 1997).

## 7 APLICAÇÃO DA TEORIA NA UNIÃO EUROPEIA

No caso *Volvo v. Erik Veng*<sup>26</sup>, julgado em 1989, a Volvo se negou a licenciar o desenho do painel de seus carros para outras empresas fabricantes. A Corte de

Justiça afirmou que, mesmo que uma empresa ocupasse uma posição dominante no mercado, ela poderia se recusar a licenciar direitos de propriedade intelectual, ainda que em troca de *royalties*. Entendimento em sentido contrário representaria uma privação de seu direito à exclusividade.

A Corte de Justiça traçou no julgado alguns parâmetros para verificar se a recusa em contratar seria ilegítima, configurando abuso nas seguintes hipóteses: (i) recusa arbitrária de fornecer partes avulsas para empresas que prestam serviços de manutenção e reparo de forma independente; (ii) fixação dos preços dessas peças em um nível injusto; (iii) decisão de descontinuar a produção de peças avulsas para um modelo particular, embora muitos carros daquele modelo continuem em circulação.

Outro caso emblemático<sup>27</sup> envolveu o Reino Unido e a Irlanda, que reconheciam direitos autorais sobre listas diárias de programação de canais de televisão. A empresa Magill desejava comercializar um guia de TV que abrangesse todos os canais, porém as emissoras recusaram a licença.

A Corte de Justiça novamente entendeu que direitos de propriedade intelectual não implicariam, necessariamente, existência de posição dominante; e que a recusa de licenciar esses direitos, mesmo que a empresa se encontrasse em posição dominante, não constituiria abuso.

Contudo, no caso específico, a Corte concluiu que não havia justificativa para a recusa, a não ser reservar para si o mercado a jusante de guias de TV. A conduta das emissoras configuraria abuso de posição dominante, motivo pelo qual foi concedido o licenciamento compulsório dos direitos autorais sobre as listas semanais da programação (ALEXANDRE, 2005).

A doutrina das *essential facilities*, por outro lado, não foi reconhecida no caso envolvendo a *Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint*<sup>28</sup>, julgado em 1998 pela Corte de Justiça.

As circunstâncias que envolveram o caso são as seguintes: Bronner publicava um jornal regional na Áustria, chamado *Der Standard*. A Mediaprint, por seu turno, publicava dois jornais, o *Neue Kronen Zeitung* e o *Kurier*. Para atender a demanda, a Mediaprint desenvolveu um sistema de distribuição domiciliar para

possibilitar a circulação de seus jornais. A concorrente Bronner ajuizou, assim, uma ação para ter acesso ao sistema de distribuição em domicílio, sustentando que outras formas de distribuição seriam menos vantajosas, e que devido à reduzida circulação do jornal por ela publicado, seria inviável estabelecer um sistema próprio de entrega em domicílio.

A Corte de Justiça não acolheu o pedido da Bronner, porquanto o acesso ao sistema de distribuição da Mediaprint não poderia ser considerado essencial para que a postulante concorresse no mercado. Existiam outras opções para a entrega em domicílio de jornais que, embora menos vantajosas, não a eliminavam do mercado. No caso, foi reconhecido o intuito da postulante de pegar carona no sistema de distribuição da concorrente.

## 8 APLICAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL

Inicialmente, interessante fazer a ressalva de que, na prestação dos serviços públicos, em especial a concorrência, deve ser encarada como instrumento para a coesão social. Assim, a *Teoria das Instalações Essenciais não pode ser aplicada sem adaptações a um regime jurídico de Direito Administrativo, como o brasileiro, em que os bens afetados à prestação de serviços públicos têm uma natureza no mínimo híbrida: são reversíveis, não podem ser alienados (ex vi, por exemplo, art. 101 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT), são impenhoráveis e imprescritíveis, os delegatários apenas exercem a sua gestão para os fins públicos previstos no marco regulatório, etc* (ARAGÃO, 2005).

No Brasil, o caso pioneiro julgado pelo CADE ocorreu em 1998. Tratava-se da análise do ato de concentração entre a Companhia Petroquímica do Sul – COPESUL, empresa petroquímica de primeira geração, e OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A., empresas petroquímicas de segunda geração. A operação envolvia contratos de fornecimento de eteno e propeno no projeto de ampliação do Polo Petroquímico de Triunfo. A Petroquímica Triunfo S.A., empresa integrante do polo e dependente dos produtos de primeira geração, forneci-

dos pela COPESUL, foi excluída do projeto.

Assim, durante o processamento do ato de concentração no CADE, a Petroquímica Triunfo S.A. manifestou-se contra a operação, sob a justificativa de que a sua inclusão no projeto era essencial para que pudesse continuar concorrendo no mercado.

O CADE não acolheu o pedido de acesso formulado pela Petroquímica Triunfo S.A., pois se entendeu que a COPESUL tinha justificativas econômicas razoáveis para excluir a outra de seus contratos<sup>29</sup>.

Posteriormente, em 2001, em um caso envolvendo a Globo e a Directv, discutiu-se a possibilidade de caracterização do sinal da Globo como uma *essential facility*, hipótese que criaria o dever da Globo de garantir o acesso à Directv, independentemente de legislação específica.

O CADE negou a caracterização do sinal da Globo como *essential facility*. No julgado, foi fixado que o compartilhamento da infraestrutura essencial exige, no mínimo, os seguintes requisitos: (i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência; (ii) que não seja economicamente eficiente e nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura; (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência; (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa para o concorrente; (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável.

128

**[...] foi adotada a visão da concorrência como instrumento, atentando-se ao princípio da proporcionalidade, nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para avaliação do setor que admite ou não a abertura para mais de um player.**

Ora, o sinal das transmissões de TV aberta da Rede Globo não se enquadra, de nenhum modo, na categoria de infraestrutura essencial: (i) não é indispensável (tanto que a Directv, mesmo sem ele, continua sendo um concorrente forte e arrojado); (ii) não é impossível à Directv duplicar a estrutura, vale dizer, produzir seu conteúdo ou contratá-lo com terceiros, como fez, por exemplo, com a Disney; (iii) a manutenção da Directv como concorrente, a entrada e crescimento da Tecsate no mercado e a autorização, pela ANATEL, da operação de novos concorrentes no mercado de TV por Satélite mostram, à saciedade, que a Globo ou a SKY estão distantes, com os dados disponíveis no momento, de ter potencial para eliminar a concorrência; (iv) a 'facilidade' pretendida pela Representante é, sem dúvida, um caminho fácil e oportunista – que não exige sequer talento, criatividade e identificação com a sensibilidade da cultura brasileira – para obtê-la de maneira menos dispendiosa; (v) a recusa de disponibilização encontra justificáveis e razoáveis razões, econômicas e jurídicas, por se tratar, o sinal aberto, de serviço de acesso gratuito e protegido pelo marco regulatório existente. Não pode haver essencialidade

naquilo que é redundante. Portanto, foi afastada a aplicação da teoria da *"essential facility"* no caso analisado.<sup>30</sup>

Em 2002 foi a vez do julgado envolvendo as tarifas telefônicas de longa distância. Tratava-se de pedido de medida preventiva formulado pela Embratel em face da Telesp e da Telefônica Empresas, subsidiária da Telesp, no processo de licitação realizado pela Prodam. Como visto em tópico anterior, a postulante argumentava que a Telesp vinha realizando discriminação de preços de acesso no provimento de serviço de acesso local. Isso porque a oferta apresentada pela Telefônica Empresas no procedimento licitatório foi menor do que a tarifa de interconexão paga pela Embratel à Telesp.

O CADE concedeu a medida preventiva sob os seguintes fundamentos: (i) parte da demanda de baixa velocidade pode ser considerada um insumo essencial controlado por um monopolista; (ii) quanto à viabilidade de duplicação, entendeu ser "essa possibilidade inviável em termos econômicos, além de ser socialmente ineficiente"; (iii) a existência de assimetria de informações impossibilitava a verificação do abuso na medida em que a *Representada era a única detentora da informação necessária à constatação do fato afirmado*. Não obstante, entendeu-se que não havia indícios suficientes para demonstrar que a diferença de preços de acesso seria justificada pelos critérios apontados pela Representada; (iv) não houve nenhuma alegação de que a concessão à Embratel de igualdade nas condições de acesso comprometeria a qualidade do acesso dos demais clientes da Telesp.<sup>31</sup>

Em âmbito jurisprudencial, destacam-se acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o dever de compartilhamento de infraestruturas.

Em caso levado a julgamento no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a COSERN – COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE recorreu para impugnar a determinação de preço por parte da ANEEL e da ANATEL em relação ao compartilhamento de poste de energia elétrica. O recurso da COSERN não foi conhecido por razões processuais, contudo no acórdão foi reconhecida a legitimidade da ANATEL para figurar no polo passivo da ação, em razão da recusa em homologar contratos de compartilhamento.<sup>32</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também julgou interessante caso sobre a matéria. Tratava-se de ação ajuizada pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Vassouras em face de Tim Celular S.A. e Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel. Como causa de pedir sustentava a autora que, em 25 de fevereiro de 2002, celebrou com a ré Embratel contrato de locação para instalação de torre, contêiner ou edícula, e também equipamentos de telecomunicações. Expôs que, durante o mesmo período em que houve a pactuação da locação, a corré Tim Celular S.A. também manifestou interesse em locar área próxima, para instalação de seus equipamentos de telefonia, todavia, não veio a formalizar proposta. Aduz que, depois que a Embratel instalou sua antena e os equipamentos no local, a Tim Celular adentrou arbitrariamente no terreno, arrombando o cadeado que trancava a porteira e instalando, dentro do mesmo espaço, sua antena e seus equipamentos, infringindo

gindo cláusula do contrato de locação firmado com a primeira. Afirmou acreditar haver convivência da locatária, e que não tem conseguido obter ressarcimento das rés pelo uso do espaço.<sup>33</sup>

O Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Vassouras julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, para condenar a ré Tim ao pagamento de aluguel pela fração de imóvel que ocupa, a partir de 13 de fevereiro de 2004, e para estabelecer que caberá à Embratel ressarcir à corré metade do montante da indenização. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve a sentença.

A Embratel interpôs recurso especial sustentando que exerce serviço público e que tem o dever de permitir que outras empresas prestadoras de serviços de telecomunicações compartilhem de sua infraestrutura, não se tratando de mera conveniência para a obtenção de lucratividade com o compartilhamento de suas instalações, mas de imposição legal.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial, sustentando que a relação entre a Embratel e a Tim tem características de servidão administrativa. De acordo com o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, (...) *Como visto das disposições legais e infralegais do órgão regulador, o compartilhamento de infraestrutura é compulsório, exaustivamente regulamentado, inclusive no tocante ao preço que cabe à operadora a ele obrigada – fórmula estipulada no anexo da Resolução de regência. É, segundo penso, inviável atribuir a natureza jurídica de sublocação à operação. 5. Nesse passo, tendo em vista a ideia de submissão dos direitos subjetivos ao interesse público, o direito de uso, previsto no artigo 73 da Lei Geral de Telecomunicações, cristaliza servidão administrativa instituída pela lei em benefício das prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, constituindo-se direito real. (...) Dessarte, fica nítido que, em vista da característica de servidão administrativa do compartilhamento de infraestrutura, só haveria de cogitar-se em remuneração se houvesse previsão legal específica, e em indenização se houvesse redução do potencial de exploração econômica do bem imóvel – o que não ocorre, visto que a autora está fazendo*

*a exploração econômica de seu bem e recebendo regularmente aluguéis, que não são em nada prejudicados pelo uso compartilhado da infraestrutura construída pela locatária Embratel.*

Foi ressaltado, ademais, que o art. 25 da Resolução n. 274/2001 da Anatel estabelece que os preços a serem cobrados e demais condições comerciais devem assegurar a justa remuneração à prestadora de serviço público de telefonia de custos alocados à sua infraestrutura compartilhada. Não há, pois, qualquer previsão nesse diploma regulamentar de remuneração ou participação na avença do locador do espaço em que está instalada a infraestrutura.

Por fim, trago caso recentemente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça envolvendo Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda. e o Banco Itaú S.A., tendo por propósito obstar que o banco demandado encerre, conforme notificação extrajudicial previamente encaminhada, o contrato de conta-corrente estabelecido entre as partes<sup>34</sup>.

A demandante esclareceu que explora a atividade de intermediação da comercialização de moeda virtual, denominada Bitcoin, e que para a realização de compra e venda das moedas virtuais por seu intermédio, os interessados devem necessariamente se cadastrar em seu site, depositando valores em sua conta bancária, que servem de crédito para efetuarem as compras de moedas virtuais.

Sustenta que o encerramento da conta bancária utilizada para depósito pelos seus clientes configura prática abusiva e ato ilícito, nos termos da legislação consumerista e do Código Civil.

A sentença afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor e reconheceu a inexistência de prática de ato ilícito por parte da instituição financeira demandada. O Tribunal de Justiça não deu provimento à apelação.

Em sede de recurso especial, foi mantido o afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que o serviço bancário de conta-corrente é utilizado como implemento de sua atividade empresarial, não se destinando, pois, ao seu consumo final. Entendeu-se, também, que o encerramento do contrato de conta-corrente, como corolário da autonomia privada, consiste em um direito subjetivo exercitável por qualquer das par-

tes contratantes, desde que observada a prévia e regular notificação.

O Superior Tribunal de Justiça não analisou a questão sob o prisma do efeito lesivo à concorrência e da violação à ordem econômica porque a tese não tinha sido utilizada como fundamento da causa de pedir. Apesar disso, o relator, Ministro Marco Aurélio Belizze, deixou consignado em seu voto que *sob o aspecto mercadológico, também se afigura lícita a recusa em manter a contratação, se, conforme sustenta a própria insurgente, sua atividade empresarial se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento da instituição financeira recorrida.*

A Ministra Nancy Andrighi, em voto vencido, reconheceu que a conta-corrente é um insumo essencial para as atividades empresariais da corretora de criptomoedas, sem a qual é impossível à recorrente competir ou mesmo ser economicamente ativa no seu mercado específico. Concluiu, ao final, que *ao encerrar a conta corrente mantida pela recorrente, de forma imotivada e unilateral, a instituição financeira recorrida impôs entraves intransponíveis para o regular exercício de suas atividades comerciais, a qual – por falta de legislação específica e de manifestação das autoridades reguladoras – não apresenta objeto ilícito.*

De todo modo, é de se questionar se a conta corrente poderia ser mesmo entendida como uma estrutura essencial e se a conduta do banco teve como objetivo violar a competição no ramo do mercado financeiro. A questão merece um estudo mais profundo que, entretanto, não poderá ser apresentado no presente artigo.

## 9 CONCLUSÃO

Através da análise apresentada, buscou-se demonstrar a necessidade de equilibrar a defesa da concorrência e o estímulo à eficiência com o atendimento ao interesse público.

Para tanto, foi adotada a visão da concorrência como instrumento, atentando-se ao princípio da proporcionalidade, nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para avaliação do setor que admite ou não a abertura para mais de um *player*.

Neste momento, a *essential facilities doctrine* ganha destaque. Isso porque é

mediante o desenvolvimento desta doutrina que se permitirá, em mercados concentrados, o desenvolvimento da concorrência.

No Brasil, a doutrina recebe uma importância fundamental. Isso porque a maior parte da estrutura econômica brasileira deriva da influência do poder econômico no mercado, seja do Estado ou dos grandes grupos econômicos privados.

A seguir, utilizando como base o *MCI Communications case*, julgado em 1983, foram delineados os requisitos para aplicação do instituto, quais sejam: (i) estrutura essencial é controlada por um *player* com poder de mercado; (ii) impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes; (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes; e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano.

A previsão no ordenamento jurídico nacional também recebeu tratamento próprio, com remissão tanto às previsões constitucional e legal da função social da propriedade, como também à legislação de proteção da concorrência, finalizando com o tratamento da matéria nos setores regulados.

Os conflitos envolvendo a natureza jurídica da *essential facilities doctrine* foram tratados no tópico seguinte, sendo possível constatar a existência de duas grandes correntes sobre o tema. A primeira corrente trata o instituto como servidão administrativa, enquanto a segunda corrente o insere nos estudos relativos aos contratos.

A assimetria de informações entre os *players* e os órgãos reguladores foi destacada como o maior entrave à aplicação das *essential facilities doctrine*, na medida em que a distribuição desigual de informações tem efeitos diretos no mercado, influenciando os valores atribuídos a um bem, ou ainda dele excluindo mercadorias ou pessoas.

Por fim, buscou-se trazer um breve panorama a respeito do desenvolvimento da doutrina na jurisprudência norte-americana e de como o instituto tem sido aplicado na União Europeia e no Brasil.

## NOTAS

- 1 Convém, contudo, a ressalva: *Em todas essas atividades, é a União que detém o monopólio da atividade econômica. Em muitas delas, como já se pôde observar, pode a União atribuir a exploração direta a terceiro através de delegação.* (CARVALHO FILHO, 2009).
- 2 Aqui, vale a distinção entre monopólio e privilégio cunhada pela doutrina e acolhida pela jurisprudência: (...) 1. O serviço postal — conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado — não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em

regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011). Contudo, em alguns momentos faremos referência a monopólios em sentido amplo, para englobar também privilégios.

- 3 United States v. Terminal Railroad Ass'n; Associated Press v. United States. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 4 Twin Lab. V. Weider Health & Fitness e Olympia Equip. Leasing v. Western Union Telegraph. Disponíveis em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/900/566/306296/> e <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/786/794/409185/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 5 Castelli v. Meadville Medical Center e Mckenzie v. Mercy Hosp. of Independence Kan. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/872/411/171765/> e <https://openjurist.org/854/f2d/365/mckenzie-do-v-mercy-hospital-of-independence-kansas>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 6 Aspen Skiin Co. v. Aspen Highlands Skiing. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 7 City of Anaheim v. Southern California Edison Co. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/805/1068/170981/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 8 Discussão relacionada ao preço, diz respeito à possibilidade ou não de interromper o compartilhamento da infraestrutura, em caso de inadimplemento, tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público. Sundfeld (2001) sustenta que: *uma vez ajustadas as condições financeiras, evidentemente cabe ao prestador do serviço de telecomunicações cumprir a obrigação assumida, pagando o preço. O inadimplemento dessa obrigação permite que as empresas de energia detentoras do posto deem por finda e tomem as providências para a extinção da relação, desonerando-se da obrigação de suportar a permanência da rede dessas prestadoras. O fato de se tratar de rede de serviço público não as impedem de assim proceder, sendo impertinente a invocação do genérico "princípio da continuidade do serviço público" para sustentar a impossibilidade de as empresas de energia romperem a relação. É que, especialmente no regime competitivo a que se submetem as telecomunicações, a "continuidade do serviço" não se confunde com a continuidade das operações de um dado prestador.*
- 9 Blue Cross & Blue Shield v. Marshfield Clinic e Castelli v. Meadville Medical Center. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1321617.html>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 10 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;
- 11 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade;
- 12 Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:  
I – é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;  
II – deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;  
III – o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.  
Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.  
Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.
- 13 Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica. (...) § 6º É assegurado

- aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.
- 14 Art. 58. *Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito – GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável.* (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009) § 1º *A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada com base em critérios previamente estabelecidos, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado.* (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009) § 2º *A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.* § 3º *A receita referida no caput deste artigo deverá ser destinada a quem efetivamente estiver suportando o custo da capacidade de movimentação de gás natural.* (Incluído pela Lei nº 11.909, de 2009)
- 15 Art. 24. *Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: (...) IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;*
- 16 Art. 27. *Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: (...) IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;*
- 17 *Compartilhamento de Infraestrutura por Concessionárias de Serviços Públicos. Preço Justo e Razoável. Solução Administrativa de Conflitos.* (DI PIETRO, 2002).
- 18 Art. 23 da Resolução 590/2012 da ANATEL: *Art. 23. A Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD deve tornar disponível Contrato Padrão de EILD em sua página na Internet. § 1º Devem ser apresentados à Anatel e tornados disponíveis na página da Entidade Fornecedora na Internet os contratos de EILD que possuam cláusulas diversas às contidas no contrato padrão de EILD. § 2º O prazo para cumprimento das determinações constantes no caput e no § 1º deste artigo é de trinta dias corridos contados da designação pela Anatel do Grupo como detentor de PMS na oferta de EILD.*
- 19 Art. 7º, §2º, da Resolução 590/2012 da ANATEL: *Art. 7º É facultada à Entidade Fornecedora, na forma da regulamentação, a concessão de descontos nos valores da EILD, que devem ser aplicados de forma isonômica e não discriminatória, sendo vedada a concessão de descontos por critérios subjetivos.*  
 § 1º *A isonomia e a não discriminação na concessão de descontos são aplicáveis para oferta de Linhas Dedicadas de mesmas características técnicas, incluindo o meio de transmissão utilizado.* § 2º *Os valores de descontos concedidos e os critérios para sua concessão devem ser discriminados nos documentos aplicáveis, informados à Anatel e disponibilizados na página da prestadora na Internet.*
- 20 Art. 23. *O requerimento e as informações deverão vir acompanhados das provas consideradas necessárias ao proferimento da decisão, incluindo pareceres, laudos periciais e declarações de testemunhas, prestadas em notário público. § 1º Além das provas que considerarem pertinentes, as partes deverão apresentar: I – cópia dos contratos firmados entre as partes e minuta de contrato ou de termo aditivo sobre o qual possa residir o conflito, com os pontos controvertidos destacados; II – documentação comprobatória da negociação ou tentativa de negociação entre as partes; e III – cópia da comunicação prevista no parágrafo único do art. 19 deste Regulamento. § 2º Não serão admitidas as provas obtidas por meios ilícitos. § 3º As partes poderão requerer à Comissão a produção de prova, justificadamente, diante de impossibilidade material de sua própria apresentação.*
- 21 *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/383/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 22 *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 23 *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 24 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 25 *Blue Cross v. Marshfield Clinic*, 883 F. Supp. 1247 (W.D. Wis. 1995). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/883/1247/1766960/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 26 *Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd* (238/87) EU:C: 1988:477 (05 October 1988). Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-003-0437?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&hpcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-003-0437?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&hpcp=1). Acesso em: 30 jan. 2019.
- 27 *Magill case*. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-100-3075?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-100-3075?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)). Acesso em: 30 jan. 2019.
- 28 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0007>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 29 *Ato de Concentração 54/95*. Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL; OPP Petroquímica S.A. (Antiga PPH – Cia Industrial de Polipropileno); OPP Polietilenos S.A. (Antiga Polisul – Petroquímica S.A.) e Ipiranga Petroquímica S.A. Ato de Concentração nº 54/95. Ver CADE, Relatório Anual 1998-1999, p.101.
- 30 *Processo Administrativo nº 53500.000359-99*, TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. – Globo.
- 31 *Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19* no Processo Administrativo nº 53500.005770/2002, Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel v. Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp.
- 32 (...) 3. *Sem embargo da competência da ANEEL quanto à homologação do contrato de compartilhamento de infraestrutura entre a parte autora e a COSEERN, referente ao uso de postes de energia elétrica, mantidos por esta, para a fixação de cabos coaxiais e condutores de fibra ótica necessários à prestação dos serviços fornecidos por aquela, entendo que andou bem a magistrada a quo ao reconhecer a legitimidade passiva da ANATEL na presente demanda, tendo em vista que essa agência reguladora deu causa ao ingresso da parte autora em juízo, criando os empecilhos que impossibilitaram a eficácia do ajuste antes celebrado. 4. Convém salientar que o comando sentencial dirigido à ANATEL nesta lide, conforme bem esclareceu a douta juíza de primeiro grau no julgamento dos embargos de declaração, é no sentido de – confirmando a tutela de urgência outrora concedida – impedir aquela agência reguladora de, no âmbito de sua competência, se negar à homologação dos acordos de compartilhamento firmados entre a demandante e a COSEERN, não se tratando, portanto, de homologação a ser realizada em conjunto pela ANATEL e a ANEEL. 5. Apelação da COSEERN não conhecida. Apelo da ANATEL cujo provimento é negado.* (PROCESSO: 200184000076783, DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 23/10/2012, PUBLICAÇÃO: DJE – Data:25/10/2012 – Página:593).
- 33 (...) 1. *O art. 73, parágrafo único, da Lei n. 9.472/1997 estabelece que, consoante regulamento infralegal emitido pelo Órgão regulador do cessionário, as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. 2. Com efeito, a Resolução n. 274/2001 da Anatel instituiu o Regulamento para disciplinar o compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de Telecomunicações, prevendo que só pode ser negado por razões de limitação na capacidade, segurança, estabilidade, confiabilidade, violação de requisitos de engenharia ou de cláusulas e condições estabelecidas pela Anatel. 3. O compartilhamento de infraestrutura tem relevância de interesse público, pois propicia que haja barateamento dos custos do serviço público; minimização dos impactos urbanísticos, paisagísticos e ambientais; condições a ensejar a cobrança de tarifas mais baixas dos consumidores; fomento à concorrência, expansão e melhoria da cobertura da rede de telefonia. 4. Os bens que integram a rede de telecomunicações, embora pertencentes a determinada empresa, cumprem função social, uma vez que seu uso é garantido, por lei, a outras empresas que dele necessitem. A liberdade de contratar e o próprio conteúdo do contrato entre as empresas, tendo por objeto o compartilhamento de uso de infraestrutura, ficam limitados pela regulação legal e infralegal, que estabelece obrigação compulsória. 5. O contrato derivado de sublocação se forma pelo consentimento das partes, e o princípio fundamental em matéria contratual reside no fato de que ninguém é obrigado a contratar e, se o faz, celebra a avença com quem desejar e da forma em que combinaram. Dessarte, não há como conferir caráter de sublocação à operação, tampouco considerar ilícito contratual o compartilhamento de infraestrutura efetuado pela concessionária de serviço público locatária. 6. O direito de uso previsto no artigo 73 da Lei Geral de Telecomunicações constitui servidão administrativa instituída pela lei em benefício das prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, constituindo-se direito*

real de gozo, de natureza pública, a ser exercido sobre bem de propriedade alheia, para fins de utilidade pública. 7. Em vista da característica de servidão administrativa, só haveria de cogitar-se em indenização se houvesse redução do potencial de exploração econômica do bem imóvel – o que não ocorre, visto que a autora está recebendo regularmente aluguéis, que não são em nada prejudicados pelo uso compartilhado da infraestrutura pertencente à locatária. 8. Recurso especial provido. (Resp 1309158/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 20/10/2017)."

- 34 (...) 1. As razões recursais, objeto da presente análise, não tecem qualquer consideração, sequer "an passant", acerca do aspecto concorrencial, em suposta afronta à ordem econômica, suscitado em memoriais e em sustentação oral, apenas. A argumentação retórica de que todas as instituições financeiras no país teriam levado a efeito o proceder da recorrida único banco acionado na presente ação, ou de que haveria obstrução à livre concorrência inexistindo, para esse efeito, qualquer discussão quanto ao fato de que o Banco recorrido sequer atuaria na intermediação de moedas virtuais, em nenhum momento foi debatida nos autos, tampouco demonstrada, na esteira do contraditório, razão pela qual não pode ser conhecida. 1.1 De igual modo, não se poderia conhecer da novel alegação de inviabilização do desenvolvimento da atividade de corretagem de moedas virtuais a qual pressupõe ou que o banco recorrido detivesse o monopólio do serviço bancário de conta-corrente ou que todas as instituições financeiras atuantes nesse segmento (de expressivo número) tivessem adotado o mesmo proceder da recorrida, se tais realidades não foram em momento algum aventadas, tampouco retratadas nos presentes autos. 1.2 Essas matérias não de ser enfrentadas na seara administrativa competente ou em outro recurso especial, caso, necessariamente, sejam debatidas na origem e devolvidas ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, o que não se deu na hipótese, ressaltando-se, para esse efeito, que memoriais ou alegações feitas da Tribuna não se prestam para configurar prequestionamento. 2. O serviço bancário de conta-corrente afigura-se importante no desenvolvimento da atividade empresarial de intermediação de compra e venda de bitcoins, desempenhada pela recorrente, conforme ela própria consigna, mas sem repercussão alguma na circulação e na utilização dessas moedas virtuais, as quais não dependem de intermediários, sendo possível a operação comercial e/ou financeira direta entre o transmissor e o receptor da moeda digital. Nesse contexto, tem-se, a toda evidência, que a utilização de serviços bancários, especificamente o de abertura de conta-corrente, pela insurgente, dá-se com o claro propósito de incrementar sua atividade produtiva de intermediação, não se caracterizando, pois, como relação jurídica de consumo mas sim de insumo, a obstar a aplicação, na hipótese, das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. 3. O encerramento do contrato de conta-corrente, como corolário da autonomia privada, consiste em um direito subjetivo exercitável por qualquer das partes contratantes, desde que observada a prévia e regular notificação. 3.1 A esse propósito, destaca-se que a Lei n.4.595/1964, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar e regente do Sistema Financeiro Nacional, atribui ao Conselho Monetário Nacional competência exclusiva para regular o funcionamento das instituições financeiras (art. 4º, VIII). E, no exercício dessa competência, o Conselho Monetário Nacional, por meio da edição de Resoluções do Banco Central do Brasil que se seguiram, destinadas a regulamentar a atividade bancária, expressamente possibilitou o encerramento do contrato de conta de depósitos, por iniciativa de qualquer das partes contratantes, desde que observada a comunicação prévia. A dicção do art. 12 da Resolução BACEN/CMN n. 2.025/1993, com a redação conferida pela Resolução BACEN/CMN n. 2.747/2000, é clara nesse sentido. 4. Atendo-se à natureza do contrato bancário, notadamente o de conta-corrente, o qual se afigura intuito personae, bilateral, oneroso, de execução continuada, prorrogando-se no tempo por prazo indeterminado, não se impõe às instituições financeiras a obrigação de contratar ou de manter em vigor específica contratação, a elas não se aplicando o art. 39, II e IX, do Código de Defesa do Consumidor. Revela-se, pois, de todo incompatível com a natureza do serviço bancário fornecido, que conta com regulamentação específica, impor-se às instituições financeiras o dever legal de contratar, quando delas se exige, para atuação em determinado seguimento do mercado financeiro, profunda análise de aspectos mercadológico e institucional, além da adoção de inu-

meras medidas de segurança que lhes demandam o conhecimento do cliente bancário e de reiterada atualização do seu cadastro de clientes, a fim de minorar os riscos próprios da atividade bancária. 4.1 Longe de encerrar abusividade, tem-se por legítima, sob o aspecto institucional, a recusa da instituição financeira recorrida em manter o contrato de conta-corrente, utilizado como insumo, no desenvolvimento da atividade empresarial, desenvolvida pela recorrente, de intermediação de compra e venda de moeda virtual, a qual não conta com nenhuma regulação do Conselho Monetário Nacional (em tese, porque não possuiriam vinculação com os valores mobiliários, cuja disciplina é dada pela Lei n. 6.385/1976). De igual modo, sob o aspecto mercadológico, também se afigura lícita a recusa em manter a contratação, se, conforme sustenta a própria insurgente, sua atividade empresarial se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento da instituição financeira recorrida. Desse modo, o proceder levado a efeito pela instituição financeira não configura exercício abusivo do direito. 5. Não se exclui, naturalmente, do crivo do Poder Judiciário a análise, casuística, de eventual desvirtuamento no encerramento do ajuste, como o inadimplemento dos deveres de informação e de transparência, ou a extinção de uma relação contratual longeva, do que, a toda evidência, não se cuida na hipótese ora vertente. Todavia, o propósito de obter o reconhecimento judicial da ilicitude, em tese, do encerramento do contrato, devidamente autorizado pelo órgão competente para tanto, evidencia, em si, a improcedência da pretensão posta. 6. Recurso especial improvido. (Resp 1696214/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 16/10/2018).

## REFERÊNCIAS

- ADAMI, Mateus Piva. Essential facilities, falhas regulatórias e assimetria de informação no setor de telecomunicações. *Fórum Administrativo*: Direito Público, Belo Horizonte, v. 6, n. 69, p. 8132-8149, nov. 2006.
- AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, Massachusetts, US, v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug. 1970.
- ALEXANDRE, Leticia Frazão. A doutrina das essential facilities no direito concorrencial brasileiro. *Revista do IBRAC*: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 205-241, jan. 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*: REDAE, Instituto de Direito Público, Salvador, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 365-389.
- FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre essential facilities e standard essential patents nas guerras de patentes. *Revista de Defesa da Concorrência*: RDC, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 89-105, maio 2014.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice* Saint Paul, MN: West Publishing Co., 1994.
- MCI Communications Corp. v. AT&T. (708 F 2d 1081, 1132(7th Cir.), cert. Denied, 464 U.S. 891 (1983). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/462/1072/2142935/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co., 512 U.S. 218 (1994). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/218/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- MOREIRA, Egon Bockmann; MARROS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 109-128.
- NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.
- NESTER, Alexandre Wagner. Teoria das essential facilities e propriedade intelectual. In: NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 274, 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SEELLEN, Christopher M. The Essential Facilities Doctrine: what does it mean to be essential. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 80, n. 4, p. 1117, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de

infra-estrutura de energia elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001.

ZIEBARTH, José Antonio B.M. A doutrina das essential facilities: uma análise da jurisprudência brasileira. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 79-104, jul./dez. 2011.

Artigo recebido em 31/1/2019.

Artigo aprovado em 3/6/2019.



## A CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DOS DIREITOS SOCIAIS\*

### 134 THE CONSTRUCTION OF HUMAN DIGNITY BEGINNING WITH SOCIAL RIGHTS

Alexandre Nogueira Pereira Neto

#### RESUMO

Analisa, dialeticamente, que a construção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira, consolida-se a partir da efetivação dos direitos sociais. Demonstra as aproximações reflexivas sobre o conceito jurídico da dignidade da pessoa humana e, também, sua característica de instrumento protetivo do Estado Social brasileiro.

Apointa que as práticas econômicas implementadas no País, por meio do neoliberalismo, têm enfraquecido o desenvolvimento dos direitos sociais fundamentais e, por consequência, a dignidade da pessoa humana, defendendo que os direitos sociais devem ser protegidos no plano jurídico para a criação de uma racionalidade de resistência ao neoliberalismo, evitando, assim, seu enfraquecimento, ou mesmo a sua retirada dos ordenamentos jurídicos.

#### PALAVRAS-CHAVE

Direitos Humanos, Pessoa Humana – dignidade da; direito social; Estado Social brasileiro; neoliberalismo.

#### ABSTRACT

*This work dialectically considers that the construction of human dignity – the foundation of the Brazilian Republic – is consolidated through the implementation of social rights.*

*By dint of a reflexive approach, the legal concept of human dignity and its peculiarity of being a protective instrument of the Brazilian Welfare State are demonstrated.*

*It points out that economic practices implemented in the country, based on neoliberalism, have impaired the development of basic social rights and thus of human dignity, sustaining that social rights must be legally protected so that a rationality of resistance to neoliberalism is created, therefore avoiding their decline or even their disengagement from legal systems.*

#### KEYWORDS

*Human Rights; human dignity; social right; Brazilian Welfare State; neoliberalism.*

\* Artigo escrito com base na apresentação oral “A Construção da Dignidade da Pessoa Humana a partir dos Direitos Sociais” realizada no XX Encontro de Pós-Graduação (ENPOS) da 4ª Semana Integrada Inovação, Ensino, Pesquisa e Extensão (4ª SIIPE) da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). O resumo expandido do presente texto foi publicado nos Anais da 4ª SIIPE.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro tem sua Carta Magna de 1988 como norteadora de sua proposta de política de governo. Há uma série de diretrizes que deverão ser perseguidas, pelos agentes estatais e, também, pela sociedade civil – organizada ou não –, para que o desenvolvimento social seja aperfeiçoado e garantida uma qualidade de vida em nível satisfatório.

Uma orientação importante para a consolidação desse processo é o da dignidade da pessoa humana. O fundamento da dignidade da pessoa humana está consubstanciado no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse sentido, em seu teor, a Constituição Cidadã evidenciou uma plêiade de direitos e garantias fundamentais, cujos destinatários desses direitos são aqueles submetidos à organização jurídica brasileira, e de critérios a serem produzidos como política de Estado, e atribuiu o seu sentido normativo, a esses parâmetros, de estimo supremo, sendo, por consequência disso, os direitos sociais dotados, também, de características fundamentais.

Encontra-se na Constituição de 1988, com base em uma interpretação sistemática, uma reunião de direitos sociais, o que sinaliza a sua qualidade de Estado Social e que, por isso, necessita de uma maior intervenção do Estado para que, a partir dele, promovam-se políticas de ajustes às desigualdades sociais.

Simultaneamente a isso promove-se uma política econômica que, em vez de proporcionar estabilidade nas relações coletivas, postula graves entraves na qualidade e na satisfação de direitos, sobretudo, sociais. Tal medida é impulsionada pelo neoliberalismo. Essa proposta econômica torna a eficiência por parte do Estado, no que diz respeito à concretização dos direitos sociais, diminuta, eis que esse modelo econômico retira do Estado as exigências constitucionais (a título de exemplo: saúde e educação) e transfere para setores empresariais o fomento de

oferta dos direitos sociais, transformando-os em serviços, colocando os atores sociais na posição de consumidores.

A ideologia neoliberal reduz a possibilidade de acesso aos direitos sociais, na medida em que esses direitos são transformados em mercadorias, e não tratados como direitos essenciais à manutenção da vida ocasionando, pois, o descumprimento sistemático dos mandamentos constitucionais e ofensa direta à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, as mudanças legislativas que vão de encontro com as determinações constitucionais são, fundamentalmente, inconstitucionais tendo em vista que o Estado social brasileiro admite apenas aperfeiçoamentos dos direitos sociais – inclusive por terem atributos de direitos fundamentais.

Assim, a tentativa de retirada de direitos sociais dos cadernos jurídicos merece resistência e proteção político-jurídica, uma vez que a construção da dignidade da pessoa humana só é possível por intermédio de políticas públicas que propulsionem a implementação e o fortalecimento de direitos sociais fundamentais.

## 2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO

A consagração de normativas que fixa a proteção da dignidade da pessoa humana foi um avanço no sentido da valorização do ser humano, sobretudo após as barbáries perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial. São notórias as graves violações que ocorreram à condição humana, principalmente, nos campos de concentração em Auschwitz. O totalitarismo nazista resultou em reiteradas e permanentes afrontas à dignidade humana. Tal período significa a destruição da qualidade da dignidade que é intrínseca ao ser humano. *Serão os traumas causados pela experiência da Segunda Guerra Mundial que hão de levar à mobilização da noção de “dignidade” quer no direito internacional, quer no direito constitucio-*

*nal* (MARQUES, 2010, p. 547).

Diante desse grave evento histórico humano e como forma de reestruturação da dignidade da pessoa humana, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecida em 10 de dezembro de 1948, deliberou uma série de considerações governamentais, as quais os Estados-membros deveriam adotar, porque, a partir delas, haveria uma amplitude na consciência coletiva mundial em relação à dignidade humana. Destaca-se, nesse ínterim, o artigo 1º da referida declaração: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Nesse sentido, reconheceu-se que não há hierarquização em relação à dignidade humana, tendo em vista que todos os homens e mulheres são possuidores dela na mesma proporcionalidade. A dignidade da pessoa humana não se mede em relação a quem, no sentido de sua aplicabilidade, esteja recebendo seus efeitos de proteção. Isto é, independentemente de onde determinado cidadão do mundo! tenha nascido, seja qual for a sua raça, cor, credo, etnia, orientação sexual, posição político-ideológica, se católico ou se ateu, a dignidade da pessoa humana atinge a todos e a todas em idêntico grau.

A comunidade internacional formulou outras orientações, de caráter humanitário, com o intuito de estabilizar as relações internacionais entre os países e, mormente, evitar outros acontecimentos de cunho nocivo à humanidade. Dessa forma, vale destacar importantes proteções internacionais, à dignidade da pessoa humana, que foram elaboradas em diversos territórios, conforme salienta Marques (2010, p. 547): *pode-se ler na Declaração de Filadélfia, de 1944, que todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efectuar o seu progresso material e o seu desenvolvi-*

mento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais. Com o mesmo espírito, no preâmbulo da Carta das Nações Unidas (1945) manifesta-se a "fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas". Poucos anos após, a Declaração Universal do Homem (1948), invocando o "reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana" sustenta, com ênfase, no seu art. 1º, que Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

### **A consagração de normativas que fixa a proteção da dignidade da pessoa humana foi um avanço no sentido da valorização do ser humano, sobretudo após as barbáries perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial.**

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana ganhou status de proteção internacional e, por consequência desse movimento mundial, foi consagrada internamente em diversas constituições – em algumas já havia tal prescrição. A exemplo disso, na Europa, as constituições da Irlanda (1937), da Itália (1947), da Alemanha (1949), da Suécia (1974), da Grécia (1975), da Espanha (1978), da Bulgária (1991), da Eslovénia (1991) (...). Na América Latina, as constituições do México (1917), da Costa Rica (1949), de Porto Rico (1952), da Bolívia (1967), de Cuba (1976), do Chile (1980)<sup>2</sup> (MARQUES, 2010, p. 554).

À medida que a proteção, internacional e nacional, da dignidade da pessoa humana foi ganhando força, além do imbróglio de sua efetiva defesa, surgiram outras dificuldades no que diz respeito ao seu significado/conteúdo. Afinal, o que é dignidade da pessoa humana? Sabemos, em um primeiro momento, que ela não faz distinção entre os seres humanos. Todavia, há outros elementos que a tornam de difícil apreensão. Por exemplo, o que pode ser considerado digno para uns, pode ser considerado indigno para outros. E é aí que reside a complexidade dos meandros que giram em torno do termo *dignidade*.

A aferição do que significa dignidade da pessoa humana se confunde, inegavelmente, com as nossas pré-compreensões<sup>3</sup>. Nas palavras de Heidegger e principalmente de Gadamer, toda compreensão é uma pré-compreensão. Compreender é um apreender-com, ou seja, é uma tomada de entendimento a partir de uma determinada situação, construída socialmente (MASCARO, 2013, p. 170).

Ou seja, todas influências que recebemos, sobretudo as externas, interferem em nosso modo de agir e de pensar. A intelectualidade, por isso, é volátil, já que revemos as nossas percepções durante diferentes períodos da vida. O que ontem nos parecia ser bom, hoje pode nos parecer ruim. Outro elemento que prejudica o seu significado.

As diferentes culturas tornam ainda mais heterogêneas as percepções do significado de dignidade, dificultando, portanto, uma concepção universal<sup>4</sup>. À vista disso, ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evi-

tar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade (SARLET, 2013, p. 37).

Dessa forma, as subjetividades<sup>5</sup> que permeiam esse conceito revelam-se assim porque as doutrinas filosóficas e cosmologias entendem e definem a dignidade humana de modo diverso. Há "conceitos de dignidade" cristãos, humanístico-iluministas, marxistas, teórico-sistemáticos e behavioristas (STARCK, 2013, p. 201).

Entretanto, é preciso criar alguns fundamentos que tornem a acepção de dignidade da pessoa humana objetiva – ainda que esse propósito seja inatingível. Nesse aspecto, revela-se que a dignidade da pessoa humana possui uma dupla dimensão, conforme traduz Sarlet (2013, p. 30): *sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplici, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação. Assim de acordo com Martin Koppernock, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autônoma, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária de tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).*

Cedição é que toda tentativa de delimitação de um objeto à procura de um conceito é, na verdade, uma aproximação, já que o esgotamento de todas as suas peculiaridades é de difícil apreensão intelectual. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já enfrentaram esse delicado desafio, visto que se trata de um conceito vago e aberto, de pormenorizar, ainda que de modo abeirado, o significado de dignidade da pessoa humana. Contudo, adota-se, para o deslinde deste trabalho, o conceito de dignidade da pessoa humana referendado por Sarlet (2006, p. 60): *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*

Denota-se que a dignidade da pessoa humana está, após a análise de sua dimensão e do conceito proposto, interligada com o Estado, tendo em vista que, para a sua promoção,

ele é de extrema fundamentalidade para sua satisfação.

O Estado brasileiro, por sua vez, é Social, à vista dos diversos direitos sociais previstos na lei maior, e, por isso, deve ser percebido pela população que compõe essa área de tal modo que não ofenda a dignidade da pessoa humana.

Contudo, não é o que se verifica no desenvolvimento do Estado brasileiro – inclusive no que diz respeito aos graves retrocessos que a Consolidação das Leis do Trabalho vem experimentando, desmanche da soberania nacional, processos de privatização, desemprego, maior concentração de renda, desestatização, entrada do capital transnacional etc. Esses são alguns exemplos de práticas de governo que enfraquecem um Estado Social.

Depreende-se, portanto, que o desenvolvimento de políticas econômicas neoliberais, com intuito de afastar os direitos sociais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, encontra limites, na medida em que a dignidade humana se consubstancia no maior princípio norteador de toda estrutura do nosso Estado Social, e deverá ser resguardada, inclusive, nas relações político-econômicas.

### 3 O ENFRAQUECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E O DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO NEOLIBERALISMO

O neoliberalismo, a título de conceituação, *consiste em um conjunto de políticas e processos que permitem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social com o objetivo de maximizar seus benefícios individuais* (CHOMSKY, 1999, p. 12). Isto é, essa política econômica propõe o monopólio de decisões a um grupo específico sobre diversas demandas, inclusive sociais, o que acarreta na supressão de participação da sociedade em matérias de extrema importância.

O que se nota, portanto, é que por trás da estrutura estatal, há atores que atuam no sentido de dirigir esse órgão com o objetivo de estabelecer suas premissas empresariais. Desvirtua-se, nesse sentido, o papel do Estado, que deve garantir e promover o desenvolvimento humano de determinado espaço social, para atender

aos anseios de seletas corporações.

É o que preconiza Dardot e Laval (2016, p.8): *o sistema neoliberal é instaurado por forças e poderes que se apoiam uns aos outros em nível nacional e internacional. Oligarquias burocráticas e políticas, multinacionais, atores financeiros e grandes organismos econômicos internacionais formam uma coalização de poderes concretos que exercem uma certa função política em escala mundial. Hoje, a relação de forças pende inegavelmente a favor desse bloco oligárquico.*

O Estado, agindo dessa forma, atua de modo antidemocrático, pois o que se pretende nessas negociações não é o bem comum e o aprimoramento dos direitos e garantias constitucionais, e sim os escusos interesses que não se coadunam com o axioma de Estado Social brasileiro.

Por isso, essa *subalternidade da política à economia ajuda a explicar a atual crise de legitimidade dos órgãos eletivos, aos quais compete, por meio de um discurso falacioso e, por vezes, ridículo, editar legislações francamente antissociais, mas que beneficiam o seu senhor, o mercado* (VALIM, 2017, p. 29).

### *A comunidade internacional formulou outras orientações, de caráter humanitário, com o intuito de estabilizar as relações internacionais entre os países e, mormente, evitar outros acontecimentos de cunho nocivo à humanidade.*

Dessa forma, corroborando com a ideia de Valim, o modelo econômico-político contemporâneo é a assertiva de que o tratamento que se dá aos direitos sociais<sup>6</sup> é, evidentemente, um desmando para que sejam mantidos os intocáveis privilégios das elites financeiras<sup>7</sup>, promovendo, assim, a ineficiência da implementação de políticas públicas e, consequentemente, aumentando o corte dos gastos sociais.<sup>8</sup>

Por esse motivo, é notório que interferências externas, motivadas pelo viés neoliberal, tentam desvirtuar os preceitos constitucionais, de vinculação suprema, uma vez que substituem o critério de fundamentalidade para o raciocínio de fragmentação dos direitos sociais, ou seja, o financeiro.

Conforme o paradigma atual que se apresenta, setores empresariais per-

ceberam a excelente oportunidade de aumentar suas políticas privadas e aproximaram-se das gerências estatais, fomentando, portanto, a ideia do neoliberalismo para distorcer o texto constitucional e, em decorrência disso, trazer para o debate político o desprovimento de fundamentalidade dos direitos sociais.

Os direitos sociais<sup>9</sup>, embora haja divergência na doutrina<sup>10</sup>, são dotados de fundamentalidade. Ou seja, na medida em que os direitos sociais estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – e em outras leis infraconstitucionais, merecem, portanto, essa condição de garantia e de proteção constitucional.

Nesse sentido, conforme destaca Novais (2010, p. 65): *o problema há se torna mais perceptível quando a discussão se desloca da questão da fundamentalidade para a própria existência de um direito e, mais ainda, de um direito fundamental, com as consequências jurídico-práticas que tal envolve. Concebidos, como todos os direitos fundamentais, enquanto direitos dirigidos primariamente contra o Estado ou face ao Estado, o reconhecimento de direitos*

*sociais convoca, desde logo, a questão de saber se cabe nas fundações constitucionais de um Estado de Direito dos nossos dias a de se obrigar juridicamente ao fornecimento aos cidadãos ou, pelo menos, aos mais carenciados, de prestações fácticas destinadas a promover, possibilitar ou garantir o acesso individual a bens econômicos, sociais e culturais. Para este problema nunca encontraríamos uma resposta consensual no plano político, de tão diversas e contrastantes são as opiniões e convicções que a propósito se desenvolvem. Face a esse desacordo essencial, a resposta e, sobretudo, a resposta normativa, só pode ser encontrada no plano constitucional.*

Ora, por mais que o debate doutrinário, sobretudo político, tente desqualificar os direitos sociais, ou seja, na tentativa de retirar o seu viés de fundamentalidade,

tal intenção é infundada, eis que estão expressamente previstos no campo constitucional. Tal menção qualifica, ainda mais, o Estado Social brasileiro.

A discordância do caráter fundamental dos direitos sociais se dá, muitas vezes, no que se refere às concepções filosóficas ou ideológicas de cunho neoliberal. Corroborando, nesse sentido, deve-se, portanto, *denunciar como as funções políticas e ideológicas das concepções normativistas do Direito e do Estado encontram-se apoiadas na falaciosa separação do Direito e da Política e na utópica ideia da primazia da lei como garantia dos indivíduos* (WARAT, 1983, p. 39).

Dessa forma, salienta, nesse sentido, Sarlet (2014, p. 540): *muito embora haja autores, no Brasil, que negam aos direitos sociais (no todo ou em parte) a condição de autênticos direitos fundamentais, tais concepções, pelo menos de acordo com o pensamento majoritário, estão divorciadas do direito constitucional positivo, pois basicamente fundadas em critérios de materialidade fundamental, muitas vezes atrelados a determinadas concepções filosóficas e políticas, ou mesmo vinculados a teorias da justiça de cunho liberal, sem a necessária sintonia com o sistema constitucional vigente, especialmente sem levar em conta a expressa inclusão dos direitos sociais (incluindo o direito dos trabalhadores) no texto constitucional como uma das espécies dos direitos e garantias fundamentais do Título II (...). Há de prevalecer, portanto, o entendimento de que, acima de tudo em virtude da expressa previsão do Poder Constituinte, todos os direitos sediados no Título II da CF são direitos fundamentais.*

138

### **À medida que a proteção, internacional e nacional, da dignidade da pessoa humana foi ganhando força, além do imbróglio de sua efetiva defesa, surgiram outras dificuldades no que diz respeito ao seu significado/conteúdo.**

Conforme expõe o autor, não há como ter outra interpretação se não a de atribuir, aos direitos sociais, a sua característica de fundamentalidade. Ocorre que, tendo em vista o debate teórico, no que diz respeito à fundamentalidade ou não dos direitos sociais, tal embate não prevalecia em Estados liberais, conforme destaca Novais (2010, pp. 65-66): *não havia lugar para verdadeira controvérsia nas Constituições do Estado de Direito liberal, designadamente nas Constituições elaboradas nos séculos XVIII e XIX. Direitos fundamentais eram aí, essencialmente, as liberdades negativas que protegiam os cidadãos auto-suficientes, mais precisamente as suas esferas de autonomia e liberdade pessoal (a vida, a liberdade, a propriedade), das interferências e invasões não programadas do Estado e da Administração. A liberdade individual e, consequentemente, os direitos fundamentais que asseguravam a sua proteção eram algo tido como pré e supra-estadual que o Estado e a sua Constituição apenas tinham que reconhecer e respeitar – sob pena de inexistência do próprio conceito de Constituição, como se dizia no art. 16º da*

*Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – , num quadro geral de organização política construída em torno da ideia geral de uma separação entre Estado e sociedade. Nessa altura, e no contexto da concepção liberal da Constituição e do Estado, providenciar o acesso ao gozo de bens econômicos, sociais e culturais era tarefa que incumbia a cada um no quadro de uma iniciativa individual prosseguida através do livre encontro no mercado.*

Desse modo, importante destacar essa distorção que se pretende da carta constitucional, uma vez que estabelecida a ordem, por meio de leis emanadas pelo Estado neoliberal<sup>11</sup>, o que resta à população são, na verdade, ínfimas observações do comando constitucional, pois o que se pretende, neste modelo econômico, não é construir um ambiente de Estado Social adequado assegurando, portanto, meios suficientes à subsistência humana, e sim priorizar intocáveis privilégios das elites financeiras e, ainda, de precarizar os direitos sociais flexibilizando-os ou até retirando-os da legislação com o pretexto de que não são direitos de selo fundamental.

Destarte, para Silva (2009, pp. 286-287), os direitos sociais são *prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.*

Tendo em vista a necessidade de uma atuação ativa, direta ou indireta, na prestação dos direitos sociais aos mais necessitados, significa dizer que *os direitos sociais são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real. Funcionam como lídimas prestações positivas, de segunda geração, vertidas em normas de cunho constitucional, cuja observância é obrigatória pelos Poderes Públicos* (BULOS, 2010, p. 783).

Diante das razões apresentadas, é notável que a máxima da fundamentalidade dos direitos sociais é premente no campo do Estado Social brasileiro, pois o que se nota é justamente o contrário. A constante supressão dos direitos sociais, com o afastamento do Estado dessas prestações, formatando, portanto, o Estado mínimo, harmônico à doutrina neoliberal, vem rasgando a ideia do Estado Social brasileiro, que deve garantir e promover os direitos sociais fundamentais, corrompendo, assim, a ordem constitucional, privilegiando a autonomia do mercado e fomentando, ainda mais, exclusão social e miséria – colocando em xeque o fundamento da dignidade da pessoa humana.

#### **4 RESISTÊNCIA À RACIONALIDADE NEOLIBERAL NO PLANO POLÍTICO-JURÍDICO**

A supremacia<sup>12</sup> e a rigidez da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, diante de suas complexidades e interferências que a fragilizam, não são, por conta das práticas econômicas que se desenvolvem no País, garantias que vêm sendo cumpridas pelos componentes da área político-jurídica brasileira.

Os direitos sociais, que são direitos fundamentais – ou seja, detêm proteção suprema e rígida – são mitigados, ou até afastados do campo constitucional, sendo que, inevitavelmente, tais ações afrontam, justamente, esses dois elementos – supremacia

e rigidez –, que são basilares e corolários de nossa estrutura jurídica.

Cediço é que a literatura da teoria constitucional convencionou alguns preceitos fundamentais para essa concepção, dada a necessidade de se estabelecer uma norma maior com ímpeto vinculante – consubstanciada em um conjunto de leis fundamentais – para regular as relações sociais.

Por essa razão, o movimento de constitucionalização das leis infraconstitucionais conferiu um tratamento especial à Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, porquanto as demais normas do ordenamento jurídico (emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções) deverão ser guiadas e interpretadas, de acordo com as orientações e diretrizes da Carta Magna de 1988.

Em essência, qualquer norma que vá de encontro às prescrições do texto constitucional será, impreterivelmente, considerada incompatível e, consequentemente, inconstitucional. Isso justifica, portanto, a sua natureza de superioridade. É o que traduz Canotilho (2002, p. 246): *a vinculação do legislador à constituição sugere a indispensabilidade de as leis serem feitas pelo órgão, terem a forma e seguirem o procedimento nos termos constitucionalmente fixados. Sob o ponto de vista orgânico, formal e procedimental as leis não podem contrariar o princípio da constitucionalidade. A constituição é, além disso, um parâmetro material intrínseco dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes com a constituição. A proeminência ou supremacia da constituição manifesta-se, em terceiro lugar, na proibição de leis de alteração constitucional.*

Por esse motivo, *a Constituição cresceu muito de importância a partir da segunda metade do século XX, afirmando-se como lei superior, obrigatória para todos e de aplicação imediata. Ela hoje é o padrão de identificação do Estado Democrático de Direito, e esse qualificativo dos Estados tem consequências muito relevantes no âmbito interno e nas relações internacionais* (DALLARI, 2015, p. 166).

A Constituição é dotada de supre-

*macia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – por que o fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional* (BARROSO, 2014, p. 92).

A tônica de superioridade da Carta de 1988 é uma imposição, é um comando que justifica a qualidade da democracia brasileira, é uma implicação que dota o Estado Social brasileiro de soberania, de independência, é um imperativo que fixa os preceitos e os guias que o Estado brasileiro tem de ter como premissa maior, eis que suas proposições irradiam o seu autêntico cumprimento às leis, às políticas econômicas e sociais, ao direito e a todos. Dessa forma, importante consignar a força normativa da Constituição de 1988, com base nas considerações de Silva (2001, p. 46): *nossa Constituição é rígida. Em consequência, é lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos do Estado, nem dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.*

### **[...] o plano político-jurídico do Estado brasileiro tem como axioma defender e interpretar as leis à luz da Constituição, para que os direitos, sobretudo sociais, nela inseridos, sejam efetivados de modo a equalizar as desigualdades sociais [...]**

O Estado, portanto, considerando a força vinculante que a Constituição de 1988 propugna, deverá, por meio de todas as suas atribuições e ações, fazer valer os comandos que a lei suprema descreve. Em outras palavras, o plano político-jurídico do Estado brasileiro tem como axioma defender e interpretar as leis à luz da Constituição, para que os direitos, sobretudo sociais, nela inseridos, sejam efetivados de modo a equalizar as

desigualdades sociais assegurando, portanto, a dignidade da pessoa humana.

Ou seja, o sistema constitucional é o centro das relações sociais (pública e privada) e todos os desdobramentos e consequências que delas derivarem serão primados pela sua ordem estabelecida. Nesse sentido, é o que propõe Silva (2001, p. 45): *significa dizer que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.*

A força normativa da constituição serve de paradigma para obstar tentativas de graves violações ao texto constitucional em relação, também, aos preocupantes efeitos da cultura neoliberal que vem sendo difundida cada vez com mais força nos programas de governos mundiais, sobretudo no Brasil.

Os projetos neoliberais hegemônicos, diante de sua atuação global, estão conquistando todas as arenas públicas e, com isso, decidindo de forma discricionária sobre assuntos de interesse popular com a finalidade de, exclusivamente, promover os seus pares. Essas pretensões, indubitavelmente, terão conotações corporativas e não republicanas, eis que, na verdade, *o verdadeiro motor da história*

*continua a ser o poder do capital, que subordina o Estado e a sociedade, colocando-os a serviço de sua acumulação cega* (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 23).

Muito importante, portanto, a efetividade desse instrumento de proteção, uma vez que se trata de uma normativa vinculante e estruturante da ordem jurídico-constitucional do País, para que os direitos fundamentais sociais sejam assegurados e não transformados em merca-

dorias. Que haja, pois, a proteção da constituição com a consequente atuação do Estado nas necessidades sociais.

A força normativa da constituição significa que a vontade do constituinte deve prevalecer, já que, quando da elaboração dos axiomas constitucionais, pretendia-se estabelecer um projeto de nação que tem como fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana, visto que *como consequência do princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei ou ato normativo – a rigor, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição* (BARROSO, 2014, p. 92)

Essas alegações representam a aspiração da constituição. É o que expõe Bulos (2010, p. 132): *força normativa da constituição é a energia vital que lhe confere efetividade ou eficácia social. Consigna um dos princípios reitores da ordem jurídica. Relaciona-se com a supremacia constitucional e não se encontra expressa no texto maior. É, portanto, um vetor implícito, desumido da lógica do sistema. Por seu intermédio, as normas supremas do Estado se concretizam, regulando, no plano da vida, as relações sociais, políticas e econômicas de acordo com o amadurecimento da consciência constitucional. Tanto a supremacia material como a supremacia formal sujeitam-se ao influxo da força normativa da constituição, que se encontra conectada com aquele fenômeno que os alemães chamaram de vontade de constituição (Wille zur Verfassung). E o que é vontade de constituição? É o elemento subjetivo pelo qual a força normativa se concretiza. Está presente nas constituições dotadas de supremacia material, como também naquelas que possuem supremacia formal. Sem a vontade de constituição não há falar em efetividade das normas constitucionais.*

Com base nessas razões, vale dizer que as demandas sociais privatizadas, isto é, transformadas em mercadorias, estão em dissonância com o que estabelece a Constituição. Os atores políticos e sociais devem preservar os comandos da Constituição, por conta de sua razão suprema, e atender às diretrizes que ela impõe, que são: a promoção da dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, sobretudo, a prevalência dos direitos humanos.

Tem-se que criar barreiras para impedir, o máximo possível, os efeitos que a política econômica neoliberal propaga. As decisões econômicas resultaram em grandes crises financeiras mundiais e, muito embora esses fatores tenham sido devastadores para muitas sociedades, essas receitas ainda continuam sendo replicadas e *isso implica, inelutavelmente, uma radical transformação da relação hoje existente entre economia e política. Aquela deve ser subalterna a esta, ou, em outras palavras, a economia deve servir às pessoas e não o contrário. Daí emergirão as condições para o enfretamento da criminosa desigualdade social que, em rigor, inviabiliza qualquer projeto de sociedade democrática* (VALIM, 2017, p. 55).

É o que sinaliza Dardot e Laval (2016, p. 15): *como é que, apesar das consequências catastróficas a que nos conduziram as políticas neoliberais, essas políticas estão cada vez mais ativas, a ponto de afundar os Estados e as sociedades em crises políticas e retrocessos sociais cada*

*vez mais graves? Como é que, há mais de trinta anos, essas mesmas políticas vêm se desenvolvendo e se aprofundando, sem encontrar resistências suficientemente substanciais para colocá-las em xeque?*

Em razão disso, os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana detêm, nesse sentido, força normativa suprema, e com base nessa interpretação, devem ser protegidos pelos agentes da arena político-jurídica, para que ganhem efetividade e que não sejam apenas um comando constitucional normativo simbólico de superioridade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana são conquistas de um Estado Democrático de Direito, e, portanto, o Estado deve, por meio de suas atribuições e ações, sobretudo, positivas, efetivar esses progressos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para justificar, inclusive, sua qualidade.

Nesse sentido, os últimos anos foram marcados pelo crescente acionamento jurídico em torno da satisfação dos direitos sociais. Indivíduos e entidades da sociedade civil organizada de todo o mundo têm acionado regularmente o Judiciário no sentido da proteção dos direitos sociais diante da consciência de que os Estados são, muitas vezes, ineficientes, coniventes ou mesmo autores em situações de violação a esses direitos, tendo em vista que o Estado, a partir do viés neoliberalizante, desloca a promoção de políticas sociais a empresas privadas transformando, portanto, os direitos sociais em mercadorias e os indivíduos em mero consumidores.

Dessa forma, o modelo econômico-jurídico contemporâneo é a afirmação de que o tratamento que se dá aos direitos sociais é, evidentemente, um desmando para que sejam mantidos os intocáveis privilégios das elites financeiras, corte de gastos sociais, isenção à distribuição de lucros, falta de tributação às grandes fortunas e, conseqüentemente, estímulo à concentração de renda.

Nesse sentido, a política econômica neoliberal não se coaduna com os preceitos da Constituição Cidadã, que, rigorosamente, necessita de uma postura operacional do Estado, pois ele, a partir dos tributos ofertados pela população, deverá promover políticas públicas sociais, e não transferir essa responsabilidade para esferas privadas.

Portanto, a resistência no plano jurídico-político é um elemento essencial de defesa da sociedade, tendo em vista que, a partir dele, viabilizam-se elementos de consolidação da supremacia e rigidez da Constituição, para desfazer paradigmas neoliberais e buscar, incessantemente, mecanismos alternativos com intuito de afastar essa proposta econômica e seus efeitos em qualquer ambiente social que é instaurado e consolidar, enfim, o Estado Social e, por consequência, a dignidade da pessoa humana.

## NOTAS

- 1 Inspiro-me na célebre frase do filósofo grego Sócrates, o qual aduz: não sou nem ateniense, nem grego, mas sim um cidadão do mundo.
- 2 Outras previsões constitucionais da dignidade humana merecem destaque: Vejam-se, em África, as constituições da Tunísia (1959), do Egito (1071), da Argélia (1976), da Tanzânia (1977), de Cabo Verde (1980), da

- Namíbia (1990), da Serra Leoa (1991) (MARQUES, p. 2010, p. 555).
- 3 A compreensão é uma pré-compreensão. Muitas situações, valores, conhecimentos, posições de classe, visões de mundo, já informaram previamente e historicamente, aquele que compreenderá especificamente alguma questão. (...) Nas palavras de Gadamer, em sua obra clássica Verdade e Método, a interpretação jurídica se faz com preconceitos. O jurista já tem uma visão de mundo, suas concepções, uma base de referências, sua posição perante a sociedade, e a hermenêutica jurídica se estende a partir dessa base inicial. (...) o jurista, no mais das vezes, só faz por confirmar a hermenêutica de seus pré-conceitos, de sua formação intelectual, moral, social, cultural, de seus compromissos políticos e de classe (MASCARO, 2013, p. 170).
  - 4 Ainda que não se possa aqui avançar muito na discussão em torno de uma concepção universalmente aceita da dignidade da pessoa e direitos fundamentais, vale registrar, todavia, a lição de Boaventura Santos, ao sustentar que o conceito corrente de direitos humanos e a própria noção de dignidade da pessoa, assentam num conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, quando em verdade, todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, muito embora nem todas elas a concebiam em termos de direitos humanos, razão pela qual se impõe o estabelecimento de um diálogo intercultural, no sentido de uma troca permanente entre diferentes culturas e saberes, que será viabilizado pela aplicação de uma "hermenêutica diatópica", que, por sua vez, não pretende alcançar uma completude em si mesma inatingível, mas sim, ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua entre diversas culturas por meio do diálogo (SARLET, 2013, p. 38).
  - 5 A subjetividade revela a valorização extrema do indivíduo e daquilo que ele pensa ser a verdade é certamente a maior ameaça atual para a dignidade da pessoa humana (...) A recusa de qualquer análise objetiva em nome do reinado do relativismo, longe de levar à tolerância, pode levar ao totalitarismo do indivíduo sobre ele próprio e sobre os outros. Assim, em nome da liberdade, da autonomia pessoa, é grande o risco de que cada um determine, defina a sua própria dignidade como bem entenda (MAURER, 2013, p. 128-129).
  - 6 O artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).
  - 7 Segundo estudo lançado pela Oxfam, em 16 de janeiro de 2017, prévio ao Fórum Econômico Mundial, o patrimônio de apenas oito homens é igual ao da metade mais pobre do mundo e 1% da humanidade controla uma riqueza equivalente a dos demais 99%. (VALIM, 2017, p. 31).
  - 8 A pressão especulativa dos investidores privados sobre o mercado da dívida pública e a pressão das agências de classificação de risco, sem falar da impossibilidade de desvalorização, são todos aspectos de uma mesma lógica disciplinadora com uma temível eficácia para rebaixar os salários e diminuir a proteção social (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 29).
  - 9 *A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores. Os direitos sociais, nessas constituições, saíram do capítulo da ordem social, que sempre estivera misturada com a ordem econômica* (SILVA, 2001, p. 288).
  - 10 A discussão sobre o reconhecimento de uma natureza jusfundamental aos direitos sociais é um tema recorrente no Direito Constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, o que, atendendo à relevância material dos interesses envolvidos, não pode deixar de provocar alguma surpresa (NOVAIS, 2010, p. 65).
  - 11 A identificação entre Direito e lei pertence ao repertório ideológico do Estado, pois na sua posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dele é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além, ou ainda, das leis (LYRA FILHO, 1985, p. 9).
  - 12 A doutrina distingue supremacia material e supremacia formal da constituição. Reconhece a primeira até nas constituições costumeiras e nas flexíveis. Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se lhes admite rigidez sócio-política. Mas, do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário. O próprio Burdeau, que fala na supremacia material, realça que é somente no caso da rigidez constitucional que se pode falar em supremacia formal da constituição, acrescentando que a previsão de um modo especial de revisão constitucional dá nascimento à distinção de duas categorias das leis: as leis ordinárias e as leis constitucionais (SILVA, 2011, pp. 45-46).

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, L.R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 4 abr. 2019.
- BULOS, U.L. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, D.A. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DARDOT, P.; LAVAL, C. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.
- MARQUES, M.R. A dignidade humana como *prius* axiomático. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 541-566, 2010. v. 4
- MASCARO, A.L. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MAURER, B. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, I.W. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 119-143.
- NOVAIS, J.R. *Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- SARLET, I.W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I.W. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15-43.
- SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, J.A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- STARCK, C. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: SARLET, I.W. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 199-224.
- VALIM, R. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

Artigo recebido em 4/4/2019

Artigo aprovado em 12/6/2019

Alexandre Nogueira Pereira Neto é Advogado e Mestre em Direito.



## PRECEDENTES: A MUTAÇÃO NO ÔNUS ARGUMENTATIVO.

NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\*Por Humberto Theodoro Júnior

Este estudo enfoca um dos aspectos mais relevantes da sistemática inovadora implementada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, consistente em reconhecer aos precedentes judiciais a possibilidade de configurar o denominado “direito jurisprudencial”.

Não que nosso direito positivo ignorasse a existência de alguns precedentes capazes de vincular juízes e tribunais na resolução de processos posteriores em torno de casos similares. A história do processo luso-brasileiro registra, desde tempos remotos, algumas situações em que cortes judiciárias exerceram e continuam a exercer a função de fonte de direito subsidiária ou complementar. O que fez o nosso CPC foi instituir uma sistematização ampla para esse aspecto particular da atividade jurisdicional.

O momento é de implantar, *in concreto*, na vida forense, a dinâmica dos precedentes, muito bem disciplinada pelo novo estatuto processual civil. Por isso, é oportuna e elogiável a contribuição doutrinária de Dierle Nunes e Aurélio Viana, ora divulgada, por meio da qual são reveladas as origens e analisadas com segurança e proficiência as características e a funcionalidade da técnica de julgar segundo a força de precedentes vinculantes.

Não faltaram vozes abalizadas a censurar a ampla valorização da jurisprudência promovida pelo CPC/2015, ao argumento da incompatibilidade da atribuição de força normativa ao precedente num país como o nosso, historicamente fiel ao sistema do *civil law*. O certo, porém, é que o modelo brasileiro, desde sua primeira constituição republicana,

nunca foi puramente de *civil law*<sup>1</sup>. O nosso sistema, por exemplo, de controle de constitucionalidade, sempre foi o criado pelos norte-americanos, e não o concebido pelos europeus continentais, povos responsáveis pela formação do sistema de *civil law*.

Assim, sem embargo da forte influência recebida do *civil law*, principalmente na ordem jurídica infraconstitucional, nosso sistema jurisdicional vem prestigiando, de longa data e cada vez mais, a teoria dos **precedentes**, afeiçoando-se progressivamente à cultura do *stare decisis* construída no seio dos países de *common law*<sup>2</sup>.

Convém lembrar, a propósito, a importante manifestação do Ministro Teori Zavascki, em voto no STF, revelando essa especial remodelação por que passam diversos países de *civil law* e não apenas o Brasil, *in verbis*: *Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da civil law, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do stare decisis, própria do sistema da common law. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (civil law e common law) é fenômeno em vias de franca generalização*<sup>3</sup>. (BRASIL, STF, Rcl 4.335/AC)

Diante da recorrente presença de precedentes obrigatórios na evolução do direito positivo brasileiro, tornando corriqueira, entre nós, *a inequívoca força ultra partes* de julgamentos, especial-

mente dos tribunais superiores, a lição do Ministro Teori Zavascki considera *precisa [a] observação do professor Danilo Knijnik: embora não seja certo “dizer que o juiz brasileiro, p. ex., está jungido ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês” também “será falso, mormente na atualidade, dizer que o precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva”* (KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 59). (BRASIL, STF, Rcl 4.335/AC)

Esse entendimento, prossegue o Ministro Zavascki, *guarda fidelidade absoluta com o perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme – , funções essas com finalidades “que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente”* (CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. t. II. p. 104) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva *ultra partes* dos seus precedentes<sup>4</sup>.

O levantamento histórico do precedente no direito brasileiro, elaborado pelo Ministro Zavascki, limitou-se aos tempos recentes, retratando apenas o ocorrido nos séculos XX e XXI. Na verdade, porém, a presença do direito jurisprudencial, entre nós, já se fazia marcante desde os tempos coloniais (séculos XVI a XVII), bem como nos primórdios da independência monárquica e do regime republicano, ocorridos no século XIX, como informam e documentam os juristas enfiados na historiografia jurídica nacional. (SOUZA, 2014, p. 58-64; NUNES; VIANA, 2018, p. 177-299)

O moderno CPC de 2015 disciplinou o regime brasileiro de jurisprudência ou precedente vinculante, primeiro estabelecendo os requisitos a serem cumpridos pelos tribunais para que seus julgados possam funcionar como fonte de direito para observância em causas futuras similares; e, em seguida, enumerou quais seriam os procedimentos capazes de gerar teses dotadas de força obrigatória, fora do processo que lhes deu origem.

Dessa maneira, o regime dos precedentes judiciais do CPC/2015 principia pelo art. 926, cujo *caput* impõe aos tribunais o dever de **uniformizar** a sua jurisprudência e mantê-la **estável, íntegra e coerente**.

Lembra Dierle Nunes, com inteira procedência, que só é possível construir uma sistemática de precedentes mediante a manutenção de uma *jurisprudência razoavelmente estável*, à qual se vincularão os próprios órgãos criadores dos precedentes. (NUNES, 2011, p. 55/68)

Para facilitar a divulgação e compreensão das **teses de direito** assentadas como *ratio decidendi* dos precedentes, determina o CPC/2015 que os *tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante* (art. 926, § 1º). Recomenda, ainda, para evitar teses excessivamente genéricas e abstratas, que os enunciados de súmula *devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação* (art. 926, § 2º).

Finalmente, o art. 927 cria um rol hierárquico de **precedentes obrigatórios** entre os tribunais do país, cujo papel é, na visão da melhor doutrina, o meio de dar realidade ou efetividade aos princípios constitucionais da *legalidade*, da *segurança jurídica*, da *duração razoável do processo*, da *proteção da confiança* e da *igualdade de todos perante a lei* (isonomia). (PEIXOTO, 2015, p. 337)

O estudo dos precedentes judiciais vinculantes não pode ser feito a partir da noção de **precedente** formada na *common law*. Releva notar, outrossim, que a lei brasileira, ao enumerar as diversas fontes do **direito jurisprudencial**, no

art. 927 do CPC/2015, sequer denomina qualquer delas como precedente. Fala simplesmente em “decisões”, “acórdãos” e “súmulas”. Apenas ao cuidar da uniformização da jurisprudência é que o Código recomenda aos tribunais a edição *de enunciados de súmula* correspondentes a sua *jurisprudência dominante* (art. 926, § 1º); e, em complemento, determina que tais enunciados deverão ater-se às circunstâncias fáticas dos **precedentes** que motivaram sua criação (art. 926, § 2º).

Logo, a expressão “precedentes”, para o CPC/2015, é empregada para identificar as **decisões** das quais se extraem os enunciados de súmula. Trata-se, pois, de noção que em nada se identifica com o precedente do direito norte-americano e que se revela como instrumento de formação de **súmula**, esta, sim, figura típica de nosso sistema de formação de **direito jurisprudencial**.

Portanto, nada contribui para a compreensão do direito jurisprudencial pátrio o aprofundamento na distinção entre jurisprudência e precedente formulada à luz de critérios típicos do direito estrangeiro. O Brasil tem tradição e história próprias na construção da força normativa de decisões judiciais. É dentro dessas perspectivas que o trabalho doutrinário nacional deve empenhar-se na revelação e compreensão dos **precedentes**, que, aqui, se aperfeiçoam *a priori* e se traduzem, sobretudo, em teses sumuladas pelos tribunais, para retratar a *ratio decidendi* a prevalecer como regra para solução de futuros casos similares.

Convém, ainda, lembrar que o sistema nacional de precedentes judiciais tem história e origens quase tão antigas quanto as do *common law*, remontando suas raízes ao direito reinolusitano. Cabe, a propósito, a advertência de Taruffo de que é inadequada ao *civil law* a adoção de uma teoria geral do precedente que se restrinja a uma simples *versão adaptada do common law*, *desprezando as diferenças entre os dois regimes relacionadas à organização judiciária, à teoria das fontes do direito, à concepção do papel do juiz, à cultura dos juristas e à prática, pois*

*todas elas também concorrem para a impertinência da simples importação de uma teoria dos precedentes*<sup>5</sup>. (TARUFFO, 2009, p. 542-543)

Embora o regime de direito jurisprudencial em construção entre nós não seja o mesmo do *common law*, por razões intrínsecas da própria diversidade histórica dos dois sistemas de estabelecimento da ordem jurídica positiva, não há como negar a preocupação dos países de *civil law* de se aproximarem, na medida do possível, da técnica e experiência dos anglo-americanos no que toca aos precedentes. E, na matéria, é de se ter em conta que, na tradição do *common law*, *todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório*. (TUCCI, 2004, p. 12)

Não obstante de maneira diferente, esses dois elementos figuram também no sistema de precedentes sumulados programado pelo novo Código brasileiro, como a seguir veremos. Da técnica anglo-americana deve-se valer a doutrina nacional principalmente das noções de *ratio decidendi*, *obiter dictum* e distinção, temas até o momento pouco tratados pela jurisprudência local.

Resta registrar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido já na vigência do CPC/2015, prestigiou o sistema de precedentes adotado pela atual legislação processual brasileira, considerando-a instrumento de efetivação de vários princípios constitucionais. *In verbis*: [...] 3. *O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes*. 4. *Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da*

*interpretação*” (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relacionase umbilicalmente à **segurança jurídica**, que “impõe imediatamente a **imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo**, mediante a formação e o respeito aos **precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos**” (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma **decorrência do próprio princípio da igualdade**: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os **precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária**” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011). 7. Nessa perspectiva, a **superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implica ou implicará inconstitucionalidade**. 8. A **inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado (g.n.)**. (BRASIL, STF, RE 655.265/DF)

O sucesso do sistema de precedentes jurisprudenciais vinculantes, sem embargo de sua alta relevância na efetivação de vários princípios constitucionais, não se alcança apenas por meio de inovações na legislação processual. É imprescindível para tal desiderato que se criem e se adotem nos órgãos do Poder Judiciário a cultura e a técnica do julgamento segundo a coerência e a dinâmica do sistema da jurisprudência como fonte de direito. Daí a importância e oportunidade da obra ora dada à publicação pelos professores Dierle Nunes e Aurélio Viana.

Convém ressaltar que, quando o precedente é composto mediante disposição clara, assentada em fundamentação

sólida, facilitada se torna sua aplicação. Se o novo julgamento não é inovativo, não precisará de grande esforço para aplicá-lo, podendo simplesmente se valer o juiz dos fundamentos e da clareza contidos no *leading case* seguido. Diversa é a situação das decisões que pretendam se afastar do precedente, seja pela **distinção** ou pela **superação**, já que só por argumentação em contrário, nova, adequada e racionalmente convincente se logrará sucesso no intento. (MENDES, 2014, p. 24)

Destaque-se, nesse enfoque, que *uma das mais importantes técnicas na utilização dos precedentes é a **distinção**, que além de poder ser realizada por qualquer juiz<sup>6</sup>, consiste na análise da incidência ou não de um precedente invocado, a partir da existência ou não de similitude fática entre os dois casos. Trata-se de uma forma de contínua delimitação do precedente originário a partir dos casos posteriores, sendo essencial na dinâmica dos precedentes*. (PEIXOTO, 2015, p. 352)

Cumpra, porém, evitar a chamada **distinção inconsistente**, que, na verdade, é **uma falsa distinção**, utilizada erroneamente para fugir do precedente, em casos em que a referida técnica não teria cabimento. A boa doutrina qualifica o expediente, às vezes aceito no direito estrangeiro, como uma *deturpação de uma técnica que não deve ser incorporada ao direito brasileiro, sob pena de dificultar o desenvolvimento dos precedentes e a delimitação dos casos em que devem incidir*.

A **superação** do precedente, outra técnica também importante na aplicação do regime dos precedentes obrigatórios, é tarefa que, por sua própria natureza, se reserva ao tribunal responsável pela edição da norma judicial. Há casos, porém, em que a perda de eficácia é evidente, não havendo como impedir que seu reconhecimento ocorra pelo juiz, mesmo antes de a **superação** ser pronunciada pelo tribunal superior. É o que ocorre, por exemplo, quando lei posterior disponha sobre a matéria do precedente de maneira contrária à norma neste contida, ou, ainda, quando o tribunal passe a decidir de maneira diversa, afastando-se tacitamente de seu precedente. Em ambos os casos teria acontecido **revogação implícita** do

precedente, como se passa com qualquer norma legal, no plano de direito intertemporal (Lei de Introdução, art. 2º, § 1º).

Em resumo, diante das características próprias do direito jurisprudencial brasileiro, o mais importante, no momento, para a efetiva implantação do sistema de precedentes regulado pelo CPC/2015, é principalmente a absorção das técnicas construídas pelo *common law* em torno das noções de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, **distinção** e **superação**.

Para preparar a análise do tema no direito positivo brasileiro, o estudo dos professores Dierle Nunes e Aurélio Viana dedica um alentado capítulo ao histórico do precedente modelado pelo *common law*, assim como registra o movimento atual de convergência entre o *civil law* e o *common law*, ressaltando, enfim, a crise que ora recai sobre a diferenciação das “famílias jurídicas”.

Após essas importantes informações propedêuticas, um capítulo com cerca de uma centena de páginas retrata a história da introdução do **precedente** no direito brasileiro, procedendo, em seguida, à apreciação técnica do sistema implantado a seu respeito pelo Código de Processo Civil de 2015. Especial tratamento é dispensado às noções fundamentais do sistema e ao papel dos precedentes obrigatórios no âmbito das Cortes Supremas, com significativo destaque para as técnicas de formação e aplicação de precedentes no CPC atual.

Segundo esclarecem os próprios autores, o problema central por eles enfrentado, quanto ao direito jurisprudencial, refere-se à *possibilidade de ter ocorrido a mutação do ônus argumentativo dos sujeitos processuais, especialmente do advogado*. Na ótica do ensaio, *dado o modo com que se tende a decidir, a partir da construção normativo-dogmática do CPC/2015, casos e padrões decisórios passados terão grande importância e com isso inaugura-se o dever de inclui-los nas bases da argumentação jurídica processual*.

Eis aí, segundo eles, o *núcleo deste texto*, pois a descrição das diversas técnicas de aproveitamento de “precedentes” reclama uma modificação no próprio modo com que se argumenta. É nesse rumo que os autores divisam um novo ônus argumentativo imposto

ao advogado, compatível com a *própria compreensão das funções a serem assumidas pelos sujeitos processuais, segundo o modelo participativo de processo organizado pelo CPC/2015, representativo de uma ruptura com o protagonismo ou pontos de centralidade de qualquer um dos sujeitos processuais.*

Enfim, os autores se acham convencidos da verossimilhança da tese defendida, ou seja, *de ter ocorrido uma mutação no ônus argumentativo de um sistema normativo de "precedentes"*. Formulam, assim, um verdadeiro desafio aos estudiosos para o aprofundamento da teoria do direito no terreno da categoria do ônus argumentativo e seus reflexos sobre um processo participativo comprometido com a sistematização dos precedentes obrigatórios.

A literatura jurídica brasileira se enriquece significativamente com a excelente contribuição dos autores, valiosa tanto nos domínios acadêmicos como na vida forense.

#### NOTAS

- 1 Zanetti Júnior ressalta o caráter *híbrido* do modelo brasileiro esclarecendo: *... a Constituição Federal de 1891, primeira Constituição da República, inovou o sistema jurídico nacional, ao trazer influências do direito norte-americano, e inseriu peculiaridades que, entre nós, geraram um sistema jurídico híbrido* (ZANETTI JÚNIOR, 2005, p. 41).
- 2 Fala-se mesmo que o Brasil *já é tido por alguns como um modelo miscigenado*, que não seria nem *civil law* nem *common law*, mas, sim, o *brazilian law* (PEIXOTO, 2015, p. 332).
- 3 Sobre o tema, o Ministro Zavascki arrola as seguintes obras: Sotelo (1998, p. 374), Segado (2002, p. 1-53), Azambuta (2008) e Leal (2006).
- 4 Ricardo Alexandre da Silva demonstra com proficiência que, mesmo antes do CPC/2015, o modelo de Corte Suprema, como o do STF e do STJ, *recusa a concepção cognitivista do direito, enfatizando seu caráter lógico-interpretativo. Nesse modelo, as Cortes atribuem sentidos aos textos normativos mediante interpretação, da qual resultam precedentes vinculantes*, tornando obrigatória sua observância pelos outros tribunais, *a fim de que os jurisdicionados sejam tratados igualmente* (SILVA, 2014, p. 1.075). No mesmo sentido: as Cortes Supremas cumprem uma função de reconstrução e outorga de sentido a textos normativos, cujo *escopo consiste em dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes, entendidas as razões adotadas nas decisões como dotadas de eficácia vinculante* (MITIDIERO, 2017, p. 40).
- 5 Também, entre nós, Sabrina Nasser de Carvalho adverte que *a integração dos precedentes judiciais nos países de cultura civil law deve ocorrer sem que os operadores do direito se*

*descurem das diferenças que marcam a sua polarização com o common law. Por esta razão, a aproximação entre eles deve ocorrer de forma gradual, respeitando-se a tradição histórica e cultural do sistema jurídico de cada país. Isso, no entanto, não impede que eles se influenciem mutuamente, tornando-os permeáveis aos benefícios e às vantagens que cada um pode oferecer (g.n.)* (CARVALHO, 2015, p. 445)

- 6 Como já visto, ao contrário da **distinção**, que pode ser feita por qualquer julgador, a **superação**, em princípio, só cabe ao próprio tribunal que formulou o precedente (ver, *retro*, o n. 11).

#### REFERÊNCIAS

- AZAMBUTA, Carmen Luiza Dias de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado*: efeito erga omnes de seu julgamento. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Ac. 20/3/2014, DJe 22/10/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 655.265/DF, Relator p/ Acórdão: Ministro Edson Fachin. Ac. 13/4/2016, DJe 5/8/2016.
- CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, p. 445, nov. 2015.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade*. *RDCl*, São Paulo, 57/62, out./dez. 2006.
- MENDES, Aluísio de Castro *et al.* *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014. v. II.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.
- NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. *Precedentes*: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, p. 55-68, set. 2011.
- PEIXOTO, Ravi. *O sistema de precedentes desenvolvidos pelo CPC/2015. Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 332, out. 2015.
- SEGADO, Francisco Fernandez. *La obsolescencia de labipolaridad modelo americano-modelo europeo kelseniano como critério analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. *Parlamento y Constitución*: Anuario, Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha, n. 6, p. 1-53, 2002 – separata.
- SILVA, Ricardo Alexandre da. *O STJ como corte suprema em matéria infraconstitucional: defesa dos precedentes vinculantes*. In: MENDES, Aluísio de Castro *et al.* *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014. v. II. p. 1.075.
- SOTELO, José Luiz Vasquez. *A jurisprudência vinculante na common law e na civil law*. In: CALMON FILHO, Petrónio; BELTRAME, Adriana (org.). *Temas atuais de direito processual ibero-americano*: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro*: colônia e império. Dissertação (Mestrado em Direito). Salvador: 2014.

- TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justiça civil*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.
- ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. 2005. Tese (Doutorado em Direito). Porto Alegre: UFRGS, 2005.

\* Humberto Theodoro Júnior é advogado e professor. Foi desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais



### **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: SISTEMATIZAÇÃO, ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DO NOVO INSTITUTO PROCESSUAL.**

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\*Por **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**

O Professor Aluisio Mendes me honra com o convite para prefaciar o seu novo livro *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, que foi a tese apresentada no concurso de Professor Titular de Processo Civil para a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no qual o autor foi aprovado, unanimemente, pelos componentes da banca examinadora: Professores Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e José Rogério Cruz e Tucci.

O tema escolhido pelo autor – incidente de resolução de demandas repetitivas – é, possivelmente, o mais importante, complexo e inovador instituto contido no novo Código de Processo Civil. Adianto, desde logo, que é o melhor e mais completo trabalho escrito sobre o tema, até os dias de hoje, que tive a oportunidade de ler.

O autor não se limitou a desenvolver o tema, o que de fato fez com maestria, esgotando-o em todos os seus pormenores, antes situou o IRDR no contexto sociojurídico do mundo contemporâneo, apresentando suas fontes de inspiração: *test claims* (demandas teste), *pilot judgments* (julgamentos-piloto), *Musterverfahren* (procedimento modelo), *group litigation order* (decisão sobre litígios de grupo) e outros julgamentos de questões comuns ou por amostragem. Na sequência, fez uma vigorosa incursão no estudo dos precedentes e o papel da jurisprudência nos

sistemas do *common law* e *do civil law* para assentar as bases do seu estudo. Mas não foi só, na abordagem do instituto, o Professor Aluisio Mendes apresenta de forma absolutamente precisa e fidedigna a genealogia do IRDR, desde a formulação da proposição na comissão de juristas, texto da proposta do projeto do novo Código de Processo Civil, até as aprovações pelo Senado, pela Câmara dos Deputados, inclusive a redação final do texto sancionado.

Todos os detalhes relevantes sobre o tema, tais como natureza jurídica, objeto, cabimento, legitimidade, competência, intervenientes, o papel do juiz, das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública, passando pelo procedimento desde a fase de admissibilidade, divulgação, publicidade e a suspensão dos processos, até as fases de instrução e julgamento com a da tese jurídica, o seu âmbito de abrangência e os recursos cabíveis, foram detidamente examinados.

Deixei conscientemente de antecipar detalhes, outras propostas e temas versados pelo autor, porque o prefácio, como um *trailer* que é, não visa dispensar a leitura do livro, muito menos resumi-lo, mas antes aguçar o desejo daqueles que virão a lê-lo.

Tenho certeza de que o livro *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* será um marco na literatura jurídica sobre o tema, servindo a todos aqueles que têm a sua atuação voltada para a defesa dos direitos transindividuais.

\* **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro** é Professor Titular de Teoria Geral do Processo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

## NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS À REVISTA

A **Revista CEJ** tem periodicidade semestral sendo formada por um corpo principal, seções permanentes e eventuais.

### CORPO PRINCIPAL

Compõe-se de artigos técnicos e científicos originais, de reflexão teórica, ou relatos de pesquisas e experiências profissionais.

### SEÇÕES PERMANENTES

**Indicações Literárias:** destina-se a informar, mediante resenha crítica, sobre novas obras de doutrina jurídica e literatura sociojurídica.

### SEÇÕES EVENTUAIS

**Produção Acadêmica:** destina-se à publicação de resenhas de pesquisas em andamento ou recém-concluídas, dissertações de mestrado e teses de doutorado, contendo descrição do tema de estudo, objetivos, métodos e técnicas de investigação, resultados, principais conclusões e outras informações pertinentes.

Memória da Justiça Federal: divulga textos que promovam a consolidação da memória institucional e o registro da contribuição da Justiça Federal ao exercício da cidadania, com vistas a preservar a documentação histórica e resgatar a história do Direito e do Poder Judiciário. Qualquer outra seção que venha a ser aprovada para fazer parte da Revista de forma eventual.

### 1 Normas editoriais para encaminhamento de artigos

1.1 Serão aceitos originais preferencialmente inéditos.

1.2 A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.

1.3 A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da **Revista CEJ**.

1.4 Os artigos encaminhados à Revista serão submetidos à avaliação de pareceristas *ad hoc*, que recomendarão ou não a sua publicação. No caso de empate, prevalecerá a opinião de um terceiro parecerista, o qual decidirá sobre sua publicação. As identidades de autores e pareceristas serão mantidas em sigilo.

1.5 À **Revista** é reservado o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial ou do parecerista, como também o direito de propor eventuais alterações, desde que tenha a aprovação do autor.

1.6. Se o artigo for referente a resultados de pesquisa, ou envolver seres humanos, deverá ser acompanhado das devidas autorizações.

1.7 As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do Conselho da Justiça Federal.

### 2 Normas para elaboração dos trabalhos

2.1 Os trabalhos encaminhados à **Revista** devem estar digitados na versão do aplicativo *Word* (ambiente *Windows*) mais atual, utilizando-se a fonte Times New Roman; corpo 13; entrelinhamento 1,5; parágrafos justificados; recuo de 2 cm na primeira linha; 2,5 cm nas margens superior e inferior e 3 cm nas margens direita e esquerda da página, tamanho A4; com títulos e subtítulos em caixa alta e centralizados.

2.2 Artigos (corpo principal) – Serão recebidos para publicação trabalhos inéditos, redigidos em português, com, no mínimo 10 laudas e no máximo 40 laudas, observada a ortografia oficial.

2.2.1 A primeira lauda deve conter o título do artigo (em português e, se possível, em inglês), nome completo do autor, nome da(s) instituição(ões) a que está vinculado, *e-mail*, bem como o cargo que ocupa. Deve ainda conter um resumo informativo de até 200 palavras, que apresente concisamente os pontos relevantes do texto (NBR 6028-ABNT – Resumos),

com suas finalidades, metodologias, resultados e conclusões. Deverá ser também redigido em língua inglesa. Após o resumo informativo, devem ser relacionadas as palavras-chave que representem o conteúdo do texto, no mínimo três e no máximo oito, também apresentadas em inglês (*keywords*).  
2.2.1.1 Caso o artigo tenha sido apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.), ou seja, se se tratar de trabalho acadêmico de conclusão de um curso ou pesquisa, também deverá ser feita referência ao evento, curso ou pesquisa no rodapé da primeira lauda.

2.3 Produção Acadêmica – O texto deve estar redigido em português ou espanhol, contendo, no máximo, 10 laudas, observada a ortografia oficial. Os seguintes dados a respeito do trabalho acadêmico devem ser mencionados no início, logo depois do título: autor; tipo de trabalho (tese de doutorado ou dissertação de mestrado); área do conhecimento (ex.: Direito Internacional Público); unidade acadêmica onde foi apresentado (ex.: Departamento de Direito); instituição de ensino; data de apresentação; e professor orientador.

2.4 Indicações Literárias – Devem estar redigidas em português ou espanhol, com no máximo 3 laudas, observada a ortografia oficial. No início do texto, deve ser indicado o nome do autor da resenha, com referência, ao final do artigo, à profissão ou cargo ocupado pelo autor e à instituição a que está vinculado. A seguir, deve ser expressa a referência bibliográfica completa da obra objeto da resenha (vide item 2.6.1).

2.5 Memória da Justiça Federal – Contém textos redigidos em português ou espanhol, com no máximo 30 laudas. Os textos devem vir ao encontro do Projeto Memória Documental da Justiça Federal, instituído pelo Centro de Estudos Judiciários.

2.6 Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das notas bibliográficas.

2.7 Notas e referências

2.7.1 Notas - consistem em comentários do autor e devem restringir-se a um mínimo necessário. As chamadas para as notas devem ser feitas pelo sistema numérico sequencial, e estas deverão ser listadas no final (e não no rodapé) do artigo ou da resenha. As notas deverão conter apenas comentários, mas se houver necessidade de inserção de referências bibliográficas no corpo destas, deve-se, para tanto, utilizar o sistema autor/data, consoante a NBR 10520 (item 6).

Ex.: "Notícia fornecida por Smith (2005)".

2.7.2 Citações – Qualquer citação deve ser referenciada. As citações deverão ser precedidas ou seguidas do(s) sobrenome(s) do(s) autor(es) e ano de publicação, consoante o mencionado sistema autor/data. As citações diretas devem ser grafadas em itálico, acrescentando-se o número da página. Ex.: Rahner (1962, p. 3): (citação) ou (citação) (CÂNDIDO, 1993, p. 12). Para maiores explicações, consultar a NBR 10520 (itens 5.7 a 6).

2.7.3 Referências – Indicar somente as referências utilizadas no artigo. Deverão ser listadas ao final do texto, após as notas (se houver), em ordem alfabética, conforme NBR 6023.

2.8 Tabelas, figuras e quadros deverão ser elaborados e enviados por *e-mail* e inseridos no devido local, no corpo do texto. As figuras deverão ser enviadas em cores, com legendas e respectivas numerações no rodapé, contendo no verso o título do trabalho e o nome do autor principal. Se encaminhadas em mídia eletrônica, deverão ter a resolução mínima de 300 dpi. O formato preferencial é o JPG, devendo ser evitados quaisquer outros tipos de formato.

2.9 Ao Centro de Estudos Judiciários é reservado o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como de adequar os trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

2.10 A Seção de Editoração do Centro de Estudos Judiciários está à disposição dos autores para eventuais dúvidas que surgirem.

Fones: (61) 3022-7285/3022-7288

E-mail para envio: revista@cjf.jus.br



Acesse a edição atual



Acesse as publicações do CEJ



**JUSTIÇA FEDERAL**

Conselho da Justiça Federal  
Centro de Estudos Judiciários

**Centro de Estudos Judiciários**  
**Seção de Editoração**  
Setor de Clubes Esportivos Sul  
Trecho 03, Polo 08, Lote 09, 2º andar, Sala 221  
CEP 70200-003 Brasília-DF  
Tel.: (0xx61) 3022.7285  
[www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)  
[revista@cjf.jus.br](mailto:revista@cjf.jus.br)