DOUTRINA

Edição Comemorativa

30 anos do STJ

Brasília
Maio
2019

SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOUTRINA

Edição Comemorativa

30 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Maio
2019

DOUTRINA

Edição Comemorativa

30 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Maio
2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO MINISTRO DIRETOR DA REVISTA

Ministro Mauro Campbell Marques	Diretor
Fernanda Teotonia Vale Carvalho	Chefe de Gabinete
Gerson Prado da Silva Hekelson Bitencourt Viana da Costa Maria Angélica Neves Sant'Ana Marilisa Gomes do Amaral	Servidores
Ruthe Wanessa Cardoso de Souza	Técnico em Secretariado
Francisco Rondinely Ferreira da Cruz	Mensageiro

SAFS - Quadra 6 - Lote 1 - Trecho III - Ed. dos Plenários - 2º Andar - Sala C-243
Brasília - DF - 70.095-900
www.stj.jus.br
revista@stj.jus.br
Telefone: (61) 3319-8055

B823d
Brasil. Superior Tribunal de Justiça.
Doutrina : edição comemorativa, 30 anos / Superior Tribunal de Justiça. -- Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 2019.
1.072. : il.

Elaborado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista.
ISBN 978-85-7248-199-1

1. Tribunal Superior, direito, coletânea, Brasil. 2. Tribunal Superior, doutrina, Brasil. 3. Superior Tribunal de Justiça, Brasil. I. Título.

CDU 34(81)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO

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

CORTE ESPECIAL

Ministro João Otávio de Noronha	Presidente
Ministra Maria Thereza de Assis Moura	Vice-Presidente Corregedora-Geral da Justiça Federal
Ministro Felix Fischer	
Ministro Francisco Falcão	
Ministra Nancy Andrighi	
Ministra Laurita Vaz	
Ministro Humberto Martins	Corregedor Nacional de Justiça
Ministro Herman Benjamin	Diretor-Geral da ENFAM
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho	
Ministro Jorge Mussi	
Ministro Og Fernandes	
Ministro Luis Felipe Salomão	
Ministro Mauro Campbell Marques	Diretor da Revista
Ministro Benedito Gonçalves	
Ministro Raul Araújo	

PRIMEIRA SEÇÃO

Ministro Mauro Campbell Marques — Presidente

Primeira Turma

Ministra Regina Helena Costa — Presidente
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Ministro Benedito Gonçalves
Ministro Sérgio Kukina
Ministro Gurgel de Faria

Segunda Turma

Ministro Francisco Falcão — Presidente
Ministro Herman Benjamin
Ministro Og Fernandes
Ministro Mauro Campbell Marques
Ministra Assusete Magalhães

SEGUNDA SEÇÃO

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino — Presidente

Terceira Turma

Ministro Moura Ribeiro — Presidente
Ministra Nancy Andrighi
Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Ministro Villas Bôas Cueva
Ministro Marco Aurélio Bellizze

Quarta Turma

Ministro Antonio Carlos Ferreira — Presidente
Ministro Luis Felipe Salomão
Ministro Raul Araújo
Ministra Isabel Gallotti
Ministro Marco Buzzi

TERCEIRA SEÇÃO

Ministro Rogerio Schietti Cruz — Presidente

Quinta Turma

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca — Presidente
Ministro Felix Fischer
Ministro Jorge Mussi
Ministro Ribeiro Dantas
Ministro Joel Ilan Paciornik

Sexta Turma

Ministro Nefi Cordeiro — Presidente
Ministra Laurita Vaz
Ministro Sebastião Reis Júnior
Ministro Rogerio Schietti Cruz
Ministro Antonio Saldanha Palheiro

COMISSÕES PERMANENTES

Comissão de Coordenação

Presidente — Ministro Marco Buzzi
Ministra Regina Helena Costa
Ministro Nefi Cordeiro
Suplente — Ministro Ribeiro Dantas

Comissão de Documentação

Presidente — Ministro Og Fernandes
Ministro Antonio Carlos Ferreira
Ministro Antonio Saldanha Palheiro
Suplente — Ministro Joel Ilan Paciornik

Comissão de Regimento Interno

Presidente — Ministro Mauro Campbell Marques
Ministra Isabel Gallotti
Ministro Sérgio Kukina
Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Ministro Moura Ribeiro
Ministro Nefi Cordeiro

Comissão de Jurisprudência

Presidente — Ministro Felix Fischer
Ministro Benedito Gonçalves
Ministro Villas Bôas Cueva
Ministro Sebastião Reis Júnior
Ministro Marco Aurélio Bellizze
Ministro Gurgel de Faria

Comissão Gestora de Precedentes

Presidente — Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Ministra Assusete Magalhães
Ministro Rogerio Schietti Cruz
Suplente — Ministro Moura Ribeiro

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Presidente — Ministro João Otávio de Noronha
Vice-Presidente — Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Corregedora-Geral da Justiça Federal

Membros Efetivos

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Ministra Isabel Gallotti
Ministro Antonio Carlos Ferreira

Membros Suplentes

Ministro Villas Bôas Cueva
Ministro Sebastião Reis Júnior
Ministro Marco Buzzi

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro Jorge Mussi
Corregedor-Geral

Ministro Og Fernandes
Efetivo

Ministro Luis Felipe Salomão
Substituto

Ministro Mauro Campbell Marques
Substituto

SUMÁRIO

Prefácio 17

Ministros de Sempre 21

Ativismo Judicial 23
Ministro Gueiros Leite

A Constituição de 1988 – 30 Anos: uma Nova Constituição ou uma Constituição Renovadora? 57
Ministro Carlos Velloso

Superior Tribunal de Justiça: 30 Anos! 75
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Superior Tribunal de Justiça: Antecedentes, Criação e Vocação 87
Ministro Nilson Naves

Notas sobre a Prescrição Intercorrente 113
Ministro Eduardo Ribeiro

Concorrência Desleal – Parasitismo 127
Ministro Waldemar Zveiter

A Jurisdição Arbitral e Conflitos de Competência com a Jurisdição Estatal 139
Ministro Cláudio Santos

A Teoria da Perda de uma Chance e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 165
Ministro Cesar Asfor Rocha

Arbitragem, os Precedentes e a Ordem Pública 191
Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Princípio da Individualização da Pena 225
Ministro Vicente Leal

Sistema de Precedentes no NCPC. Reflexões sobre os Artigos 926 e 927 do NCPC. A Importância dos Precedentes Judiciais na Aplicação do Direito Material e Formal 261
Ministro José Delgado

A Dosimetria das Sanções por Improbidade Administrativa 289
Ministro Gilson Dipp

A Política de Combate à Corrupção no Brasil 301
Ministra Eliana Calmon

Ligeiras Considerações sobre Litisconsórcio no Direito Processual Civil Brasileiro 315
Ministro Castro Filho

Arbitragem e Segurança Jurídica: a Maturação de um Meio Adequado de Solução das Controvérsias 335
Ministro Luiz Fux

As Exportações e o Crédito-Prêmio do IPI 353
Ministro Castro Meira

Mandado de Segurança e Recurso em Mandado de Segurança, perante o Superior Tribunal de Justiça: Alguns Comentários 373
Ministro Arnaldo Esteves Lima

Da Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil e a Ordem Pública Nacional 387
Ministro Massami Uyeda

A "Fase Aglutinatória" do Processo Civil Brasileiro: Ajustes Necessários 403
Ministro Sidnei Beneti

Ministros de Hoje 435

O Bitcoin e sua Corretagem: Análise da Criptomoeda à Luz da Jurisprudência do STJ 437
Ministra Nancy Andrighi

Os 30 Anos da Constituição e da Criação do STJ: Retrospecto, Avanços e Desafios 461
Ministra Laurita Vaz

A Reserva do Possível e sua Aplicação 473
Ministro João Otávio de Noronha

A Importância do Conselho Nacional de Justiça para o Desenvolvimento Social e Econômico: uma Avaliação nos 30 Anos da Constituição Federal de 1988 497
Ministro Humberto Martins

Intercâmbio Judiciário: os Impactos da Repercussão Geral no Superior Tribunal de Justiça 519
Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Breve Nota sobre a Evolução e o Estado Atual do Direito Ambiental Brasileiro 545
Ministro Herman Benjamin

Função de Julgar - Jurisdição Garantista 565
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Preparo: os Avanços do STJ e do CPC/2015 no Combate à Jurisprudência Defensiva 605
Ministro Og Fernandes

Os Trinta Anos do Superior Tribunal de Justiça – Análise dos Principais Precedentes que Marcaram sua Evolução 627
Ministro Luis Felipe Salomão

Breves Considerações sobre o Anteprojeto de Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: A Proposta da Comissão de Juristas Nomeada pela Câmara dos Deputados 687
Ministro Mauro Campbell Marques

Exclusão de Benefício Previdenciário Recebido por Idoso, no Valor de um Salário Mínimo, da Renda Familiar para fins de Concessão do Benefício Assistencial à Pessoa com Deficiência 725
Ministro Benedito Gonçalves

Juízo de Equidade na Fixação dos Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Novo CPC 733
Ministro Raul Araújo

Dez Anos de Recursos Repetitivos no STJ 759
Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ: a Proteção do Consumidor – Harmonização dos Interesses Coletivo e Individual 775
Ministra Isabel Gallotti

A Arbitragem na Jurisprudência do STJ 791
Ministro Villas Bôas Cueva

A Prisão Preventiva e a Lei n. 12.403/2011 807
Ministro Sebastião Reis Júnior

Mediação no Âmbito da Administração Pública: Aplicação Prática dos Princípios Constitucionais como Força Motriz na Gestão Estatal 831
Ministro Marco Buzzi

O Superior Tribunal de Justiça e os 10 Anos dos Recursos Repetitivos: Gestão, Desafios e Perspectivas 877
Ministra Assusete Magalhães

Considerações sobre a Condição Jurídica das Pessoas de Menor Idade no Brasil 903
Ministro Sérgio Kukina

A Recuperação Judicial do Produtor Rural 923
Ministro Moura Ribeiro

Os Cinquenta Anos do Código Tributário Nacional e o Papel do Superior Tribunal de Justiça na sua interpretação 937
Ministra Regina Helena Costa

Mandados de Criminalização: Instrumentos de Proteção dos Direitos Humanos ou de Expansão do Direito Penal 951
Ministro Rogerio Schietti Cruz

O Acesso Judicial ao Mérito da Colaboração Premiada - Garantia Processual e Constitucional 975
Ministro Nefi Cordeiro

Os 30 Anos do STJ e a Importância do Recurso Especial Repetitivo na Efetivação da Principal Missão da Corte: Uniformizar a Interpretação da Lei Federal 999
Ministro Gurgel de Faria

O Princípio Jurídico da Fraternidade: em Busca de Concretização 1023
Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

O Sistema Recursal do Código de Processo Penal e o do Projeto de Novo CPP (PL 8045/10-CD): Estudo Comparativo das Disposições Gerais de Ambos 1059
Ministro Ribeiro Dantas

PREFÁCIO

Michael Meyer, em *1989 – o ano que mudou o mundo*, revela os bastidores de um fenômeno que, à época, provocou o colapso do império soviético e a derrocada do regime comunista na Eurásia.

Sinopse? Como eventos em cadeia, nações inflavam-se contra governos e regimes autoritários, fazendo irromper aquele salutar barulho próprio das democracias – de inconformismo, de negação da unanimidade, de pluralismo, de diálogo. A Europa transformara-se em cenário de fervilhantes acontecimentos: o movimento Solidariedade, na Polônia; o "furo" na Cortina de Ferro, na Hungria; a queda do muro de Berlim, na Alemanha; a Revolução de Veludo, na Tchecoslováquia; a libertação da ditadura Ceausescu, na Romênia. Ouviu-se a contagem regressiva para a dissolução da URSS. Era o fim da guerra fria e o início da globalização e do livre mercado.

Efeito borboleta? Crise endêmica? Alternância natural entre ciclos políticos? Sem ignorar mitos e verdades em torno dessa conjuntura, seja de que perspectiva for a abordagem, houve a desconstrução da ordem vigente e a gestação de outra – com seus riscos e esperanças. O mundo entrara em outra rotação.

Do lado de cá – a despeito da inexistência de registro na obra do escritor norte-americano –, o Brasil experimentava, também no mesmo período, mudanças irrefreáveis motivadas pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Um fato sobretudo merece destaque: em meio ao processo de redemocratização, o país acompanhou a instalação do Superior Tribunal de Justiça em 7 de abril de 1989. A ideia dos constituintes tomara forma.

Concebido como autoridade para dar a última palavra acerca do contencioso infraconstitucional, com exceção das vertentes especializadas, o STJ veio para reordenar a estrutura da Justiça brasileira, principalmente dos órgãos de superposição, e atuar como tutor da inteireza e uniformidade de interpretação da lei federal.

Desde então, ao apreciar questões complexas e inéditas – verdadeiros nós do mundo contemporâneo –, tem feito valer o entendimento jurídico mais coerente com o momento histórico vivenciado pelo Brasil, num movimento de construção e alteração da jurisprudência – um processo que permite ao Judiciário compreender o tempo atual na perspectiva da cidadania e compreender a cidadania na perspectiva do tempo atual. São três décadas criando e mudando realidades, e muitas as evidências.

Basta acompanhar o rastro que tem deixado de efetiva justiça social e de trabalho incessante para o fortalecimento da democracia e para a construção de um Brasil livre, justo e solidário. Não é por acaso que adquiriu a identidade de **Tribunal da Cidadania**. Do ponto de vista administrativo e operacional, tornou-se referência nacional e internacional em processos eletrônicos, gestão socioambiental e transparência, requisitos que lhe dão o *status* de **Tribunal da eficiência**. Em todos os sentidos, portanto, uma **Corte de vanguarda**.

De fato, 1989 foi um ano de transições. Para os brasileiros especificamente, um ano que divide a história do Judiciário em **antes** e **depois** do Superior Tribunal de Justiça.

Para comemorar esse percurso de 30 anos, o STJ publica *Doutrina*, obra quinquenal que tem por tradição compilar trabalhos produzidos sobretudo por Ministros da Casa, de sempre e de hoje, homens e mulheres que iluminaram essa história e a ela deram voz. Com aqueles que assinam os textos desta edição, o leitor, além de resgatar memórias, (re)visitará o direito infraconstitucional brasileiro sob a perspectiva da evolução dos fatos sociais, na instigante tarefa de dar à lei federal seu genuíno espírito – um roteiro e tanto para quem não tem medo de construir (ou desconstruir?)

entendimentos, reflexões e críticas definidores dos novos rumos da doutrina e da jurisprudência.

Aliás, como dizia Saramago, "não há no mundo nada [...] em sentido absoluto". Alguém duvida?

Ministro João Otávio de Noronha
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Ministros de Sempre

Ativismo Judicial

Gueiros Leite
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

ATIVISMO JUDICIAL

*Ministro Evandro Gueiros Leite**

O ATIVISMO DO JUIZ COMO PRINCÍPIO DE DIREITO PROCESSUAL

A literatura sobre o ativismo do juiz já se faz ampla, mas o seu estudo ainda exige a fixação de noções propedêuticas no âmbito do Direito Processual Civil como ciência. Sendo o Direito Processual Civil conjunto de princípios jurídicos que regulam o processo e disciplinam a atividade jurisdicional do Estado[1], o ativismo é um desses princípios, a exemplo de outros que informam e inspiram esse ramo da ciência jurídica, muitos dos quais já legislados.[2]

---

* Aposentado do cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 6/11/1990.

[1] O Direito Processual Civil é ciência e legislação, porque se alimenta e inspira nos princípios e opera ou impera através da norma escrita. O Direito Penal, por exemplo, atua também por coação ética ou exortativamente (**Evandro Gueiros Leite**, Conflitos Intercontextuais de Processo, Freitas Bastos, 1963, pp. 9, 17 e 19). O processo não regula apenas a atividade jurisdicional do Estado, mas também a atividade jurisdicional privada, nos casos do compromisso ou juízo arbitral e da própria atividade das partes privadas no processo, estabelecendo-se normas de capacidade, representação, oportunidade, legitimação e outras.

[2] **José Augusto Delgado**, escrevendo sobre a subordinação da ciência jurídica aos princípios que lhe servem de diretriz, ensina, firmado em **Cappelletti**, que o Direito Processual é como um espelho, no qual, com extrema fidelidade, se refletem os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico (A Tutela do Processo na Constituição de 1988, Princípios Essenciais, Amagis, 18:78, jun. 1989, n. 2; **Mauro Cappelletti**, *El Proceso Civil*

O *comportamento* tem que ver com a habitualidade de certa conduta, cuja tendência pode ser, na esfera do direito, a *jurisdicialidade*

---

en el Derecho Comparado, trad. cast., Buenos Aires, 1973). Há princípios de natureza diretora, como o da oralidade, e dele outros se deduzem com características próprias: impulso processual, imediatidade, livre apreciação da prova. Estudiosos confirmam que o ativismo do juiz é mais bem desenvolvido nos sistemas processuais onde predomina o princípio dispositivo, "*pars que tous le rapporteurs nationnaux confirment que dans leur systeme national l'activisme du juge croít, tandis qu'on maintient le principe dispositif*" (**Azmy Abdel Fattah Ateia**, p. 30, IX. *Coingrés Mondial de Droit Judiciaire*, Coimbra-Lisboa, 25-31 *août* 1991, p. 486, n. 6, b). A alegada antinomia entre esse princípio e o ativismo não é mais do que aparente (**iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet**): o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes; deve julgar segundo o provado pelas partes, CPC, art. 130 - **Liebman**, *Manuale*, v. 1, p. 230, n. 128; **Barbi**, Comentários ao CPC, 1ª ed., 1975, v. 1, t. 2, pp. 530-1, n. 697; **Calamandrei**, *Instituciones*, trad. arg., 1943, v. 1, pp. 330-2; **Cappelletti**, *La Testemonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità*, Milano, 1962, v. 1, p. 337. No princípio dispositivo, segundo **Cappelletti**, estaria apenas a proposição de que o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes. **Barbi** esclarece que esse princípio vem sofrendo reexames e foi abrandado à medida que o processo deixou de ser considerado como instrumento do interesse preponderantemente das partes e passou a ser visto, principalmente, como meio de ação do Estado para atuar a lei que edita. Assim, o ativismo do juiz é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes conscientes e cooperantes (cf. Ac. da Corte de Cassação da França, de 24.11.1989, Sirey, 1990, jur., 429, **apud** Relatório, p. 486 (*a*)). Outros autores são favoráveis à prevalência do princípio inquisitivo, porque por ele dividem-se as atividades das partes e do juiz no processo. Segundo o processualista inglês **Jack Jacob**, o juiz, pelo sistema inquisitivo, tem um papel ativo, autoritário e interventivo (*The Fabric of English Civil Justice*, Londres, 1987, pp. 6-7, Relatório, p. 423, II). **Normand, Fix-Zamudio** (*Los Problemas Contemporâneos del Poder Judicial*, México, 1986, pp. 41-2); **Smith**: "*processual issues, however, do not fali under tlhe principie of party presentation*" (o litígio seria concernente ao juiz); **Cappelletti**, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1969, p. 387, Relatório, p. 423: o julgamento será não somente o resultado da conduta pré-processual das partes, mas alcançará, igualmente, a situação pós-processual dessas mesmas partes. No Brasil, o CPC adota, de certo modo, os dois princípios. **Pontes de Miranda** fala, quanto aos princípios fundamentais, que aqui se tenta uma síntese de ambos: os arts. 2°, 128, 293 e 460 cuidam da livre incoação das partes, embora o juiz possa apreciar de ofício certas matérias (arts. 15, 113, 219, § 5°, 267, § 3°, 295 e 301, § 4º). O art. 262 reflete os aspectos ressaltados por **Cappelletti**: atuação pré e pós-processual ou mesmo de desenvolvimento combinado. Novamente **Pontes de Miranda**, nos seus Comentários ao CPC (1974, t. 1, p. 69), ensina que na excessiva *concentração* mal se disfarça por vez a inquisitividade (arts. 294, 304, 282, VI, e 283). Confiram-se os princípios legislados: causalidade (art. 248); estabilidade da lide (arts. 321, 262, 303, I); eventualidade (art. 300); fungibilidade recursal (art. 496); identidade física do juiz (art. 132); instrumentalidade das formas (arts. 244, 284, 327); isonomia processual (art. 125, I); lealdade processual (arts. 14, II, 16 e 18, 599, II, a 601); perpetuação da jurisdição (art. 87, 2ª parte); sucumbência (art. 20); duplo grau de jurisdição (art. 515, §§ 1º e 2º). Na Lei n. 7.244/84 (Juizado de Pequenas Causas): princípios da celeridade, da economia processual e da informalidade (art. 2º). **Pontes de Miranda** menciona, ainda (Comentários ao CPC, cit., t. l), os princípios da publicidade (que atualmente já é constitucional - art. 5°, LX), da livre dicção do direito objetivo (**iura novit curia**), da relevância das normas de competência e da audição jurídica.

de que fala **Toshio Mukai**[3]. O *ativismo*, como conduta habitual, torna-se princípio e caminha para a formação de material jurídico positivo. A aplicação do direito é *produção* de direito como **norma agendi**.

O *ativismo* condiz, pois, com a contextualidade do Direito Processual Civil, no pertinente à atividade jurídica e à ação judiciária: atuação de um Poder (política); função do **jus dicere** (finalidade); processo e organização (instrumentalidade). Dentro desse quadro, o estudioso pode aderir a um novo princípio de legitimidade ou a uma nova ideia de direito, com o juiz como figura principal, segundo a lição de **A. Peyrefitte**[4]. Também **Antonio Escostegury Castro**[4a].

A PRAGMÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo do juiz atua sobre o comportamento deste no processo, em busca de um direito judicial, menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais. Não importa numa simples, embora ágil, aplicação da norma e que a deixe inalterada. Nem é atitude *voluntariosa*, mas tomada de consciência no presente e diretriz de decisões futuras.

O ativismo não é, porém, um novo sistema fora da realidade do processo, como pareceu a **M. Cappelletti**[5], ao perguntar por que os tribunais não poderiam atuar como legisladores na criação e adaptação constante das suas próprias regras processuais técnicas, pois que com elas lidam diuturnamente. Citou o exemplo da Corte Européia de Strasbourg, que, todavia, não é um tribunal de jurisdição ordinária ou comum[5a].

---

[3] O direito e seu discurso legitimador - I, Revista do IA/SP, 2:40.

[4] *Les chevaux du lac Ladoga* (Relatório, p. 405 (2)).

[4a] A necessidade de controle social sobre o Poder Judiciário, OAB, v. 20, n. 55, set./dez. 1991. Dissertando sobre a natureza do ato de julgar, afirma que a "aplicação do direito também é *produção* de direito" (p. 159).

[5] *The law-making power of the judges and its limits*, **in** *The Judicial Process in comparative perspective*, cit., p. 34 (Relatório, p. 488 (1)).

[5a] **Matsches**. Relatório, p. 488 (I), **in fine**.

AS CONCLUSÕES DO IX CONGRESSO DE PORTUGAL[6]

Não foram extremadas as conclusões a que chegou o IX Congresso de Direito Judiciário, realizado em Portugal, onde o ativismo do juiz foi

---

[6] IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, Coimbra-Lisboa, 25-31 ago. 1991, Relatório Geral sobre Ativismo do Juiz, redigido por **Marcel Storme** (Gent, Bélgica) e **Dagmar Coester-Waltjen** (Munique, Alemanha). Gentileza de **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, representante do Brasil. Também recebemos, através do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, por gentileza de sua Secretária-Geral, **Ada Pellegrini Grinover**, o relatório elaborado por **José Raimundo Gomes da Cruz**, associado do Instituto e um dos representantes do Brasil no IX Congresso. Ele faz referência aos demais representantes: **Carlos Azevedo, Sérgio Bermudes, Cahali, Dinamarco, Barbosa Moreira, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro, Marcato, Bedaque, Nalini, Peluso, Portanova, Ada Pellegrini Grinover, Galeno Lacerda, Simões, Arruda Alvim e Teresa Alvim**.

O IX Congresso manteve a sequência de três Congressos anteriores, realizados na Bélgica, 1977, na Alemanha, 1983, e na Holanda, 1987, além do Congresso Extraordinário de Bolonha, 1988. Tais atividades vinculam-se às finalidades essenciais da Associação Internacional de Direito Processual, dentre as quais ressaltam a posição do aparelho Judiciário como "pilar do Estado de Direito" e a "Justiça com rosto humano". O processo judicial tornou-se num "produto de massa" ou "macrodireito judiciário", em contraste com o "microdireito judiciário", que não interessava senão às partes. Pensa-se, ainda, na criação dum **jus commune**.

Especificamente sobre *ativismo judicial* tivemos os seguintes tópicos das atuais tendências: o juiz como porta-voz, intérprete, pesquisador, criador do direito; o juiz contra a lei; protagonista do processo, conciliador, engenheiro social, descobridor da verdade. A extensão do ativismo do juiz no domínio do processo contou com os seguintes desdobramentos: ajuizamento da demanda, partes na lide, objeto da lide e seus limites, debate judiciário, desenvolvimento do processo, sua direção, formas e prazos; descoberta da verdade (sistemas acusatório, inquisitivo e misto, abrangendo o ônus da prova e o papel do juiz, o término do processo sem julgamento).

No campo do direito material, contemplou-se a *judicial review*, o relacionamento do Judiciário com o Executivo e a vinculação dos julgamentos aos precedentes. Destacou-se a intervenção judicial no plano dos contratos. Acolheram-se as sugestões de **Galeno Lacerda** acerca do *sobredireito processual*.

Não foram descurados os seguintes temas paralelos: ética profissional e justiça processual (Judith Resnik); independência e responsabilidade de juízes e advogados (Nicola Pricardi e Shimon Shetreet); finalidade dos Conselhos Superiores da Magistratura, símbolo de tendências evolutivas mais gerais; responsabilidade legal dos juízes, e pública, controles informais sociais e profissionais; profissão e carreira dos juízes, nomeação, quantidade, remuneração e **status** social). Carpi e Di Frederico, com relatório de Lagrasta Neto, cuidaram da educação e treinamento dos juízes, isto é, formação universitária, treinamento profissional, recrutamento profissional e burocrático, aperfeiçoamento permanente. Henrik Lindblom e Garry D. Watson, sendo relator Barbi, cuidaram do julgamento das questões complexas (*complex litigations*), próprias dos norte-americanos mas com tendência ao surgimento em outros países (grandes desastres, distribuição de produtos danosos, questões ambientais). Também trataram das *group actions*, *organization actions* e *class actions*.

escolhido como um dos temas principais, contando-se com a participação de mais de quarenta relatores de vários países[7].

As teses marcantes foram as seguintes: enquanto declina o princípio inquisitivo, que caracteriza o tipo socialista de processo, aumenta o poder do juiz que dirige e ordena o processo e tem o livre exame das provas; o ativismo judicial é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e dos advogados conscientes e cooperadores. Se o juiz tornou-se um autêntico diretor do processo, pode acontecer (1) que a duração da causa seja diminuída e tenha deslinde eficaz; (2) que o juiz possa vir a ser o *executivo* de que a Justiça necessita. O critério (2) foi inicialmente qualificado como *case flow management*, de **Graham D. S. Taylor**, que examinaremos mais de espaço.

Para a maioria dos relatores, o juiz tem papel marcante quando diz o direito para as partes litigantes - no microprocesso - e para a sociedade como um todo - no macroprocesso -, e este último devido à divulgação das decisões através de publicações especializadas, naquilo em que essas decisões propendem, deliberadamente, para o aperfeiçoamento das instituições, **pari passu** com as atividades dos outros Poderes do Estado[8].

---

[7] Do Relatório consta que foram recebidos trabalhos dos representantes seguintes: I - *Common law* - James J. Alfini e Linda J. J. Griffiths (USA), N. H. Andrews (Grã-Bretanha), I. D. Macphail (Escócia), Graham D. S. Taylor (Nova Zelândia). II - *Jus Civile Continental* - Hans W. Fasching (Áustria), Mark van Hoecke (Bélgica), Konstantinos Kerameus (Grécia), Carlos de Miguel (Espanha), Jacque Normand (França), Ergun Ozsunay (Turquia), Walter A. Stoffel e Fabienne Hohl (Suíça), Rolf Sturner, Astrid Stadler e Heinrich Nagel (Alemanha), Nicolo Trocker (Itália), Alexandre Pessoa e Miguel Teixeira de Souza (Portugal). III - Europa Central e Oriental - Mihajlo Kika e Alan Uzelac (Iugoslávia),Tadeus Erecinski (Polônia), A. Winterova (Checoslováquia). IV - *América Latina* - Roberto O. Berizonce (Argentina), Jorge Fabrega (Panamá), Galeno Lacerda (Brasil), Enrique Vescovi (Uruguai). V - África e Oriente Próximo - Azmy Abdel Fattah Ateia (Egito), A. C. Cilliers, W. Le R. de Vos e D. E. e Van Loggerenberg (África do Sul), Stephen Goldstein (Israel). VI - Países Escandinavos - Irma Lager (Finlândia), Henry jonh Maeland (Noruega), Eva Smith (Dinamarca), Krister Thelin, Gunnar Bergholz e Lars-Gôran Abelson (Suécia),Thor Vilhjalmsson (Islândia). VII - Ásia - K. B. Agrawal (Índia), Moon-Hyuck Ho (Coréia). VIII - Cortes Internacionais - Walter Van Gerven e L. Roeges (Luxemburgo), F. Matscher (Strasbourg).

[8] **Erecinski**, nova legislação processual na Polônia (20.12.1989); Maatz, resultados do reencontro de juízes alemães e soviéticos em 1991 (Relatório, p. 408, I (1)).

CAUSAS PRÓXIMAS E REMOTAS DO ATIVISMO JUDICIAL

O representante grego **Konstantinos Kerameus**[9], associado ao pensamento de **Cappelletti**[10], destacou o incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, para *balanceamento* do sistema; ou ainda, conforme expressou **Goldstein**[11], devido à insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder. Em Israel verifica-se, por isso mesmo, o fenômeno crescente da substituição das soluções administrativas ou legislativas por soluções judiciais.

Essa atuação do Judiciário foi elevada à categoria de ativismo judicial, tal como a estudaram os juristas holandeses e belgas na obra intitulada *Justice and efficiency*: o *ativismo* seria o resultado da evolução social, política e cultural de nossa época, dado que o *processo* tem sido sempre o reflexo das sociedades em certos períodos. Permitiu-se constatar que em muitos países o *ativismo* já é realidade, principalmente naqueles em que se adota o princípio dispositivo aperfeiçoado.

O representante dinamarquês, no IX Congresso, de Portugal, salientou os riscos inerentes ao sistema processual em que o juiz apenas preside os trabalhos forenses, visualização estreita do seu papel no processo. O *ativismo* permitiria, ainda, harmonizar os diferentes ramos do processo em cada país (administrativo, fiscal, penal, disciplinar, social e comercial).

O JUIZ ATIVO E O JUIZ ATIVISTA

Faz-se distinção entre o *juiz ativo* e o *juiz ativista*, numa tentativa de conceituação do *ativismo* atribuída a **Roberto C. Berizonce**:

---

[9] "*The equivalent distribution of power between the judiciary and the other branches of Government, combined with a deliberate propensively to influence societal developments*".

[10] *The Law Making Power*..., **in** *The Judicial Process*, cit.

[11] "*The everincreasing powers of the Legislative and Executive branches justify, indeed demand, a parallel growth of the Judicial Power to preserve a balanced system*".

> o juiz que pronuncia suas decisões e cumpre os seus deveres funcionais com diligência e dentro dos prazos legais pode ser considerado *ativo*; será *ativista* se, ademais disto, e a partir de uma visão progressista, evolutiva e reformadora, souber interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor.

Menknecht e **Verschool**[12] abordaram o tema no Congresso de Utrecht, em trabalho já citado. **E. Vescovi**[13], baseado na classificação de **François Ost**, destacou o juiz como *engenheiro social*, ao lado do legislador e do jurista, chamados, todos, por **Van Caenegen**[14], de os *senhores do direito*. **Cox**[15], ativista extremado citado por **Alfini** e **Griffits**, chegou ao ponto de apregoar uma *justiça alternativa*, fora das limitações políticas do direito e de acordo com o discernimento do juiz.

Maeland[16] diz que o legislador está deixando aos tribunais a solução de certos problemas que lhe sejam mais afeiçoados pela prática diuturna ("(*is*) *leaving it to lhe Courts, through their practice, to find solutions to lhe problems in Une with the developments and requirements of the society*").

Stürner e **Stadles**[17] pregam que cada julgamento do juiz ativista passa a ser considerado como um marco na evolução do direito, seja no microcosmo das partes, seja no macrocosmo do processo que interessa à sociedade como um todo.

---

[12] *Justice and efficiency*, Deventer, 1989 - Relatório.

[13] **Apud F. Ost**, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelas, 1983, p. 1 e s. **Ost** classificou: o juiz que evita o conflito, resolve o conflito e modifica situações.

[14] *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge, 1987, trad. it., Milano, 1991: *I signori del diritto*.

[15] *The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?* MD. *Law Revue*, 118, 121-122, 1987 - Relatório.

[16] **H. J. Maeland**, p. 13. Também **Demôgue**.

[17] Relatório.

Normand[18], entre outros, fala do grande impulso mundial em direção a um ativismo judicial sem precedentes. **Héctor Fix-Zamudio**[19] ensina que existe uma forte tendência, nos ordenamentos processuais do nosso tempo, no sentido da outorga de amplas condições ao julgador, a fim de que exerça uma função ativista.

O ATIVISMO NO JUDICIÁRIO NORTE-AMERICANO

Segundo **Vincent Blasi**[20], o ativismo judicial tem estado no centro do discurso constitucional norte-americano pelo menos há meio século. O autor considera a abordagem ativista do exame judicial como verdadeiro contraestímulo à *contenção* dos Juízes, o *self restraint* de que fala **Cox**.

Certas decisões judiciais podem pretender beneficiar o sistema através do desenvolvimento de situações jurídicas e ajudar a moldar padrões judiciários de impacto social ou político, muitas vezes sem deferência para com os demais Poderes, como aconteceu quando a Corte Suprema, formada por uma pequena maioria proveniente da aristocracia sulista, anulou trezentas e setenta e sete leis de índole intervencionista num curto período de cinco anos[21].

---

[18] **J. Normand**.

[19] *Los Problemas Contemporâneos dei Poder Judicial*, cit., pp. 41-2, Relatório.

[20] A Corte Suprema, instrumento de mudança, trad. do inglês Elcio Gomes Teixeira, RDP, 79:5 e s. (**Blasi** é professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colúmbia, NY).

[21] Algumas vezes o ativismo do juiz é negativo. **Marcus Cláudio Acquaviva** (O Surgimento do Estado Intervencionista e a Função Executiva do Estado Moderno, FMU-Direito, n. 1, p. 56, 1986) comenta que juízes conservadores prevaleceram em decisões tomadas pela Corte Suprema norte-americana por maioria precária de cinco contra quatro votos, passando tais julgamentos a ser chamados de *five to four* e censurados por Budin, em panfleto intitulado *Government by Judiciary*. O Juiz Fabiano Corrêa (Administração da Justiça e Responsabilidade Civil, Revista de informação Legislativa, n. 83, 1984) também comentou que, em certas situações os tribunais, especialmente as Cortes Supremas, embora busquem no campo do Direito as razões de decidir, costumam, com grande proveito para o bem comum, outras desastradamente, tomar posições nitidamente políticas. Cita, como lamentável, a decisão da Suprema Corte norte-americana, ao proclamar a escravatura uma instituição *sacrossanta*. Se não o tivesse feito, talvez houvesse poupado à nação os horrores da

O PAPEL DAS CORTES DE WARREN E BURGER

Blasi destaca a disposição ativista das Cortes do passado quando decretavam a inconstitucionalidade da lei. Hoje, diz ele, dificilmente será controvertido, em termos de teoria política, a Corte Suprema invalidar uma lei ou uma atuação estatal, a fim de defender valores nacionais. Em dezesseis anos a Corte de Warren invalidou dezenove disposições de leis federais. Em seus primeiros quinze anos, a Corte de Burger invalidou trinta. Outro indicador do ativismo judicial norte-americano seria a disposição da Corte de assumir papel proeminente na solução de crises constitucionais, aquelas raras disputas que sacodem o organismo político até os alicerces.

OS RISCOS DA "CONTENÇÃO JUDICIAL"

Teóricos da *contenção judicial* apregoam que as Cortes precisam ser especialmente cuidadosas nas situações de crise, quando as controvérsias somente deveriam ser resolvidas pelos outros dois Poderes, diretamente responsáveis perante o eleitorado. Mas a Corte de Warren não aceitou o critério do precedente como elemento de contenção judicial nas decisões sobre integração escolar e chegou a participar da disputa sobre a legalidade da Guerra do Vietnã. Por seu turno, o ativismo judicial da Corte de Burger foi altamente significativo na controvérsia de *Watergate*. Se o caso tivesse tido tramitação normal, o processo de *impeachment* contra Richard Nixon consumar-se-ia como um desastre para o sistema, antes que a Corte pudesse decidir sobre as reivindicações de privilégio do Executivo, apresentadas por Nixon. Nesse caso, a Corte agiu com presteza e por iniciativa própria, arriscando no processo grande parte de sua estatura institucional, se Nixon se recusasse a atender à ordem de entregar as fitas. O caso EEUU **vs**. Nixon é exemplo bem sucedido de ativismo judicial, de tal modo que ainda

---

Guerra de Secessão. Segundo **Edgar Bodenheimer** (Ciência do Direito, **apud Corrêa**, pp. 370 e s.), as Cortes inglesas, quando, nos primórdios do século XIX, negavam indenizações por acidentes do trabalho, faziam-no "para não prejudicar o florescente desenvolvimento industrial do país".

será citado por muito tempo como decisão judicial bem-sucedida e que beneficiou uma democracia[21a].

AS VANTAGENS DO ATIVISMO: AINDA O CASO EEUU vs. RICHARD NIXON

Outro teste do ativismo judicial norte-americano poderia ser o grau de amplitude das questões para as quais a Corte está disposta a desenvolver padrões constitucionais que ajudem a moldar o panorama político. A Corte Warren teve grande influência sobre as liberdades civis, porém fez menos do que muitas das suas antecessoras, incluindo a Corte de Burger, para interferir na estrutura do regime, inclusive quanto *à separação dos Poderes*.

Este foi sempre um dos pontos problemáticos na atuação ativista do juiz norte-americano.

O caso citado (EEUU **vs**. Nixon) funcionou, porém, como paradigma do desenvolvimento de controles constitucionais contra a possibilidade de governantes com pendores absolutistas, como acontece algumas vezes em regimes presidencialistas.

Essa atuação não se fez notar apenas em relação ao Executivo, mas também nos casos em que foi preciso impor limites ao poder do Congresso norte-americano, de regular o comércio ou de criar tributos e até mesmo de introduzir normas no âmbito do processo eleitoral[22].

[21a] Os defensores da *contenção judicial* exaltam o risco das tensões e impasses capazes de quebrar o equilíbrio entre os Poderes. Mas, para alguns, o que transparece, às vezes, por trás da contenção, é mais preocupação de índole política do que jurídica; ou quando se pretende facilitar o estabelecimento de precedentes contra a avalanche de certas ações que, se bem-sucedidas, podem acarretar ao Erário sobrecarga tamanha que este talvez não esteja em condições de suportar. Essas decisões quase sempre são proferidas com proveito para o chamado bem comum ou interesse público. Todavia, pelos exemplos da História, as tensões e os impasses são criados de parte a parte. O governo ditatorial anulou, drasticamente, por simples decretos-leis, várias decisões do STF (RTJ, 55:208). Recentemente, o STF teve projeto de lei do seu interesse e da classe vetado pelo Chefe do Poder Executivo. O desmerecimento teria afetado o princípio das *imunidades recíprocas*, de que falou Rui (cf. **Homero Pires**, Comentário a Constituição Federal, v. 1, p. 346) e poderia ter gerado grave tensão institucional, bastando fosse o STF acionado em face do art. 102, 1, **n**, da Constituição. Assim ocorreu na Corte de Burger, no caso da inflação e dos vencimentos dos juízes americanos. E Roosevelt chegou a patrocinar contra a Suprema Corte a nomeação de um juiz para cada membro que tivesse mais de setenta anos, a fim de assegurar a continuidade do *New Deal*, bloqueado pelo conservadorismo da Corte. Mas para a Corte também seria simples agir, conforme

MONTESQUIEU E A FÓRMULA DE CONTROLE DO PODER

Embora embasado na fórmula habilidosa de Montesquieu, de dividir o Poder para melhor controlá-lo, o sistema norte-americano chegou à realidade de que a solução tripartida, se útil no passado, vem-se revelando insatisfatória no presente, salvo nos regimes parlamentaristas, em que a solução quadripartida é inconteste e estabilizadora das nações desenvolvidas.

Escreve ainda **Blasi** que os magistrados moderados e pragmáticos podem até manter o equilíbrio do Poder, mas não são capazes de fazer escolhas fundamentais. Como resultado, a sua produção jurisprudencial, aproveitável embora, nada apresenta da qualidade geradora e da força moral dos magistrados ativistas, que transcendem de decisões ideológicas e moldam ideias básicas localizadas no centro das disputas políticas.

---

resumiu o Juiz Darlan: "se não gostamos dum ato do Congresso, não temos muita dificuldade em achar fundamentos para declará-lo inconstitucional" (**José Sarney**, A Grande Missão do Supremo Tribunal Federal, Senado Federal, 18.4.1991, pp. 31-4).

[22] **Aliomar Baleeiro** (Uma Nova Estrutura do Judiciário Brasileiro, RBDP), tratando da competência constitucional do STF advertiu para a necessidade da interpretação construtiva, que supre lacunas, freia inovações inoportunas do legislador afoito, pisa o acelerador do Congresso omisso, lerdo ou tímido. Enfim, completa a Constituição. Já havia eu escrito a propósito (Transição, Brasília, TFR, 1988), que na fase institucional contemporânea à Constituinte (1988), o Legislativo estava em desrecalque pela frustração de tantos anos, necessidade quase fisiológica de ocupação de espaços vitais em todos os setores da vida nacional, até mesmo em áreas privativas dos demais Poderes. Embora exagerada a previsão de alguns sobre uma possível tomada do poder pela Constituinte (estava em voga o livreto de **jan Kozak**, denominado O Assalto ao Parlamento ou a Tomada do Poder pela Constituinte, na Tchecoslováquia, trad. Vicente Barreto), o fato é que disso resultou uma Constituição que praticamente inviabilizou a governabilidade do País, causando entrechoques entre o Executivo e o Legislativo, que somente o STF pôde aplainar. A recente disputa em torno da atualização das aposentadorias previdenciárias e quanto ao cumprimento de decisões judiciais a respeito levou a sério atrito entre o Legislativo e o Executivo, envolvendo a Constituição (art. 100; e ADCT, art. 33). O Executivo recusa-se a reconhecer o reajuste nos índices pretendidos (147%). E para conter o cumprimento das decisões judiciais concessivas, alegando falta de recursos editou o Decreto n. 430, de 20.01.1992, com que regulamentou a Lei n. 197/91 (art. 4º) e diferiu os pagamentos a precatórios à conta dos créditos respectivos. O Legislativo retrucou com o Decreto Legislativo n. 3, de 1992, para sustar a execução do regulamento. O STF limitou-se a proferir decisões deliberatórias sobre o assunto, embora pudesse ter resolvido, desde logo, o mérito da questão para evitar o conflito, tanto mais porque o incidente tem servido de pretexto para o retardamento da votação, no Congresso, de projetos inadiáveis e de real importância ao desenvolvimento nacional, dada a radicalização das facções partidárias de oposição. São vários os processos já chegados ao STF sobre o assunto, como as ADIns n. 670, 671, 675 (esta examinada provisoriamente, mas apenas em parte) e 674.

ESTUDO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, o ativismo do juiz tem sido estudado com a mesma seriedade dispensada ao estudo do Direito Processual, ramo das leis mais rente à vida e pelo qual se poderiam até classificar os povos[23]. Não o importamos como produto acabado, nem o seu *know how*, mas apenas a base científica sobre a qual os nossos estudiosos trabalham com independência de pensamento, embora comprometidos com reflexões e experiências alheias[24].

O nosso Código de Processo Civil é repositório científico válido, com institutos recebidos, é certo, mas já constituindo direito de um povo[25], por mais integrado que esteja esse povo em certas áreas alienígenas de cultura[26].

A infraestrutura judiciária é, porém, arcaica, porque ainda apegada ao formalismo de **Hans Kelsen** e de **Wilhelm Sauer**[27], que não prima pelo sentido e escopo do Direito Processual independente daquilo que as partes têm em vista, acima do intuito de pacificação e pela realização do direito como finalidade principal.

Somos vítimas da concepção de uma Justiça até agora de mãos cruzadas, concebida sob a inspiração de **Hellwig**[28], embora com razoáveis

---

[23] **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, Prólogo, p. XV.

[24] **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, p. XLVII.

[25] Veja-se, por exemplo, o art. 462 do CPC, que dispõe sobre direito superveniente à propositura da ação. Consta do Relatório do IX Congresso que nenhum Código foi tão longe quanto o brasileiro nessa matéria ("*il se peta aussi que depuis l'introduction de l'instance de nouveaux faits, que pourraient influencer le jugement, surgissent. Quoique l'on admette une certaine souplesse (4) aucun Code ne va aussi loin que le Code brésilien qui en son article 462 déclaire que le juge peut même d'office tenir compte de ces nonveaux faits (5)*"). "As partes podem invocar fatos novos supervenientes ou descobertos após a instauração da instância" (**V. Fettweis**, *Manuel de Procédure Civile*, 2. ed., Liège, 1987, n. 73 e 74, pp. 90-1). A concordância das partes é exigida no Direito dinamarquês (**Smith**, p. 13 - Relatório, p. 431 (5)).

[26] **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, p. L.

[27] **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, p. XXI.

[28] **Evandro Gueiros Leite**, A Emenda n. 2/85 (RISTF) e a boa razão, Revista dos Advogados de São Paulo, 26:31 e s.

perspectivas, no entender de **Galeno Lacerda**[29].

AINDA A DOUTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A tais dificuldades alia-se a rígida doutrina da separação dos Poderes, como se estes não fossem, afinal, simples prolongamentos do poder do Estado. Mas o Judiciário, no desempenho de sua missão moderna, pode praticar atos que vão desde a sentença clássica (individual) até atos propriamente legislativos, no seguinte escalonamento: sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase-legislativos e atos plenamente legislativos[30, 31 e 32].

---

[29] O Juiz e a Justiça no Brasil, pp. 69-70. O autor ressalta dispositivos do nosso CPC que constituem normas de *sobredireito processual*. São preceitos revolucionários a ponto de arredarem dogmas conservadores consagrados e imutáveis, rasgando horizontes "tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em mundo novo e desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante". Sobre a nossa infraestrutura judiciária, o autor condiciona-a à insuficiência do número de juízes, grande volume de feitos e escassez de recursos (p. 71). São deficiências materiais que já contrastam com as inovações da Constituição de 1988, que libertam a Justiça do individualismo jurídico arcaico, através de sentenças normativas. O autor parece satisfeito com o critério de recrutamento dos nossos juízes pelo concurso de títulos e de provas, por ser severo e a seleção rigorosa (p. 53, item 3), o que certamente não satisfaz em matéria de ativismo, no pertinente à preparação e à formação dos candidatos, que se farão através de Escolas e Cursos ("*cet activisme pose néamoins à nouveau dans toute son acuité le problème da Ia sélection des juges* (**omissis**). *Le problème de la sélection a fait l'objei d'un rapport géneral a Gent* (4) (**omissis**)"). Cf. Relatório, p. 490 (5). Embora o concurso permaneça, deverá prescindir da simples memorização dos temas, substituindo-a em sua grande parte pelo conhecimento e capacidade de análise.

[30] **Evandro Gueiros Leite**, A Emenda n. 2/85... Revista dos Advogados de São Paulo, cit., p. 30, n. 10; **Nelson de Souza Sampaio**, O STF e a Nova Fisionomia do Judiciário, RDP, 75:8, 1985. Trata-se de mecanismo interventivo como forma de limitar, equilibrar o exercício dos Poderes (**Castro**, A Necessidade de Controle..., OAB, cit., p. 157). **Antonio Brancaccio** (Discurso, **apud** Ministro Pádua Ribeiro, A Modernização da Justiça Federal no Brasil: o seu Alcance Social, São Paulo, 22.07.1989, p. 35) também valoriza esse mecanismo interventivo, quando ensina que se deve deixar "um pouco de lado a tripartição de **Montesquieu**" e buscar um justo equilíbrio, dentro de uma escolha de liberdade menos de caráter ideológico do que cultural.

[31] Emenda aditiva à Constituição, não acolhida, do Senador José Ignácio, pertinente à substituição, em certos casos, da sentença norma individual pela sentença normativa.

[32] **Paulo de Figueiredo**, Revista de Informação Legislativa, 31:75, 1964 - Os fatos vieram demonstrar que "o ciclo da teoria de **Montesquieu** estava encerrado e que tempos novos exigiam para o problema novo tratamento...". A verdade é que a linha de separação entre os Poderes tornou-se cada vez mais tênue, tanto que nas atribuições muitas vezes se confundem. É questão

Atualmente sustenta-se que os Poderes somente se definem sob o ponto de vista formal ou orgânico, pela estruturação e competência que lhes tenha dado determinada organização constitucional.

É bom lembrar que no art. 119, § 1º, da CF/67-69, se outorgou competência ao STF para legislar sobre processo no regimento interno, dando lugar a uma competência concorrente ou paralela

> (**Cappelletti**: why should not the courts be or have the potential for being, the best possible legislators in the determination and constant adaptation of the technical rules of procedure wich they have routinely to deal? - Relatório, pp. 487-8 (1)).

O ATIVISMO NO STF E NO ANTIGO TFR: AMOSTRAGEM

Não há no Brasil ativismo judicial com foros de cidade, que se revela apenas em julgamentos ocasionais[33].

---

apenas de bem ordenar essa combinação de forças, de modo a que não haja hipertrofia. O Poder Legislativo instaura comissões parlamentares de inquérito, aprova tratados, embaixadores, ministros de tribunais superiores. Elabora leis interpretativas, concede anistia e faz julgamentos políticos. O Poder Executivo tem atribuições legislativas: iniciativa de leis, sanção ou veto, poder regulamentar, medidas provisórias. Também julga administrativamente e perdoa. O Poder Judiciário age na esfera legislativa no controle da constitucionalidade das leis e vai até a formulação da norma em hipótese, pelo mandado de injunção (pp. 78-9).

[33] **Galeno Lacerda** acha que já estamos atingindo o verdadeiro estágio do ativismo positivo. Ele enaltece o papel do juiz na sociedade brasileira e fala de sua independência e do prestígio que goza (p. 54). O papel do nosso juiz, diz ele, é criador, embora controlado por um maior conservadorismo dos tribunais superiores. Salienta o apelo à equidade e à Justiça em concreto (com o afastamento da *literalidade*), como instrumentos nas mãos do juiz, que pacifica conflitos com a mais alta eficiência, realizando verdadeira obra de engenharia social (p. 55), idealização de **Van Caenegen** em trabalho referido no Congresso (*Judges*, *Legislators and Professors* - Relatório, p. 419 (1)).
O autor salienta o enorme poder de ofício do nosso juiz para a busca da verdade real, mesmo nos processos dispositivos. Para ele se firmou no Brasil a doutrina de que a função cautelar do juiz é permanente, imanente e concomitante às demais funções jurisdicionais (p. 58) e algumas vezes até mesmo de cunho discricionário (p. 59). O juiz brasileiro pode terminar o processo com ou sem julgamento de mérito; pode controlar a constitucionalidade das leis; pode preencher lacunas legais ou regulamentares. Fala da inovação trazida pela Constituição vigente e que consiste na outorga de legitimação processual ativa aos entes coletivos, rompendo com o individualismo jurídico que vem dominando a séculos a Ciência do Direito. Consequências dessa inovação seriam as sentenças normativas fora do âmbito da Justiça do Trabalho. Assim, a atividade do juiz pátrio revela-se

Senão vejamos.

O antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR) opôs-se, em votos isolados e também por decisões cheias, ao monopólio postal[34], à censura prévia[35], à prisão administrativa[36], à assistência médica previdenciária gratuita[37]. Foi favorável à previdência rural[38], à defesa, em inquérito

---

verdadeiramente criadora do direito material, assumindo grande importância em outras áreas de natureza política e social. O juiz brasileiro, continua ele, tem ainda poderes *antiformalistas*, graças ao nosso CPC, que contém preceitos *relativizantes das nulidades* (arts. 244, 249, § 1º, 250, parágrafo único, 154), avançando através da *atendibilidade dos fatos jurídicos supervenientes* (art. 462). **Galeno Lacerda** informa haver lançado, ainda em 1983, a ideia do sobredireito processual, constituído por normas superiores, esse conjunto de regras que dispõem sobre a incidência e aplicação de outras regras, as quais eliminam os excessos e abusos do formalismo processual. "A verdade, conclui ele, é que o juiz, no Brasil, exerce com plena eficiência aceitação política e social, papel proeminente na criação do Direito em concreto, através de um *ativismo positivo*, dentro do sistema constitucional vigente" (p. 71).
O relatório de **Galeno Lacerda** foi bem recebido no IX Congresso, no tocante à ideia do *sobredireito processual* como instrumento da atuação do juiz ligada ao ativismo judicial. Aqui no Brasil, além de **Pontes de Miranda**, por ele citado e que difundiu conceito de **Zitelmann** para definir normas de Direito Internacional Privado, também cuidamos do assunto, em 1963, em tese de concurso na qual destacamos o art. 1.049 do CPC de 1939 como norma de *superdireito*, ou seja, norma processual superior que elimina os efeitos da inobservância de dispositivos legais inferiores (cf. Conflitos Intercontextuais de Processo - Prevalência das Normas Processuais Genéricas, pp. 83-90).

[34] Caso Epatil do ABC **vs**. Empresa de Correios e Telégrafos. A prevalência do monopólio postal levou o País, várias vezes, à paralisação das comunicações devido às greves consecutivas, em grande parte políticas, pois algumas estatais são sabidamente controladas por lideranças sindicais extremadas. A Constituição estendeu aos servidores desses entes o direito de greve (art. 37, VII), que passou a ser exercitado sem regulamentação e atingiu atividades consideradas essenciais.

[35] Posição definida quanto às limitações impostas pelo Estado às manifestações do pensamento, prelibando a sua eliminação ou o seu temperamento (CR, arts. 5°, IX, e 200). (Cf. A Censura e a Jurisprudência no TFR, 2ª ed., 1988, separata da Revista do TFR).

[36] Posição contrária à prisão administrativa, reputada inconstitucional por grande parte dos seus juízes (CF/67-69, art. 153, §§ 17e 12) e que veio a ser consagrada na CF/88, art. 5º, LXI e LXVII.

[37] Constitucionalidade do Decreto-Lei n. 1.910/81, que dispunha sobre o pagamento, pelos aposentados e pensionistas em geral, de contribuições para o custeio de assistência médica, em alíquotas menores. Essa decisão poderia ter evitado o colapso dos serviços médicos, se o Governo não houvesse repristinado a isenção total (Lei n. 7.485/86, art. 1º). Atualmente se pretende substituir a contribuição por imposto e limitar a gratuidade a dez salários mínimos.

[38] Direito da viúva do rurícola pré-morto a uma pensão social de meio salário mínimo, mesmo se o óbito tivesse ocorrido anteriormente à lei, comprovada a miserabilidade da beneficiária. O STF derrogou essa jurisprudência pela via do RE, ao argumento da falta de custeio. E sumulou a matéria por voto de desempate (Súmula n. 613).

judicial, do trabalhador estável optante pelo FGTS sob ameaça de rescisão contratual ao nuto administrativo[39], à irredutibilidade dos vencimentos da magistratura devido à inflação[40], à manutenção da pensão previdenciária da viúva que se recasa. Neste último caso, a decisão do TFR deu lugar a projeto de reformulação legislativa do art. 39, **b**, da Lei n. 3.807/60. Esse texto fomentava o concubinato, contrariamente à Constituição ("a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" - CF/67-69, art. 175). O projeto de lei foi do Deputado Francisco Dias e tomou o n. 3.057/84.

O Supremo Tribunal Federal (STF) recomenda-se como Corte ativista ao decidir os casos de ingresso de mercadorias, ou bens pessoais, no País, sem licença prévia, que os Juízes vinham permitindo com apoio no art. 142 da Constituição de 1946. A luta conjunta da Procuradoria Geral da República contra essas importações possibilitou, a médio prazo, a implantação da indústria automobilística nacional[41].

---

[39] Reconhecimento ao empregado estável optante pelo FGTS do direito a inquérito judicial para fins de despedida, muito embora o STF restringisse, nesses casos, a abrangência do direito de defesa, que se prometia no art. 153, § 15, da CF/67-69: ao *acusado* só em processo penal (RE n. 78.687/PE, Pleno, 1974). A orientação do TFR veio desaguar no atual art. 5º, LV, da CR, onde está assegurada a ampla defesa dos acusados em geral (cf., do autor, Despedida de Empregado Estável Optante pelo FGTS. Direito de Defesa, LTr., n. 7, 1987).

[40] Decisão sobre a prerrogativa constitucional da irredutibilidade dos vencimentos da magistratura (CF/67-69, art. 1 13, III), ameaçada pela inflação, porque o Governo não aplicava os índices da correção integral. O Executivo legislava por decretos-leis periódicos, subtraindo a matéria ao exame do Legislativo e impondo essa legislação ao Judiciário. O STF não admitiu, contudo, a orientação do TFR (RTJ, 110:1217).

[41] Os automóveis eram adquiridos em grande número por pessoas que viajavam ao estrangeiro, quase sempre financiados por comerciantes de veículos mediante vantagem pecuniária. No retorno ao Brasil, os carros eram liberados nas alfândegas por decisões liminares em mandados de segurança e ações possessórias. O TFR mantinha as liberações, uma vez garantida a instância. A matéria começou a subir ao STF em grau de recurso extraordinário. Não se questionava o ingresso constitucionalmente permitido, mas se pretendia limitar esse ingresso de acordo com algumas exigências, como a prova de permanência do viajante no exterior por certo período de tempo. Como essa exigência geralmente não era satisfeita, o STF passou a conhecer dos recursos e a decidir matéria de fato. Provido o recurso, mesmo sem a publicação do acórdão e a desconstituição formal da decisão recorrida, expedia-se ofício diretamente à autoridade policial, para a apreensão dos veículos em poder de terceiros adquirentes a título oneroso e de boa-fé. Contra tais apreensões eram concedidos mandados de segurança. O inconformismo do STF deu lugar à criação, no seu RI, mesmo sem previsão constitucional, da *reclamação* como meio e modo de garantir a autoridade

Também decidiu o STF, de forma significativamente ativista, os casos de *representação* para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, ao admitir pedidos de concessão liminar. A coisa julgada na representação tornava a exegese vinculativa, confundindo-se jurisdição e legislação. O STF passou a ter função legiferante positiva nas esferas federal e estadual, porque a interpretação em tese não provocava a nulidade ou a cassação da lei, como nos casos de inconstitucionalidade[42].

Galeno Lacerda comenta que novos horizontes, revolucionários e perturbadores de conceitos aparentemente estratificados a respeito da Federação e dos Poderes do Estado, foram rasgados.

A concessão das cautelares sobreveio, também, nas *representações* contra atos acoimados de inconstitucionalidade[43], questionando-se o

---

de suas decisões. O reclamado era o magistrado que concedera a medida liberatória. Ao relator da *reclamação* foi atribuída a cautela da suspensão do curso do processo ou a avocação dos autos. O juízo final de procedência era a cassação da decisão reclamada por exorbitante do julgado superior. Essa conduta do STF foi severamente criticada por **Pontes de Miranda**, **Francisco Campos**, **Eduardo Espínola**, **Vicente Ráo**, **Sampaio Dória**, **Dario de Almeida Magalhães** e **Nehemias Gueiros**, pelos seguintes motivos principais: *a)* invasão da esfera de competência do Legislativo; *b)* transformação do acórdão em regra com força de lei num país do **jus civile**; c) desrespeito à autonomia da jurisdição local; d) incursão inconstitucional na esfera do TFR (cf. **Nehemias Gueiros** e **Dario de Almeida Magalhães**, Grandeza e Limitações do Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro, Freitas Bastos).

[42] **Galeno Lacerda**, Comentários ao CPC, 1ª ed., 1980, v. 8, tít. 1, pp. 77 e s. - O autor, que escreveu sobre esse assunto no texto apresentado ao IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, de Portugal, mostrou-se, contudo, contrário ao uso do mandado de injunção. Ele destaca a desnecessidade do *writ*, porque o STF já vinha suprindo as omissões do poder regulamentar da Administração e aplicando a lei ao caso concreto (Comentários, cit., v. 8, p. 64; RTJ, 75:909 e 66:488). Para ele, também haveria o risco de invasão, pelo Judiciário, da competência do Legislativo. E, ademais, da concretização do direito do impetrante em áreas de competência estranhas ao órgão julgador do MI. O autor exemplifica o suprimento judicial apenas quando a falta de regulamentação decorre da omissão do Executivo. Quanto ao suprimento da omissão em face da mora legislativa, a sua opinião parece haver-se modificado a partir dos seus comentários ao CPC mais evoluído até o texto que apresentou no IX Congresso mais *contido*. A última dificuldade estaria resolvida, a nosso ver, no art. 15 do Projeto do Deputado Luiz Clerot, onde se lê que, se a decisão produzir efeitos patrimoniais decorrentes de reparações de natureza econômica, a apuração se fará na via judicial própria, após o trânsito em julgado do acórdão do tribunal, que houver: *a)* declarado a omissão legislativa; *b)* formulado a norma para a espécie; e *c)* e assegurado o direito ou interesse do impetrante nas condições em que possa ser exercido.

[43] Representações n. 466, 467 e 933; RTJ, 23:1 e DJ de 16 nov. 1962, pp. 621 e s.

problema da cognição abstrata com inteiro desconhecimento de eventuais direitos subjetivos envolvidos.

Os Ministros Thompson Flores, Rodrigues Alkimin e Leitão de Abreu, entre outros, acharam que as decisões do STF não deveriam ser meramente platônicas nesses casos, isto é, sem qualquer finalidade, enquanto o Senado Federal não suspendesse os efeitos da norma declarada inconstitucional. A maioria admitia a existência de um poder de cautela geral, inerente ao exercício da função jurisdicional. Nenhum juiz deveria proferir sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não devia produzir os seus efeitos. O Judiciário poderá resguardar prováveis danos futuros, se adiantar-se na prestação final e mantiver o **statu quo ante**, obstando que a lei, tida por enferma, seja mesmo assim executada. Caberia ao STF, na opinião do Ministro Thompson Flores, lançar as bases da construção jurídico-constitucional, "quiçá uma das mais altas funções do STF"[44].

O STF COMO "CABO DA ÂNCORA" DO SISTEMA

Despido em parte de sua antiga competência, perdeu o STF a identidade que mantinha com a Corte Suprema norte-americana, porque deixou de ser o árbitro da uniformidade da lei federal (CR, art. 105, III, **a**, **b** e **c**). Continuando como tribunal constitucional, está na posição de *cabo da âncora* do sistema político, de que falou **Ellis Katz**[45], referindo-se à Constituição do seu país.

Uma possível contenção da Corte[46], ao sabor das oscilações que decorram de sua composição, poderá levar à falência certos institutos

---

[44] **Galeno Lacerda**, Comentários, cit., p. 86.

[45] Aspectos Legais e Judiciais do Federalismo Americano, RDP, 64:103: "Estou sugerindo - disse ele - que a Constituição continua a servir de âncora do sistema político norte - americano. (**Omissis**.) A Suprema Corte, é claro, é o cabo da âncora, permitindo que a política americana derive com a maré da opinião, sem nunca ficar solta".

[46] **Blasi** diz que os magistrados contidos determinam como os casos devam ser apresentados, mas não quais as importantes ideias novas que deles possam emergir. Eles não geram o crescimento de princípios ou institutos constitucionais (A Corte Suprema... RDP, cit., p. 11).

novos, como o *mandado de injunção*, que os Constituintes de 1988 fizeram introduzir no sistema jurídico brasileiro.

Sendo de índole mandamental, o *writ* põe a descoberto o objetivo do legislador, de enfatizar o comando e a determinação da decisão judicial, não como se fosse mera recomendação à autoridade competente, do Legislativo ou do Executivo, para a edição da norma regulamentadora, mas a fim de que o faça no prazo assinado, sob pena de, caracterizada a mora legislativa ou regulamentar, ser suprida judicialmente, nos casos concretos.

O STF E O MANDADO DE INJUNÇÃO: "NORMA DE RECOMENDAÇÃO"?

O STF, nas primeiras decisões, equiparou o MI à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CR, art. 103, § 2º)[47]. O objeto do julgamento no MI 107 cresceu em torno de questão de ordem sobre a autoaplicabilidade do *writ*, mas a Corte logo decidiu, também, que a Constituição não é expressa no dizer que cabe ao Judiciário suprir a omissão da norma regulamentadora, para legislar ainda que provisoriamente[48].

---

[47] CR, art. 5°, LXXI; sobre competência, no STF - arts. 102, I, **q**, II, **a**; no STJ - art. 105, I, **h**; em matéria eleitoral, art. 121, § 4º, V. Pela escassez da sua disciplina constitucional, o MI não seria desde já aplicável, segundo alguns dos seus críticos. O STF arredou esse óbice, porque as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CR, art. 5°, § 1°; STF, MI 107). A mesma escassez de normas influencia o critério de aplicabilidade do MI. Ficará aberto ao legislador. Acho que, por enquanto, o STF poderá traçar diretrizes de **lege ferenda**, para ampliar e não para restringir a sua aplicação. **Barbosa Moreira** comenta sobre o MI: como ideia fundamental, um instituto de direito processual precisa ser organizado e atuado de tal maneira que "alcance a maior carga possível de efetividade", principalmente em se tratando de norma básica constitucional, para evitar-se que a Constituição se transforme em simples declaração de princípios, sem atuação prática. Acho, com o mestre do Rio, que o MI não é apenas *norma de recomendação*, determinação de fazer *sem sanção*, função enunciativa de norma sem carga de eficácia, mas que, no próprio conteúdo da decisão seja formulada a regra provisória, que supra a omissão do ordenamento e seja aplicada ao caso concreto. Assim decidindo está-se "apenas organizando um mecanismo que se pode em certa medida assimilar ao da jurisdição de eqüidade, na qual o juiz não encontra no ordenamento jurídico norma aplicável ao caso concreto que lhe é submetido e, então, tem previamente de formulá-la, para, em seguida, aplicá-la" (Mandado de Injunção, **in** Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, E. J. 1991, v. 1, pp. 44 e s.). Não se trata de equidade individual, mas de caso de jurisdição de equidade. O obstáculo capaz de opor-se, com vantagem, a tal solução, somente seria se a decisão fosse estendida, na sua eficácia, a todos os casos análogos, como regra de alcance geral.

[48] Mandado de Injunção n. 107-3, STF, Pleno, nov. 1989, fl. 46.

Em outro julgamento, a Corte foi direta no dizer que "o mandado de injunção não autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado (**omissis**)"[49].

Posteriormente mudou de orientação, quando o Ministro Sepúlveda Pertence admitiu haver deixado

> aberta a virtualidade da construção de outras formas de acautelamento do direito reconhecido, enquanto durasse a mora inconstitucional, além da aventada suspensão de processos judiciais ou administrativos[50].

O RISCO DAS DECISÕES "OSCILANTES"

Essa mudança consistiu na concessão do *writ* com os seus efeitos específicos, de declarar a **mora legislatoris** inconstitucional e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para suprimento da omissão. Como a persistência da omissão legislativa possa acarretar a frustração irreparável à expectativa de gozo pelo impetrante da prestação reparatória devida, cabe acautelá-lo dos riscos da demora, na medida do possível. Para isso acolheu-se a solução alvitrada: a) prazo de quarenta e cinco dias, mais quinze para a sanção presidencial, a fim de que se ultimasse o processo legislativo da lei reclamada; b) ultrapassado o prazo, sem a promulgação da lei, reconhecimento ao impetrante da faculdade de obter, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação pelas perdas e danos que sejam arbitradas; c) declaração de que a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada nem impedirá que o impetrante obtenha benefícios posteriores à lei nos pontos em que for mais favorável.

A decisão não foi pacífica, mas a tendência dos votantes é, induvidosamente, pela consagração da finalidade reparadora e não apenas

---

[49] Mandado de Injunção n. 168-5/RS, ementa, fl. 27.

[50] Mandado de Injunção n. 283/DF.

platônica do MI, mesmo que seja necessário à Corte formular a norma para o caso concreto, não **erga omnes**.

Esta parece ser a indisfarçável *evolução* dos julgamentos do STF, mesmo que apareça velada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Tem-se especulado sobre o papel do Judiciário, nesses casos, que deixaria de ser o intérprete e aplicador das normas para ser o feitor das normas, confundindo-se a função judiciária com a legislativa[51]. E também sobre a eficácia da decisão proferida no MI em face do Poder Legislativo. Ora, já atingiu a nova ordem constitucional o estágio da sugestão legislativa, direta, de iniciativa popular. Nesse avanço se inclui a transformação do STF em Corte Constitucional, o que significa o nosso ingresso no sistema de controle concentrado da Constituição. A Corte não atuará como simples legislador negativo, mas com função de jurisdição constitucional mais ampla e que decidirá todos os confrontos constitucionais.

O PROJETO DO DEPUTADO LUIZ CLEROT

Nesse sentido é a lição de **José Afonso da Silva**[52]. E já tramita na Câmara projeto de lei de iniciativa do Deputado Luiz Clerot, onde se lê, nos textos originais:

> Art. 13. O Tribunal, ao conceder o mandado de injunção, formulará o regulamento da norma que assegura o direito ou interesse do impetrante e especificará as condições em que esse direito ou interesse poderá ser exercido.
>
> Art. 14. A decisão será comunicada:
>
> a) por ofício, ao Poder competente, responsável pela mora legislativa ou regulamentar, para as providências cabíveis;
>
> b) por mandado, à pessoa ou autoridade, para que cumpra a decisão no prazo de trinta dias, se outro não lhe for assinado, sob pena de responsabilidade.

---

[51] **Roberto Campos**, A Constituição Promiscuísta.

[52] Debate sobre temas constitucionais, Anais do Simpósio Temas Constitucionais, Câmara dos Deputados, 1986, pp. 58-61.

> Art. 15. Quando a decisão produzir efeitos patrimoniais decorrentes de reparações de natureza econômica, a apuração se fará pela via judicial própria, após o trânsito em julgado do acórdão.

O primeiro princípio básico desse projeto de lei é a interferência judicialiforme do cidadão, que impetra o *writ*, na feitura da norma, aí confundidos dois direitos, de ordem individual e de ordem política. O segundo princípio revela-se através da convocação ativista dos Juízes, mas nutre-se da forte corrente opinativa de professores, advogados e juristas, os quais **Van Caenegen**[53] chama de "os senhores do direito". **Consentini**[54] refere-se a eles como sendo "os legisladores suplentes", porque emprestam ao legislador oficial uma colaboração útil e inevitável, para arredar o tradicional obstáculo à atuação do juiz que é, sem dúvida, a novidade jurídica.

Pontes de Miranda[55], citando o Juiz Hough, falou da resistência dos julgadores à legislação nova. E, mais do que isso, do propósito judiciário e administrativo de certos povos de não aplicar o direito novo, levando-o à falência. No Brasil, ainda segundo comentário seu, o reacionarismo é mais grave, porque se dirige, muitas vezes, contra a própria Constituição, ameaçada de falir e por fim falida, por culpa do propósito judiciário de não aplicar.

Ao contrário do exemplo de **Goldstein**[56], a popularidade das Cortes *oscilantes* pode decair e o seu prestígio minguar[57]. Por isso

---

[53] *Judges, Legislators and Professors*, cit.

[54] **Consentini** (**apud Miranda Filho**, Propedêutica Jurídica, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1941, pp. 39 e 40) escreveu que o direito científico "*se presenta en certa guisa come un activitá perennemente rinovatrice e creatice del diritto, come un antecipazione e preparazione Dell'opera del legislatore*".

[55] Comentários ao CPC, cit., tít. IV, p. 2. O Juiz Hough, uma das maiores mentalidades jurídicas e um dos maiores magistrados americanos, escreveu que os julgamentos "são ditados ou dominados por atitudes mentais ou predileções fundadas na hereditariedade, na ambiência e na educação, como são os vereditos de todos os júris".

[56] **Stephen Goldstein**, Relatório.

[57] Pretendeu-se a superação do cargo de juiz pelo voto popular: Califórnia (1911), Colorado, Arizona, Nevada (1912) e Kansas (1914) (**H. S. Gilbertson**: The recall, its provisions and

recomendou-se no IX Congresso de Direito Judiciário, de Portugal, como regra de implantação do ativismo do juiz, a sua exigente seleção e melhor preparação: "*cet activisme pose néamoins à nouveau dans toute son acuité le problème de la sèlection des juges, du controle des juges e aussi de leur protection*".

O ATIVISMO E A SELEÇÃO DOS JUÍZES

Aqui no Brasil a seleção dos Juízes permanece adstrita à superstição do concurso público, conforme censura **Pontes de Miranda**. **Aniceto Lopes Aliende** acha que

> os concursos atuais partem de uma premissa errada, de que os candidatos, por serem bacharéis, estão habilitados, vencida a prova de conhecimentos técnicos, a desempenhar a função de juiz. E isso não corresponde à realidade[58].

Também pensamos assim, mas é forçoso admitir que no Brasil o concurso ainda é a forma de recrutamento mais adequada, pois o ingresso na magistratura não pode ser deixado ao empirismo das escolhas individuais. O

significance, *Annals of Academy of Political and Social Science*, 43, 217). No Brasil, alguns constituintes de 1988 questionaram a atuação do Judiciário e também a sua natureza de Poder, porque não emanado da vontade popular. Pensou-se, também, no juiz com fiscal por cima, através de órgão de controle externo. Até o STF foi ameaçado de extinção, porque se dizia hipertrofiado pela concepção centralista e de força do Poder, oriunda da Revolução de 1964, calcada na Lei Orgânica de Magistratura Nacional e nascida com a EC n. 7/77, o chamado *pacote de abril*. Essa emenda foi promulgada pelo Poder Executivo no recesso do Legislativo. O STF passou a julgar as representações de inconstitucionalidade ou para interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual; a valer-se da avocatória das causas processadas perante quaisquer juízes e tribunais; a conceder medida cautelar nas representações manifestadas pela PGR e algumas vezes usada para interferir nas questões de **interna corporis** dos outros tribunais. A Assembléia Nacional Constituinte suprimiu essa competência e retirou-lhe, ainda, a competência legislativa concorrente. Ao tempo foi dito que Loman mutilaria o Judiciário, sendo uma lei de circunstâncias, produto das bodas espúrias de um Executivo dominador e de um Legislativo dominado (cf. Amagis, 1:101, 1983). A respeito do juiz com fiscal por cima, **Mauro Cappelletti** escreveu: *Who watches the watchmen*? **in** *The judicial Process in Comparative Perspective*, cit., pp. 57 e s. O assunto foi objeto de estudo também por **Storme**: *Quis custodiet custodes*? (Limb. Rechtsl., 1990). E no Relatório, p. 491, está dito: "*il serait temps qu'on se penche sur la deuxieme signification de la phrase célebre de Juvenal: 'Sed quis custodiet et ipsos custodes ?', car custodire veut dire contrôler et protéger*". Cf., ainda, **Fix-Zamundio**, *Seleccion y Nombramiento de Jueces*; **Storme**, *towards a Justice with a Human Face*, **Atwerpen**, Deventer, 1974, pp. 405 e s.

[58] **Aniceto Lopes Aliende**, Recrutamento de Magistrados, RPG/ES, n. 35, jun. 1991.

que preocupa, dentro da especificidade do profissionalismo do magistrado, é a figura do juiz neófito, que, embora vocacionado e intelectualmente qualificado, não possa defrontar, na cena judiciária, com situações para as quais o bacharelado ou o concurso não preparam, criando-se a figura do juiz arraigado ao espírito de casta, isolado intencionalmente, digno por omissão, burocrata da verdade formal ou mero estafeta da Justiça[59].

Sobre o assunto leia-se a opinião de **Antonio Brancaccio** exposta em uma de suas conferências feitas no Brasil (*La formazione dei magistrati, Pisa, Pacini Ed., 1972, e Consiglio Superiore della Magistratura - II magistrato: dal reclutamento alla formazione professionale - Esperienze in Itália e nel mondo, Roma, Iasillo,* 1982). (Matéria coligida por Pádua Ribeiro, 5° Painel do Fórum Políticas Sociais para os Anos 90, São Paulo, 22.08.1989).

Enfim, o critério de escolha dos Juízes seria o adotado na França, Espanha e Portugal, entre outros países que não aboliram inteiramente o concurso, mas fazem o recrutamento através de cursos programados sob a tutela direta do Ministério da Justiça. Na Espanha o assunto foi exaustivamente estudado por Carmona Ruano, Cano Bueso, Toharia, Fernando Ledesma e Carlos Garcia Valdés (*La selección y formación de los jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales,* São José da Costa Rica, abril de 1987).

ESCOLAS DE MAGISTRADOS E CENTROS DE ESTUDOS JUDICIAIS

Está pronto o texto do anteprojeto do Estatuto da Magistratura, lei complementar de iniciativa do STF[60] que regulará o art. 93, II, **c**, e IV, da Constituição. Este texto cuida das Escolas de Magistratura, às quais competirá a realização de cursos de caráter permanente. As escolas estarão operando sob a supervisão do Centro Nacional de Estudos Judiciários (art. 76), o que emprestará cunho oficial aos cursos, à semelhança dos congêneres alienígenas. Espera-se que os currículos sejam padronizados e não apenas preocupados com assuntos de interesse livresco ou acadêmico.

---

[59] **José Renato Nalini**, O Magistrado e a Comunidade, RPGE/SP, jun. 1991, pp. 159-72; **Mário Moacyr Porto**, O Efêmero e o Eterno no Direito, RT, 285:7, **apud Nalini**, O Magistrado..., RPGE/SP, cit., p. 164.

[60] Anteprojeto do Estatuto da Magistratura, Cap. III, arts. 77, 78 e 79.

Sobre o tema veremos, mais de espaço, como foi versado no I Simpósio de Belo Horizonte, em 1988, nos estudos sobre o ativismo judicial, que veio a ser, posteriormente, em 1991, um dos assuntos mais importantes do IX Congresso de Direito Judiciário, de Portugal. Aqui o modelo norte-americano do *Federal Judicial Center* também teve destaque.

No Brasil debateram o assunto, entre outros, **José Arthur Rios**[61], **Raul Machado Horta**[62], **Eduardo Oliveira Leite**[63], **Antonio Brancaccio**[64], **Wladimir Passos de Freitas**[65], **Sálvio de Figueiredo Teixeira**[66], **Aniceto Lopes Aliende**[67], **José Renato Nalini**[68], **Galeno Lacerda**[69], **Evandro Gueiros Leite**[70].

---

[61] Modernização da Justiça, Carta Mensal, órgão do Conselho Técnico da CNC, v. 34, 1989, p. 10.

[62] Unidade e Dualidade da Magistratura, RDP, 87:38-9, jul./set. 1988, n. 5.

[63] Uma Escola Nacional de Magistratura, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 44:33-47, out./dez. 1986.

[64] Brasília, 21.08.1986 - Conferência vertida para o vernáculo pela Dra. Luiza A. Chaves. O autor era, ao tempo, lº Presidente da Suprema Corte de Cassação Italiana.

[65] Justiça Eficiente, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 45:76.

[66] A Escola Judicial, Amagis, 19:92-107, dez./1990.

[67] Recrutamento de Magistrados, RPGE/SP, cit., pp. 25-38. O autor faz referência ao XVIII Congresso de Faculdades de Direito, realizado em Campinas, SP, e ao trabalho do Des. Sylvio do Amaral sobre o mesmo tema. As conclusões do Congresso de Campinas são relevantes e, praticamente com apoio nelas, a Presidência do TJESP deu início à efetivação do programa. Foram baixados o Ato Regimental n. 163 e a Resolução n. 2, art. 139, com o suporte de lei estadual já em Projeto n. 616, de 01.12.1990.

[68] O Magistrado..., RPGE/SP, cit., p. 159.

[69] Comentários, cit. Há referência ao nome de **Galeno Lacerda** no Relatório, p. 491 (4), não especificamente sobre ativismo judicial.

[70] Programa de desenvolvimento para uma alta administração da Justiça, I Simpósio sobre Modernização da Justiça Federal, Belo Horizonte, 17-20 mar. 1988, Revista de Informação Legislativa, pp. 175-84; e IV Congresso Internacional de Informática e Regulamentação Jurídica, Roma, 16-21 maio 1988. Sobre esse importante conclave somente agora foram editados livros pela Giuffrè Editore, de Milão, Coletânea dirigida por V. Novelli e coordenada por E. Giannantonio. Toda a literatura pertinente aos temas debatidos naquele Congresso foi entregue aos cuidados do CJF.

O I SIMPÓSIO DE BELO HORIZONTE

O I Simpósio de Belo Horizonte, sobre modernização da Justiça Federal, foi realizado sob os auspícios do Conselho da Justiça Federal, ao tempo do extinto TFR, dentro do Projeto de Intercâmbio Internacional, e teve continuidade com viagem que fizemos a Roma (IV Congresso Internacional de Informática Jurídica), passando por Strasbourg (*Cour Européene de Strasbourg*), Paris (*École Nationale de la Magistrature*), Madri (*Centro de Estúdios Judiciales de los Aspirantes a ingresso a la Carrea Judicial por la Categoria de Juez*) e Lisboa (*Centro de Estudos Judiciários*)[71].

O PROJETO DE UMA NOVA ESTRUTURA ORGÂNICA PARA A JUSTIÇA

O projeto destinava-se à concepção de uma nova estrutura orgânica para a Justiça Federal, como já havia sido projetado para a Argentina[72], com suporte técnico e apoio financeiro do PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e do Cendec - Centro de Treinamento Econômico[73].

A programação não seria apenas a procura da verdade livresca, mas a combinação do *ativismo*, no sentido da previsão recomendada por **Cappelletti**[74], e também das técnicas gerenciais, do que é modelo o *Federal Judicial Center*, cuja finalidade é a introdução dessas técnicas na gestão dos órgãos judiciários[75].

---

[71] Exemplar do Programa para os candidatos ao ingresso no *Centro de Estudios Judiciales y Posterior Accesso à la Carrera Judicial*, PA/JF/CJF/TFR-STJ, n. 90/70.

[72] Na Argentina os trabalhos já chegaram à fase de execução na esfera governamental, através da Secretaria de Justiça, com projeto de reforma da administração da Justiça e outro sobre o Sistema Argentino de Informática Jurídica (Revista de Informação Legislativa, 100:180 (14)).

[73] Cendec, órgão integrante do Ipea - Instituto de Planejamento Econômico e Social, fundação vinculada à antiga Seplan.

[74] M. **Cappelletti**, *Acces do Justice Project*.

[75] **Antonio Brancaccio**, *La Formazione dei Magistrati*, cit., p. 33. Escrevendo sobre o método comparativo como sendo o único realmente sério de previsão do futuro dos organismos sociais, ensina que assim também é quanto aos valores da Justiça, numa dimensão transnacional. Sobre o plano institucional, por exemplo, menciona o Conselho d'Europa que estuda há anos o funcionamento da Justiça e os meios de melhorá-lo. Podem dirigir-se ao *Federal Judicial Center*, de

A Escola Nacional da Magistratura, da França, foi citada como padrão para o nosso projeto de cursos oficiais, constitucionalmente previstos, diferentes dos centros tradicionais, que se esgotam na revisão das disciplinas comuns a uma Faculdade de Direito e que nem sempre são verdadeiras instituições de reflexão sobre a Justiça ou de aplicação judiciária.

As escolas e cursos desse tipo, já criados pelos Tribunais de Justiça e pelas Associações de Magistrados, têm tido, como objetivos específicos, a preparação de candidatos aos concursos de juiz, a atualização e o aperfeiçoamento em seminários, congressos ou encontros, sob a forma de sessões nacionais e regionais, organizados a partir de temas previamente definidos.

Essas reuniões, na sua maioria de bom nível, têm sofrido, contudo, críticas à forma de apresentação. A técnica clássica da aula expositiva, também chamada *magistral*, tem sido contestada, porque alheia ao domínio de uma pedagogia equilibrada entre a teoria e a prática.

Seria injusto, porém, deixar de resgatar o avanço desses simpósios, oficiais ou avulsos, que cooperam para a formação permanente dos Juízes. Será preciso, no entanto, que daí resultem repertórios de apoio pedagógico. A variedade e a atualidade dos temas já registrados na Escola Nacional da Magistratura, da França, e dos Centros de Estudos Judiciais visitados confirmam a diversificação dos estudos.

Senão, vejamos:

> ... ainda segundo a visão de **Antonio Brancaccio**, para implementarem-se programas desse tipo devem ser criados organismos especializados, que os elaborem, desenvolvam e difundam, escolhendo e mantendo componentes de adequada cultura, enquanto que aos órgãos tradicionais caberia apenas dirigir e supervisionar tais programas, como departamentos autônomos dentro de suas próprias estruturas.

Washington, que tem por finalidade a introdução de técnicas gerenciais. Foi o primeiro a estudar tais técnicas na gestão dos órgãos judiciários.

> Os órgãos tradicionais seriam as Escolas de Magistratura e os Centros de Estudos Judiciários (**omissis**).

O *"CASE FLOW MANAGEMENT"*, DE TAYLOR, E O MBA BRASILEIRO

No IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, de Portugal, debateu-se a formação do juiz ativista sem o recurso à retórica. Pode-se afirmar que ali foram discutidas metas além das convencionais.

Sendo o juiz um autêntico diretor do processo, apresenta-se ele com vantagens inegáveis, resultantes da linha pragmática do Direito Processual em oposição às suas bases dogmáticas. **Cappelletti** faz a pergunta: por que não? E a resposta é dada por **Taylor**: "*le juge pourra devenir ainsi le manager, dont la Justice a besoin. Cette évolution a été originalement qualifiée de 'case flow management'*"[76].

Isto significa "gerenciamento por estudo de casos", ou, mais modernamente, "gerenciamento por padrões de referência de mercado" (PRM). De caso em caso (precedentes) chega-se às *súmulas* ou ao "lançamento de planos de alcance futuro", onde reside o *ativismo* típico, a que os anglo-saxônicos chamariam de *long term plans*.

COINCIDÊNCIA TEMÁTICA

Tivemos oportunidade de lançar, em março de 1988, no I Simpósio de Belo Horizonte, ousado projeto especial de desenvolvimento para uma alta administração da Justiça. Falamos da possibilidade do afastamento paulatino da atuação tradicional, substituindo-a, **modus in rebus**, pelo que ocorre vitoriosamente no âmbito empresarial. Tomar-se-ia como ponto de referência o modelo MBA Executivo (*Master Business and Administration*), já implantado no Brasil pelo IEAD, Instituto Empresarial de Administração, e pelo COPPEAD, Instituto de Pós-Graduação e Pesquisas em Administração, da UFRJ.

Recebido como programa de desenvolvimento gerencial, o MBA seria, à semelhança do *case flow management*, o instrumento de formação

---

[76] **Taylor**, Relatório, p. 488, n. 8 (b).

básica, orientado para o executivo consciente de sua evolução profissional e do aprimoramento de sua habilidade gerencial, em meio de carreira, e cuja experiência geralmente é voltada para uma única área de atividade. A troca de experiências entre participantes seria fundamental na formação generalista. O método de ensino, baseado na análise dos casos e na tomada de decisões.

Esse processo pedagógico aprimora a capacidade de inter-relacionamento, no grupo, afina a habilidade de decidir, de persuadir e de articular ideias. O sistema objetiva aos seus integrantes dotá-los de uma gama de conceitos que possam ajudar na análise dos problemas, levando-os à tomada de decisões; mostrar-lhes a complexidade das inter-relações nas diversas áreas funcionais, a integração dos diferentes objetivos dessas áreas no interesse da instituição como um todo; ampliar o marco de referência do participante em relação ao ambiente no qual desenvolve as suas atividades, nos campos econômico, político, social e ecológico.

Destaquei do conteúdo de tais cursos um dos seus principais tópicos: a análise de decisões, que se decompõe: a) na árvore da decisão; b) na probabilidade de risco ou erro; c) na determinação e uso de distribuições contínuas de probabilidades; d) na simulação da análise de decisões complexas; e) na alocação de recursos escassos; f) nos modelos para planejamento; g) na previsão.

Seguem-se, nas suas linhas mais complexas, os sistemas de informação, o comportamento organizacional e a gerência de recursos humanos. Saliente-se, ainda, a satisfação e a motivação individuais, a gerência dos conflitos e das crises, o desempenho social e a auditoria de pessoal. Seria apropriada, aqui, a observação de **Vescovi**, no *Relatório*, à p. 420 (3):"*Cette activité peut également dans un certain sens (3) être exercée par les juges du monde entier, en tout cas là ou ils ne sont plus uniquement les bouches quiprononcent la loi.*"

O Juiz **Wladimir Passos de Freitas**[77] já dissera que o bom juiz não se deve limitar ao estudo do Direito. Ele é a figura central na busca

[77] Justiça Eficiente, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 45:76.

de soluções. Recomendou, ao falar da atividade administrativa do juiz, que deveria reger-se por planos e estudos específicos, sobre o que nada existe nas revistas especializadas. A participação do juiz é imprescindível no relacionamento com auxiliares, advogados e partes. Para ser líder ele precisa ser um bom executivo.

GRUPOS DE PRESSÃO, MASCARAMENTO EXEGÉTICO E FORÇA DO PODER

Acrescente-se a essas observações o que pondera **Gastão Alves de Toledo** sobre grupos de pressão[78], dado o fato de que o juiz não está fora da vida pública. Se não faz as leis nem tem influência na Espada ou no Tesouro, a sua posição é perigosamente vulnerável, salvo se estiver preparado para julgar. Se o fizer bem, com imparcialidade e independência, o juiz ativista, de acordo com a observação de **Bickel**, será "*the least dangerous branch*"[79].

Alerta, ainda, **Gastão Alves de Toledo** para o *mascaramento* exegético, conduta judicante inadequada. Decisões são muitas vezes influenciadas por interesses de grupos (*lobby* indireto), ou pelo sentimento público, assim como nas pelejas que envolvem os interesses do Estado contra os do cidadão, estando-se a reclamar o amparo deste em face daquele.

No Estado de Direito, o juiz pode encontrar-se ante a difícil tarefa de manter a força do poder em sua exata medida. Seria o caso, por exemplo, das prisões administrativas por descumprimento de decisões judiciais[80]. Refletindo o juiz sobre os interesses grupais, não deverá ficar

---

[78] **Gastão Alves de Toledo**, Grupos de Pressão no Brasil - Judiciário, Curso Modelo Político Brasileiro, PRND, IAB/SP, v. III, p. 1985. Ver, também, **Jean Meynaud**, Os Grupos de Pressão, Lisboa, publicação Europa-América, 1966; **Ronald J.** e **Ruth K. Scott**, *Interest Groups in America*, Prentice Hall, Inc., 1982.

[79] **Bickel A.**, *The least Dangerous Branch*, Indianápolis, 1962, p. IX. O autor refere-se ao Judiciário, comparando-o aos demais, como "o menos perigoso ramo" dos Poderes do Estado. Aliás, a observação originária é de **A. Hamilton**: "*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the Judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them*".

[80] Questiona-se nesses casos a competência do juiz para mandar prender a autoridade que se rebela contra o cumprimento da decisão, isso tem acontecido frequentemente, mas é contra os princípios.

à mercê do seu assédio, cabendo-lhe avaliar a dimensão dos pleitos e a repercussão das decisões, para evitar que essas possam dar início a novos conflitos, talvez até de natureza mais abrangente.

A força de um poder independente preocupa e deixa em sobressalto os demais departamentos estatais, que o querem controlado. Por isso, o juiz ativista não deve transpor barricadas. A lição de **Rui**[81] é a de que a força tem a sua fraqueza incurável na desestima da nação. Assim, a missão do Judiciário, segundo ele, é *docilizar* o poder para fazer vingar a lei como apanágio de seu mister, mas nunca - diremos nós - transformar o remédio jurídico em instrumento de rivalidade.

PALAVRA FINAL

O ativismo judicial tem sido bem aceito pela sociedade, principalmente nos casos de omissão do Congresso. **Aliomar Baleeiro**[82] escreveu sobre o Judiciário que supre lacunas, freia a inovação inoportuna do legislador afoito, pisa o acelerador do Congresso omisso, lerdo ou tímido. Enfim, completa a Constituição, que é a sua competência mais nobre.

Há, porém, os que se arreceiam do juiz ativista e do seu papel na sociedade contemporânea ("*tous ceux qui sont hantés par le spectre du*

A autoridade coatora está obrigada ao cumprimento da ordem, tanto mais sendo daquelas que devem ser cumpridas de plano. A rebeldia pode redundar em responsabilidade por falta funcional ou crime. É, porém, defeso à autoridade judiciária exigir o cumprimento da ordem sob pena de prisão, salvo nos casos previstos na Lei Maior, art. 5º, LXVII. **José Cretella Júnior**, citando **Brandão Cavalcanti**, diz que "muitos excessos têm sido cometidos de parte a parte, repreensíveis por eles mesmos: não tendo vacilado os juízes, por vezes, na estranha providência de prender a autoridade administrativa, a braços com dificuldades burocráticas para cumprimento da ordem de segurança". Sobre o crime de desobediência, previsto no art. 359 do Código Penal, o STF já decidiu que a ordem judicial ali prevista só pode ser a penal, excluindo-se a civil (RHC n. 54.005/MG, RTJ, 79:401 e s.). Algumas vezes a autoridade supostamente rebelde encontra-se sob o amparo da lei, que também vincula o juiz (cf. Lei n. 4.338/64, art. 5°, parágrafo único; Lei n. 5.021/66, arts. 1°, §§ 2°, 3° e 4°, e 2°; Lei n 8.076/90, art. 1°, parágrafo único).

[81] **Rui Barbosa**, Discurso perante o STF, em 23.04.1992, **in** Novos Discursos e Conferências, Liv. Acadêmica, 1983, p. 95.

[82] Uma Nova Estrutura..., RBDP, cit.

juge activista"), que seria o juiz-ditador ou o juiz-legislador, por proferi-lo apenas do tipo anjo-da-guarda, agente da paz ou guardião da lei e da ordem. São os que se esqueceram de reler **Hamilton** ou nunca o leram.

E outros há, que não atentam para a importância dessa evolução. **Edgard de Moura Bittencourt**[83] desenvolveu séria resistência à criação das Escolas de Magistrados. **João Luiz Alves** teve a iniciativa, em 1914, de um projeto de lei hostil ao STF, em represália ao ativismo dos seus Juízes[84]. **João Mangabeira**[85] se mostrou desencantado com o desempenho daquela Corte, que apontou como responsável pelo fracasso do nosso presidencialismo.

Del Vecchio[86] escreveu que é válido modificar certos organismos ou institutos, se há decadência ou involução que correspondam ao diminuir do valor real das razões que lhe deram vida, embora seja prudente precaverem-se os juízos precipitados sobre o mérito dessas modificações. Mas não é aconselhável, diremos nós, que a prudência se confunda com a tolerância e torne ineptos os seus frutos.

---

[83] O Juiz, EUD, p. 39.

[84] **João Luiz Alves**, citado por **Baleeiro** (Uma Nova Estrutura..., RBDP, cit.).

[85] Citado por **Baleeiro** (Uma Nova Estrutura..., RBDP, cit.).

[86] Direito, Estado e Filosofia, 1952, p. 337.

A Constituição de 1988 – 30 Anos: uma Nova Constituição ou uma Constituição Renovadora?

Carlos Velloso
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 – 30 ANOS: UMA NOVA CONSTITUIÇÃO OU UMA CONSTITUIÇÃO RENOVADORA?

*Ministro Carlos Mário da Silva Velloso**

Sumário. 1. A Constituição de 1988: democrática, garantidora de direitos. 2. A Constituição não é perfeita. 3. A crise dos partidos políticos. 4. A reforma política de 2017. 5. Reformas que possam reverter a perda de confiança nas instituições. 5.1. Reforma política: sistema de governo. 5.2. Reforma do sistema eleitoral de voto. 5.3. O desgaste do sistema proporcional. 6. Reformas tributária e previdenciária. 7. Do Poder Judiciário: uma palavra. 8. Conclusão.

1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988: DEMOCRÁTICA, GARANTIDORA DE DIREITOS

A Constituição de 1988 é uma Constituição democrática. É a mais democrática das Constituições que tivemos. Ela é, sobretudo, garantidora de direitos. E a finalidade precípua da Constituição é ser garantidora de direitos, porque a Constituição é o breviário dos povos livres.

---

* Advogado. Ministro aposentado, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal (1999-2001) e do Tribunal Superior Eleitoral (1994-1996), professor emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da PUC/MG, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público. Doutor *honoris causa* pela Universidade de Craiova, Romênia, e pela Universidade Santa Úrsula, do Rio de Janeiro. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Vejamos, por exemplo.

Ela faz da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa fundamento da República (CF, art. 1º, III, IV), tendo o indivíduo como razão da existência do Estado (CF, art. 5º), realizando o pacto dos direitos individuais e dos direitos sociais (CF, arts. 6º e 7º). Assegura e garante, portanto, direitos de primeira e de segunda geração. E vai além.

Ela consagra os valores fundamentais da democracia -- a liberdade e a igualdade (CF, art. 5º, *caput* e inciso I). Proclama o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II, XXXIX, art. 37, art. 150, I). Assegura a liberdade de opinião, manifestação e organização (CF, art. 5º, IV, XVII, art. 220) e não admite a censura (CF, art. 5º, IX). Declara e assegura, além de direitos de 1ª geração (direitos e deveres individuais e coletivos), direitos de 2ª geração (direitos sociais), direitos de 3ª geração (interesses ou direitos difusos e coletivos, como o direito ao meio ambiente) e o direito de 4ª geração, é dizer, o direito à democracia com o seu correspondente -- os direitos políticos.

Convém registrar, no que toca ao meio ambiente, que a Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a cuidar do tema (Capítulo VI do Título VIII, artigo 225). O mundo civilizado preocupa-se com a preservação do meio ambiente e os impactos ambientais. Estabelece a Constituição que "*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações,*" seguindo-se uma série de medidas impostas ao poder público a fim de assegurar a efetividade do direito conferido ao meio ambiente, além de deixar expresso que as pessoas físicas ou jurídicas que praticarem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente estarão sujeitas a *"sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."* (Art. 225, incisos e parágrafos).

A Constituição repudiou o racismo (CF, art. 4º, VIII) e o criminalizou (CF, art. 5º, XLII), aboliu o banimento, a pena de caráter perpétuo, a pena de morte, de trabalhos forçados, as penas cruéis (CF, art.

5º, XLVII), afirmou a liberdade religiosa (CF, art. 5º, VIII) e determinou que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos em lei como hediondos (CF, art. 5º, XLIII).

Em boa hora, instituiu o SUS – Sistema Único de Saúde (CF, artigos 198 e segs.). O SUS é de grande importância.[1] O seu problema tem sido de gestão, nem sempre bem conduzida. Todavia, há hospitais do SUS considerados de primeiro mundo, como, por exemplo, os hospitais da rede Sarah. Temos notícia de que o Hospital de Câncer, em Barretos, interior de São Paulo, atende exclusivamente pelo SUS, e o faz de modo excelente. Ademais, os hospitais da rede privada, de modo geral, atendem pelo SUS. O problema tem sido, vale acentuar, de má gestão. Foi além a Constituição, criando o seguro desemprego (CF, art. 7º, II).

Das maiores conquistas democráticas foi a instituição do sistema do mérito, assim a meritocracia como regra para ingresso no serviço público (CF, art. 37, II). Vale ressaltar que as atribuições do Ministério Público foram consideravelmente ampliadas. Ampliaram-se, também, as atribuições do Tribunal de Contas da União e os seus congêneres estaduais, medidas importantes na defesa dos dinheiros públicos. De par com tais medidas, ao cidadão, partido político, associação ou sindicato conferiu-se legitimidade para participar da fiscalização da coisa pública, denunciando irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (CF, art. 74, § 2º). Igual medida terá aplicação nas demais unidades federativas. Ampliou-se o controle externo dos poderes Executivo e Legislativo.

O Poder Judiciário foi fortalecido. Garantias de independência e de imparcialidade dos juízes e tribunais foram estabelecidas. Convém lembrar que a boa concretização dos direitos está numa atuação independente e imparcial do Judiciário. A Constituição, no ponto, fiel a ela própria, assegurou, ampliando, o princípio da inafastabilidade do controle judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito, do qual decorrem o direito de ação

[1] Serra, José, "A Constituição na crise dos 30", em "Estado de S. Paulo", 11.10.2018.

e o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV). Ampliou-se o princípio do devido processo legal processual e constitucionalizou-se o devido processo legal substantivo (CF, art. 5º, LIV e LV).

Por ser uma Constituição democrática, proclamou que constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (CF, art. 5º, XLIV).

Sob o pálio da Constituição de 1988 realizou-se, com a maior normalidade, a oitava eleição consecutiva para a presidência da República, além da eleição de vinte e sete governadores, de parlamentares federais e estaduais e dois terços dos senadores federais.

Não pode deixar de ser registrado que dois *impeachments* de presidentes da República ocorreram, sem quebra da ordem constitucional, exatamente como disposto na Constituição. Força é reconhecer que a Constituição de 1988 tem efetividade e quer tornar realidade o Estado democrático de direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (CF, art. 1º).

Anterior à queda do muro de Berlim, continha a Constituição dispositivos que demandavam alteração. Emendas constitucionais que se seguiram, no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, fizeram dela, sob esse aspecto, uma Constituição do seu tempo. Temos, hoje, 99 emendas constitucionais, além das seis emendas de revisão (1 a 6, 1994).

2. A CONSTITUIÇÃO NÃO É PERFEITA

Temos democracia, cuja prática tem se revelado eficaz. A finalidade precípua da Constituição é estabelecer limites ao poder, garantindo-se ao indivíduo liberdade-autonomia mediante o estabelecimento de zona na qual o poder não pode penetrar (direitos e garantias individuais), além de assegurar oportunidade para que a igualdade material se realize (direitos sociais).

Proteger os direitos fundamentais, os direitos humanos e garanti-los no plano interno e internacional é, na verdade, a tônica da era dos direitos de que fala Norberto Bobbio.

É nesse contexto, anotei em trabalho de doutrina,[2] que se insere a Constituição de 1988, que, antes de cuidar da organização do Estado, preocupou-se em estabelecer princípios fundamentais, consagrando, o que acima está expresso, direitos de quatro gerações, os individuais e coletivos, os direitos sociais e os interesses difusos e coletivos, aqueles no plano interno e internacional e o direito à democracia e os direitos políticos. E são três as vertentes dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: estão escritos na Constituição, decorrem do regime e dos princípios por ela adotados – direitos implícitos – e estão nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º, LXXVIII, §§ 1º, 2º e 3º).

A Constituição, portanto, tem realizado a sua finalidade precípua. Todavia, é forçoso reconhecer que ela é extensa demais. Chega a ser prolixa, cuidando de temas diversos e de temas que caberiam melhor na lei ordinária. Ela contém mais de uma centena de questões que necessitam ser regulamentadas mediante lei complementar. Melhor seria que muitas dessas questões ficassem na lei ordinária. Dois exemplos: o art. 5º, inciso LVIII, estabelece que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal. Ora, isso é matéria própria de portaria do chefe de polícia. E está, surpreendentemente, na tábua dos direitos individuais e coletivos, assim tratado como direito fundamental. Na verdade, trata-se de direito fundamental puramente formal. Outra disposição própria de lei ordinária: o § 2º do art. 242 dispõe que o Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Matéria de lei ordinária, está-se a ver. Destarte, muitas matérias que estão inscritas na Constituição podem e devem ser deixadas para a lei ordinária.

Alguns chegam a mencionar que precisaríamos de uma constituinte. Indaga-se. Para que? Caso não é de convocação de assembleia constituinte com poderes originários. Realmente, não é tão simples modificar a Constituição, mas não é necessária uma assembleia

---

[2] Velloso, Carlos Mário da Silva, "Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária", em "Direito Administrativo e Constitucional", Bandeira de Mello, Celso Antônio (organizador), Malheiros, 1997, ps. 163 e segs.

constituinte para alterá-la. A convocação de uma assembleia constituinte se torna necessária no caso do rompimento da ordem constitucional. O que precisamos é realizar reformas constitucionais aperfeiçoadoras das instituições políticas e da própria Constituição. É, sobretudo, nas instituições políticas, ora desgastadas, que residem os problemas que a sociedade brasileira reclama correção.

Vejamos algumas dessas questões.

3. A CRISE DOS PARTIDOS POLÍTICOS

A crise no sistema dos partidos políticos é das mais graves. Os partidos políticos multiplicam-se em razão da existência do fundo partidário, dinheiro público distribuído a rodo. Cerca de quarenta partidos estão registrados no Tribunal Superior Eleitoral e um número maior do que isso pede registro no Tribunal Superior Eleitoral, o que resulta numa realidade chocante: os eleitores não se sentem representados pelos partidos. A maioria das legendas, que não representam ideias nem grupos de pessoas, sem, portanto, um mínimo de representatividade, desmoralizou-se no jogo pelo poder, levando a desmoralização a todo o universo partidário.

A Lei 9.096, de 19.09.1995, art. 13 c/c art. 56, I e II, com vigência a partir de 2006, previa que o partido político, para ultrapassar a cláusula de barreira, deveria ter pelo menos 5% dos votos válidos para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos nove Estados, com um mínimo de 2% do total em cada um deles. O partido que não atingisse a cláusula perderia direito ao funcionamento, isto é, seus deputados não poderiam participar de comissões e ficariam sem liderança partidária no Congresso.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, em má hora, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo considerado salutar, jogando por terra a cláusula de barreira conseguida arduamente, vendo, *data venia*, inconstitucionalidade onde inconstitucionalidade não havia.[3]

---

[3] ADIs 1.351 e 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 30.03.2007, em www.stf.jus.br/jurisprudência.

Temos, consequentemente, em razão dessa multiplicidade de partidos, um presidencialismo de coalizão que "evoluiu", segundo Fernando Henrique Cardoso, para o presidencialismo de cooptação com sérios danos à governabilidade, assim em detrimento do povo.

4. A REFORMA POLÍTICA DE 2017

A reforma política de 2017, no governo Temer,[4] criou uma nova cláusula de barreira: "Nas eleições de 2018, os partidos que não atingissem 1,5% dos votos válidos para a Câmara dos Deputados em todo o país, distribuídos em pelo menos 9 (nove) Estados, com um mínimo de 1% do total em cada um deles ou elegessem ao menos nove deputados federais distribuídos também em 9 (nove) Estados perdem o direito de fazer propaganda no horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão. Além disso, deixam de receber a partir de 2019 mais recursos do fundo partidário."[5]

É tímida a reforma. Cerca de uma dúzia de partidos, num cálculo otimista, serão afastados. Nas próximas três eleições federais a dificuldade aumentará para as legendas eleitorais de significação nenhuma. Ao final, em 2030, a cláusula será bem mais difícil de ser cumprida.

Mas a emenda abre exceção à regra de fidelidade partidária: os parlamentares eleitos por partidos que não atenderem à cláusula podem mudar de partido, sem perda do mandato.

Algo mais consistente precisa ser feito, ou pelo menos que não se tenha de se esperar tanto tempo.

5. REFORMAS QUE POSSAM REVERTER A PERDA DE CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS BRASILEIRAS

A democracia representativa se realiza por meio dos partidos políticos. Mas há desconfiança do titular do poder, o povo, em relação aos políticos. O cidadão acaba afastando-se da vida partidária, que fica entregue a grupos de pouca ou nenhuma expressão política. A democracia

---

[4] Emenda Constitucional n. 97, de 05/10/2017.

[5] Falcão, Daniel, "Renovação pode crescer", em "Folha de S. Paulo", 13.10.2018.

passa, em razão disso, a correr risco. Daí a necessidade de reformas que possam reverter a perda de confiança nas instituições.

5.1. Reformas políticas: sistema de governo

A partir da República, praticamos o sistema presidencial de governo, criação racional da Convenção da Filadélfia, de 1787. O presidencialismo deu certo na sua pátria, os Estados Unidos da América. Fora daí, é praticado na América Latina, com altos e baixos. Como exemplo de prática mais ou menos regular do presidencialismo, na América Latina, podemos mencionar o México, o Chile, a Argentina e o Brasil. Na África, serve a ditadores atrasados. Pergunta-se: não seria hora de pensarmos no sistema parlamentar, num parlamentarismo ajustado à realidade brasileira, um semiparlamentarismo a exemplo do que ocorre na França e em Portugal.

Proclamada a República, o presidencialismo por ela instituído consagrava, na prática, o monarca eleito. Os dois primeiros presidentes não passavam de déspotas militares, os marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto. Seguiram-se movimentos armados contra a República, presidentes autoritários, a Revolução de 1930, o golpe de 1937, a ditadura do Estado Novo, a deposição do ditador, Getúlio Vargas, em 1945, a crise política dos anos 1960 e por aí foi o sistema presidencial brasileiro que encontrou calmaria com a Constituição de 1988. Há trinta anos tem vigência a Constituição de 1988, com prática de eficaz democracia.

O presidencialismo se caracteriza, sobretudo, pela separação e independência dos poderes. Ocorrem, entretanto, invasões de competência: ou o Executivo, em certas épocas, predomina sobre os demais poderes, ou é o Legislativo que quer governar, certo que é o Legislativo que, na realidade, manda e deve mandar. E até o Judiciário, que a Constituição lhe reserva o papel de moderador, tem-se feito protagonista, confundindo construção jurisprudencial com construção legislativa. É tempo, portanto, de pensarmos no parlamentarismo, ou, conforme foi dito, num semiparlamentarismo.

Antes, entretanto, teria que ser feita a reforma dos partidos políticos, com a instituição da fidelidade partidária e de cláusula de barreira. Sobretudo, há que ser feita a reforma do sistema eleitoral de voto. E seriam

necessárias normas constitucionais ou infraconstitucionais aperfeiçoadoras do financiamento das campanhas políticas – o financiamento com dinheiro público é um erro – e da propaganda eleitoral. Acabar com a possibilidade de reeleição, a qualquer tempo, de cargos de chefia do poder executivo, é absolutamente necessário, assim restabelecida a tradição republicana brasileira.

5.2. A reforma do sistema eleitoral de voto

Pratica-se, no Brasil, nas eleições parlamentares – Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas dos Estados e Distrital do Distrito Federal e Câmaras Municipais – o sistema proporcional puro com listas abertas. Isto ocorre no Brasil e num ou outro país do mundo civilizado. Acontece que esse sistema comprometeu-se com os abusos do poder político e do poder econômico.

Os maiores adversários dos candidatos são integrantes do próprio partido. O candidato endinheirado, ou que representa grupos econômicos, invade regiões de candidatos do seu partido, distribui dinheiro, ou ganha apoio do poder político e acaba eleito em detrimento do candidato da região. Num sistema assim, os eleitos não têm a cara dos eleitores. Falta-lhes representatividade. Daí a necessidade da adoção do voto distrital majoritário de um só turno. Chega-se a admitir o distrital misto, numa primeira fase.

O sistema distrital majoritário apresenta vantagens. Exemplifiquemos: forte representação geográfica, facilidade para responsabilização do representante, o sistema é de fácil entendimento, com possibilidade de opções eleitorais claras. O sistema distrital majoritário estimula a redução do número de partidos políticos.

É claro que os distritos eleitorais exigem delimitação precisa, eliminando-se a manipulação, no ponto. Essa delimitação, inicialmente feita por lei, seria aperfeiçoada, a cada eleição, pela Justiça Eleitoral, com a fiscalização do Ministério Público Eleitoral e dos partidos políticos.

O sistema distrital misto, que seria admitido numa primeira fase, também apresenta vantagens, por exemplo: proporcionalidade

na distribuição de cadeiras, representação geográfica e de correntes minoritárias, facilidade para responsabilizar representes. Poderia o sistema distrital misto, ademais, gerar maior consenso para sua adoção, aduzem os adeptos desse sistema. Todavia, não apresenta a vantagem, própria do distrital puro, de reduzir o número de partidos.

5.3. O desgaste do sistema proporcional de voto

O sistema proporcional, com listas abertas, que os eleitores não entendem, porque é, realmente, complicado, está inteiramente superado. Tem-se, com ele, distanciamento entre eleitor e eleito, a ponto de o eleitor não se lembrar em que candidato votou. É que os votos vão para o candidato escolhido pelo eleitor quando ele, candidato, se elege sem sobra de votos. Se o escolhido pelo eleitor não consegue a vaga, os votos que recebeu são transferidos para candidatos eleitos com sobras. Cerca de três em cada quatro representantes são eleitos com as sobras.[6] Daí a razão do eleitor não se lembrar em quem votou. Com o voto distrital puro, isso não ocorreria, porque haveria um só eleito.

No sistema proporcional, ademais, há distorções: os candidatos recebem votos em todo o Estado. A disputa, em todo o território do Estado, demanda campanhas dispendiosas e o voto proporcional induz a multiplicação de partidos políticos, com grande número de candidatos disputando no mesmo território e as coligações partidárias dominando as eleições. Mais uma razão para o eleitor não se lembrar em quem votou.[7]

Marcus André Melo lembra que Barbosa Lima Sobrinho afirmava não conhecer "*melhor sistema (o proporcional) para a representação das minorias, nem pior para a constituição de maiorias.*" E menciona que Hermes Lima[8] lecionou que, na representação proporcional, assistia-se ao

---

[6] Serra, José, "O eleitor quer o poder. Que bom", em "Estado de S. Paulo", 23.04.2015.

[7] Merece ser lido e meditado o artigo "Democracias não podem morrer", de José Álvaro Moisés, em "O Estado de S. Paulo", 25.09.2018.

[8] Lima, Hermes, "Lições da Crise", 1955, *ap*. Melo, Marcus André, "Coligações e Corrupção", em "Folha de S. Paulo", 06.08.2018.

"*espetáculo das maiorias feitas aos pedaços, instáveis, artificiais e onerosas que os presidentes e governadores são compelidos a arranjar nas Câmaras.*"[9]

As Câmaras precisam ter a cara dos representados. No voto proporcional puro, como o adotado no Brasil, isso não se consegue. Com o voto distrital, sim. Adotam o voto distrital majoritário, dentre outros: os Estados Unidos, a Inglaterra, o Canadá, a Índia. O voto distrital misto é adotado, dentre outros países, na Alemanha, no Japão, na Itália, no México.

O sistema proporcional uninominal (proporcional puro) é o praticado no Brasil e na Finlândia, um pequeno país. E por nenhum outro país do mundo civilizado.

6. REFORMAS TRIBUTÁRIA E PREVIDENCIÁRIA

Além das reformas acima preconizadas, outras devem ser promovidas.

A reforma tributária é necessária, a fim de realizar a justiça tributária e o desenvolvimento nacional. Será uma reforma difícil, é certo. Tem-se, de um lado, uma tributação excessiva relativamente ao contribuinte. De outro, Estados e Municípios endividados, pretendendo uma cota maior da receita tributária. Há Estados praticamente falidos. Ajunte-se a isso, a burocracia no lançamento tributário e na cobrança dos tributos.

Uma reforma tributária somente seria levada avante depois de estudos e debates. O governo deveria promover seminários para debater a reforma tributária, onde os melhores especialistas – teóricos e práticos – seriam chamados a contribuir com o seu saber e com a sua experiência.

A reforma previdenciária é da maior necessidade. Ou ela se faz, ou os brasileiros amargarão, num futuro não muito distante, os dissabores de a previdência não ter como pagar-lhes os proventos e as pensões. Afinal, aposentar-se o indivíduo na casa dos cinquenta anos chega a ser um despropósito. E não se justifica estabelecer diferença de idade para a aposentadoria de homens e mulheres. Ora, "*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*" (CF, art. 5º, I). A maioria das discussões e das

[9] Melo, Marcus André, ob. e loc. cits.

divergências reside aí. Penso, entretanto, que é preciso distinguir, na classe trabalhadora, os que se empenham em trabalhos árduos, pesados, os operários, por exemplo, da construção civil. Esses trabalhadores, que executam trabalhos pesados, invariavelmente sob sol ou chuva, merecem aposentar-se num tempo menor.

Nas Forças Armadas e nas Polícias Militares, o tempo de serviço precisa ser alterado. Oficiais militares, inclusive da Polícia Militar, em pleno vigor físico e mental, são aposentados compulsoriamente e afastados do serviço ativo, quando poderiam prestar os melhores serviços em razão da experiência adquirida. Os inativados, que não se empregam na iniciativa privada, ficam na ociosidade, podendo dar-se ao alcoolismo.

Fui professor, numa determinada época de minha vida, da academia da Polícia Militar mineira. Lecionava Direito Constitucional e Ciência Política para oficiais (capitães e oficiais superiores). Não raras vezes senti o descontentamento dos oficiais superiores em serem inativados em pleno vigor físico e mental. Esse sistema é cópia do sistema americano. Mas os Estados Unidos têm um Exército, uma Marinha e uma Força Aérea em guerra no mundo. Um Exército guerreiro exige, na verdade, militares mais jovens. Não é o que ocorre no Brasil. Aqui temos, felizmente, uma tradição de defesa da paz e da solução pacífica dos conflitos. A defesa da paz e da solução pacífica dos conflitos constituem princípios regedores da República Federativa do Brasil, nas suas relações internacionais (CF, art. 4º, VI, VII). O que foi dito, relativamente aos civis, tem aplicação relativamente aos militares. Deve haver, nas corporações militares, principalmente nas Polícias Militares, servidor que deve ser distinguido em termos de tempo de serviço para aposentar-se.

7. DO PODER JUDICIÁRIO: UMA PALAVRA

Uma palavra não poderia deixar de ser dita sobre o Judiciário.

O Judiciário brasileiro é, em sua essência, seguro. É, sobretudo, um Judiciário sério. Os juízes de primeiro grau ingressam na magistratura mediante concurso de provas e títulos, realizado pelo próprio Judiciário, com a colaboração e a fiscalização da Ordem dos Advogados do Brasil, das Universidades (em alguns casos) e do Conselho Nacional de Justiça, que expede diretrizes a serem observadas na realização dos certames.

Nos Estados, a movimentação dos cargos, nomeação e promoção, é da responsabilidade do Tribunal de Justiça. É dizer, não há interferência da política. Essa salutar medida é obra da Constituição de 1988.[10] Tratando-se, entretanto, do quinto constitucional, a nomeação do desembargador é feita pelo Governador do Estado.

Os juízes e tribunais gozam de garantias de independência e imparcialidade. No Judiciário brasileiro não há o problema de corrupção. A sua mazela é a lentidão judicial, o que, aliás, não é somente da Justiça brasileira. É que a justiça não se faz "per saltum." As questões devem ser estudadas em todos os seus pormenores pelos juízes e a defesa deve ser exercida com amplitude.

Assim, não há justiça, no mundo civilizado, que seja rápida demais. Falo dos países democráticos. É certo que é excessiva a lentidão processual no Brasil e as causas são diversas. Essa mazela precisa ser eliminada. O Conselho Nacional de Justiça deve dispensar ao tema a importância que merece.

Há formalidades e recursos em demasia, recursos procrastinatórios. Convém lembrar que há, em andamento, cerca de 100 milhões de processos (estatística de cerca de dois ou três anos atrás). Isto quer dizer, em termos estatísticos, que há uma ação judicial para cada dois brasileiros, o que é muito.

É bom esclarecer que os juízes são, em sua imensa maioria, homens preparados e honestos. Um ou outro pode não honrar a toga. São homens, não são anjos. Apanhados na falta, dependendo da gravidade desta, devem ser excluídos da magistratura.

No ano de 2000, quando presidia o Supremo Tribunal Federal, estive numa Conferência de Cortes Supremas, nos Estados Unidos, em São Francisco, na Califórnia. Ao final da Conferência, analisados os Judiciários dos países democráticos, o Judiciário brasileiro foi considerado referência internacional.

---

[10] ADI 314-PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 20.04.2001, em www.stf.jus.br/jurisprudência.

Fala-se que deveria ser mudada a forma de indicação dos juízes do Supremo Tribunal Federal. Eu próprio, numa palestra que fiz num Congresso da Academia Brasileira de Direito Constitucional, cheguei a preconizar a alteração.[11]

Hoje, todavia, não vou a tanto. Acho que a forma com que são nomeados os ministros do Supremo Tribunal não é a forma ideal. É, todavia, a forma possível. Tem defeitos. Todas as outras formas imagináveis defeitos também teriam. Deve-se ressaltar que, de modo geral, salvo um ou outro caso, os presidentes da República têm tido cuidado na indicação. O que é preciso ocorrer é o Senado assumir a sua responsabilidade na indicação, examinando, com atenção, o candidato, vasculhando o seu passado, tal como ocorre nos Estados Unidos da América. O modelo adotado no Brasil é o praticado há mais de duzentos anos naquele país. No Brasil, vem desde a 1ª República. Não se justifica alterá-lo, mesmo porque o Supremo Tribunal Federal, corte mais do que centenária, tem uma tradição de bons serviços prestados ao Brasil, tendo sido considerado, por Levi Carneiro, a "joia das instituições republicanas".

A extinção do foro por prerrogativa de função, que não passa de foro privilegiado e que não é republicano, deve ser realizada. Ademais, os tribunais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, não têm condições materiais de conduzir investigações, instruírem e julgar ações penais originárias, mesmo porque a vocação dos tribunais é para julgar recursos.

É claro que há cargos técnicos que merecem estudos. Um juiz de 1º grau não deve ser julgado por seu par e sim pelo tribunal que lhe é superior. Da mesma forma, os juízes de 2º grau, pelo tribunal que lhe é superior. E os juízes dos tribunais superiores, pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, há peculiaridades que justificam desigualar. É desigualando, com base em fundamentos adequados, que se realiza o princípio da igualdade.[12]

---

[11] Velloso, Carlos Mário da Silva, "A Renovação do Supremo Tribunal Federal", "Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional", vol. 3, 2003, p. 18.

[12] Bandeira de Mello, Celso Antônio, "O conteúdo jurídico do princípio da igualdade", Malheiros, 2015.

Competências do Supremo Tribunal, impróprias da corte constitucional, devem ser retiradas. Na palestra que fiz na Academia Brasileira de Direito Constitucional, acima mencionada, cuidei do tema em pormenor. A ela me reporto.[13]

8. CONCLUSÃO

De par com essas reformas, é necessário: a) assegurar o pluralismo político, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e a tolerância por meio do diálogo livre e desarmado; b) combater a corrupção, mas com observância da legalidade e dos direitos e garantias constitucionais, dentre estas ressaltando o devido processo legal substantivo e processual (CF, art. 5º, LIV e LV); c) fortalecer a sociedade civil e sua demanda por ética na política e nas entidades privadas; d) continuar lutando pelo Estado de Direito, pela democracia e pelos direitos humanos; e) o combate à corrupção implica, no tocante à atividade empresarial, a adoção de robusta consciência ética, dado que os crimes empresariais, em especial a corrupção, afetam gravemente as relações do setor privado, realizando um conúbio espúrio entre o setor privado e o setor público.

Acentuo o combate à corrupção. É que a corrupção, lecionou Montesquieu, num livro famoso – "Grandeza e Decadência dos Romanos", invocado pelo professor Renato Janine Ribeiro, que desenvolveu magnificamente o tema,[14] antes de ferir o Tesouro, degrada os costumes. Os cofres públicos são assaltados, porque, primeiro, o espírito cívico e o espírito ético, este inerentes àquele, se perderam. É justamente porque já não há espírito cívico e espírito ético, que os cofres públicos são assaltados, subordinado o interesse público ao interesse privado, aos interesses menores.

---

[13] Velloso, Carlos Mário da Silva, ob. e loc. citados.

[14] Ribeiro, Renato Janine, "Império dos Corruptos", em "Veja", 26.04.1995.

Superior Tribunal de Justiça: 30 Anos!

Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: 30 ANOS!

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro[1]

A Constituição de 5 de outubro de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça. A sua instalação ocorreu no dia 7 de abril do ano seguinte. Portanto, no dia 5 de outubro passado, completaram-se 30 anos da sua criação e, no dia 7 de abril de 2019, completaram-se 30 anos da sua instalação.

No passar dessas três décadas, o Superior Tribunal de Justiça, no exercício das suas funções constitucionais, tem bem se encaixado, na sua razão de ser, qual seja, a de erigir-se em Corte máxima da aplicação e interpretação da legislação federal infraconstitucional, indispensável ao Estado federativo. Incumbe-lhe, precipuamente, zelar pela autoridade, validade e uniformidade interpretativa da citada legislação, com exceção apenas daquela atinente à Justiça especializada. Como Corte nacional, a sua jurisdição estende-se ao âmbito da Justiça estadual. Nenhum acórdão prolatado por Tribunal de apelação da Justiça comum, seja federal ou estadual, está imune a ser reformado, via recurso especial, no caso de violar a lei federal.

O recurso especial, por meio do qual o Superior Tribunal de Justiça exerce a sua função mais relevante, nada mais é que o antigo recurso

---

[1] **Ministro aposentado e Ex-Presidente do Superior Tribunal de Justiça; atualmente, advogado em Brasília**.

extraordinário, versando matéria infraconstitucional. Isso significa que esta Corte foi instituída para exercer parte importante da competência, que era, anteriormente, do Supremo Tribunal Federal. Até os dias de hoje se ouve dizer que o Superior Tribunal de Justiça veio para substituir o antigo Tribunal Federal de Recursos. Mas não é isso que aconteceu: o Tribunal Federal de Recursos dividiu-se nos cinco Tribunais Regionais Federais, criados pela vigente Constituição da República, cuja competência nada tem a ver com a do Superior Tribunal de Justiça.

Diante desse contexto, sem me aprofundar sobre os aspectos técnicos atinentes à competência da Corte aniversariante, irei relatar alguns acontecimentos significativos, ocorridos no período que precedeu à sua instituição, pela Constituição em vigor.

Para registro histórico, cumpre-me primeiramente afirmar, que o Tribunal Federal de Recursos, pelos seus Ministros, ofereceu significativa colaboração à Constituinte, nas várias fases em que desenvolveu os seus trabalhos, com vistas à criação tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto dos atuais Tribunais Regionais Federais.

Inicialmente, com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, aquele Tribunal de Apelação federal, por seu então Presidente, Ministro Evandro Gueiros Leite, criou, pelo Ato n. 1.126, de 31 de agosto de 1988, com retroação a 4 de junho de 1987, uma Comissão de Ministros "encarregada de apresentar estudos e sugestões à Assembléia Nacional Constituinte"[2]. Essa Comissão, que passou a ser chamada de "Comissão da Constituinte", atuou intensamente, colaborando com a inclusão e a

---

[2] **ATO N. 1.126, de 31 DE AGOSTO DE 1988**
O MINISTRO GUEIROS LEITE, PRESIDENTE DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 21, XVI, c.c. o art. 40 do Regimento Interno, e considerando o decidido pelo Plenário na sessão de 04.06.87, RESOLVE
I - CRIAR Comissão encarregada de apresentar estudos e sugestões à Assembléia Nacional Constituinte, composta pelos Senhores Ministros ANTONIO DE PADUA RIBEIRO, FLAQUER SCARTEZZINI, CARLOS THIBAU, NILSON NAVES, EDUARDO RIBEIRO e ILMAR GALVÃO, presidida pelo primeiro.
11 - Os efeitos do presente ato retroagem a 4 de junho de 1987.
PUBLIQUE-SE. REGISTRE-SE. CUMPRA-SE.

redação de muitos preceitos, relativos ao Poder Judiciário, constantes da vigente Constituição[3].

O Tribunal Federal de Recursos pleiteava, de início, apenas a criação de Tribunais Regionais Federais e do Tribunal Superior Federal, à semelhança da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral. É o que se depreende do Ofício n. 161/GP, de 14-4-87, e do Ofício n. 220/GP, de 19-5-87, encaminhados pelo então Presidente daquela Corte, o saudoso Ministro Lauro Leitão, ao Presidente da Subcomissão de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, Deputado José Costa[4]. A proposta foi acolhida, conforme se verifica na redação final do Anteprojeto elaborado pela citada Subcomissão.

Na fase seguinte dos trabalhos constituintes, a Comissão, criada pelo Tribunal Federal de Recursos, entrou em contato com os Deputados Oscar Correa Filho e Egídio Ferreira Lima, respectivamente, Presidente e Relator da "Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo". Na oportunidade, o ilustre Relator adiantou o seu ponto de vista favorável à criação do "Superior Tribunal de Justiça", com o aproveitamento, na sua composição inicial, dos Ministros integrantes do Tribunal Federal de Recursos. Nesse sentido, publicou, em 06-06-87, o seu parecer substitutivo, que, com aperfeiçoamentos subsequentes, consubstanciou a estrutura do Poder Judiciário, constante da Constituição Federal de 1988.

---

[3] **O Superior Tribunal de Justiça publicou o livro "Antecedentes Históricos do Superior Tribunal de Justiça", que contém o "Relatório da Comissão da Constituinte", organizado pelas Drªs Ívis Glória Lopes Guimarães de Pádua Ribeiro e Eliana de Oliveira Santos, cuja leitura é esclarecedora**.

[4] **Senhor Constituinte**:
Tomo a liberdade de passar às mãos de Vossa Excelência, com este, cópia da proposta de reforma constitucional, no que concerne a 'Justiça Federal de 1º e 2º grau, elaborada por esta Corte e que foi submetida à douta Subcomissão do Poder Judiciário.
Essa proposta, antiga pretensão desta Corte, foi adotada pelo Egrégio Supremo Federal ("DJ" de 14.07.86.).
Em linhas gerais, o que o Tribunal Federal de Recursos propõe é a instituição de Tribunais Regionais Federais de 2º graus, com a simultânea transformação do Tribunal Federal de Recursos em instância de recurso especial, não ordinário, com o nome de Tribunal Superior Federal, segundo o modelo das Jurisdições Eleitoral e do Trabalho (TREs e TSE; TRTs e TST).
Aproveito a oportunidade para reafirmar a Vossa Excelência protestos de alta estima e distinta consideração.

Em decorrência, 26 Ministros do Tribunal de Recursos passaram a integrar a composição inicial do Superior Tribunal de Justiça, fixada em 33 Ministros. Havia uma vaga naquela Corte em decorrência da aposentadoria do Ministro Sebastião Alves dos Reis. O art. 27, § 5º, das Disposições Transitórias atribuiu aos citados Ministros a competência para indicar, em lista tríplice, ao Presidente da República, os 7 Ministros faltantes, para que fossem nomeados, após terem o seu nome aprovado pelo Senado Federal.

Por essa razão, os Ministros do Tribunal Federal de Recursos passaram à condição de Ministros do Superior Tribunal de Justiça, desde a instalação deste, perante o Supremo Tribunal Federal. E seis Desembargadores e um Advogado, por aqueles indicados, completaram a primeira composição da Corte, posteriormente, em 18-5-89, ao tomarem posse perante o próprio Tribunal recém-criado.

A direção do Superior Tribunal de Justiça passou a ser exercitada pelos Ministros que integravam a direção do Tribunal Federal de Recursos até o término dos seus mandatos, ou seja, 23-6-89.

Fundamental para a instalação do Superior Tribunal de Justiça foi a inclusão do § 6º, no art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nestes termos:

> "Ficam criados cinco Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgação da Constituição, com a jurisdição que lhe fixar o Tribunal Federal de Recursos, tendo em conta o número de processos e a sua localização geográfica".

O art. 13 das Disposições Transitórias do Segundo Substitutivo do Projeto de Constituição, apresentado pelo eminente Relator, Senador Bernardo Cabral, dizia o seguinte sobre a criação dos Regionais:

> "São criados, devendo ser instalados no prazo de seis meses, a contar da promulgação desta Constituição, Tribunais Regionais Federais com sede nas Capitais dos Estados a serem definidos em lei complementar".

Esse dispositivo fora incluído pelo Relator em razão da acerba divergência dos constituintes, quanto à fixação, no texto principal, da sede dos primeiros Tribunais Regionais Federais. Aqueles que não conseguiram

estabelecê-la nos seus Estados sentiam-se desprestigiados. Daí o conflito. Para solvê-lo, o eminente Relator entendeu de encaminhar a solução para a lei complementar.

Foi, nesse passo de andamento dos trabalhos, que a Comissão da Constituinte do Tribunal Federal de Recursos notou que o mesmo conflito iria ocorrer quando da aprovação da lei complementar e que, sem a criação e instalação dos referidos Tribunais, o Superior Tribunal de Justiça não poderia ser instalado. Em razão disso, apresentou sugestão, no sentido de delegar-se ao Tribunal Federal de Recursos a fixação da sede dos cinco primeiros Tribunais Regionais Federais com base em elementos técnicos, com vistas a superar o impasse.

O eminente Relator acolheu a sugestão e a alteração sugerida veio constar da redação final por ele elaborada e no § 6º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, antes transcrito.

Sem essa medida, a instalação dos cinco Tribunais Regionais Federais seria postergada, ocorrendo o mesmo com o Superior Tribunal de Justiça. Tenha-se em conta que, ainda hoje, a criação de novos Tribunais Regionais Federais e a fixação das suas sedes ensejam vivas controvérsias. Aliás, as Constituições de 1946 e de 1967 previam a instalação de outros Tribunais Federais de Recursos, inclusive a última mencionada chegou a fixar a sede de dois: Recife e São Paulo. No entanto, sob a égide das citadas Leis Maiores nenhum daqueles Tribunais foi instalado.

Não vou me alongar. Mencionei alguns aspectos dos trabalhos constituintes que me pareceram interessantes, com reflexo na criação desta Corte Superior. Muito mais poderia ser dito, pois as árduas atividades da Assembléia Constituinte convocada para promulgar a vigente Constituição desenvolveram-se no curso de quase dois anos, incluindo sábados, domingos, férias e feriados.

Diante desse panorama, onde, sob o pálio da formatação da nova Lei Maior, travaram-se muitos e diversificados debates de ordem política e jurídica, merecem especial destaque, no que se refere à criação do Superior Tribunal de Justiça, a atuação do Deputado Egídio Ferreira Lima, Relator da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo, e do Senador Bernardo Cabral, Relator da Comissão de Sistematização. O

primeiro fez constar a criação do Superior Tribunal de Justiça da redação final do projeto que apresentou e o último a manteve e aperfeiçoou os preceitos a ele relativos.

É justo, também, que se lembre da grande contribuição prestada, para a atual estrutura do Poder Judiciário, pelos insignes Constituintes que nunca se cansaram de colaborar com a Comissão de Constituinte do Tribunal Federal de Recursos, subscrevendo numerosas emendas por ela sugeridas, muitas das quais foram inseridas, *ipsis verbis*, nos preceitos da Constituição em vigor. Cumpre lembrar, a propósito, o nome dos ilustres Deputados Michel Temer, Oscar Corrêa, Chagas Neto, Eraldo Tinoco, José da Conceição, Lourival Baptista, Sigmaringa Seixas, Arnaldo Prieto, Ricardo Izar, Nestor Duarte, José Ignácio Ferreira, Clóvis Beviláqua, Expedito Machado, Nilson Gibson, Nelson Jobim, Paulo Pimentel, Messias Góis, Mario Lima, Walmor de Luca e Koyu Ilha e dos Senadores Maurício Correa e Marcondes Gadelha.

Diante do panorama descrito em linhas tênues, é possível verificar que o Superior Tribunal de Justiça surgiu como destacada Corte Nacional de Justiça, após profundos estudos e debates, com a colaboração de insignes juristas e criterioso trabalho dos Constituintes, para, com o reconhecido êxito no desempenho das suas atribuições, ser conhecido, hoje, como o Tribunal da Cidadania.

Tive a honra de participar da gestação, criação e instalação do Superior Tribunal de Justiça, exercendo as funções que lhe são próprias por mais de 18 anos. Feita essa breve rememoração histórica, permitam-me, assim, dizer, nesta oportunidade em que se comemoram os seus trinta anos, que vejo esta Corte à beira da crise que outrora afetou o Supremo Tribunal Federal e que veio a inspirar a sua criação. Sim, não se pode esquecer que o Superior Tribunal de Justiça veio para minorar o que se pode denominar de uma "Segunda Crise do Supremo Tribunal Federal", tendo a primeira tido como consequência a criação do hoje extinto Tribunal Federal de Recursos.

Atingido por elevado número de processos, que aumenta, significativamente, segundo as estatísticas, há o Tribunal de se questionar sobre como bem solucioná-las. Mediante restrições legais, regimentais e outros paliativos, que têm visado infrutiferamente a redução de recursos?

Creio que não. Esse proceder minorou, mas não solucionou a crise relativa aos recursos extraordinários endereçados à Suprema Corte. É preciso pensar. É necessária ampla reflexão sobre a estrutura e funcionamento do Judiciário, como um todo, com a participação da comunidade jurídica. Alguma coisa é preciso mudar. Não é possível, a meu ver, que o Superior Tribunal de Justiça continue, por exemplo, em matéria de direito público, como mera Corte de passagem para o Supremo Tribunal. De outra parte, é necessário que se fortaleça a atuação dos Tribunais de Justiça, impedindo-se a interposição excessiva de recursos àquelas Cortes Nacionais. Com essa finalidade, cumpre, contudo, encontrar mecanismos que não atinjam a sua razão de ser: a guarda da Constituição e o zelo pela autoridade da legislação federal infraconstitucional.

É injustificável o enorme gasto de energia nos trabalhos judicantes, sem que a sociedade sinta que tenha uma Justiça acessível, eficiente e célere. O Superior Tribunal de Justiça tem se modernizado, dispondo de Ministros e servidores muito competentes, o que é de relevância ímpar. No entanto, a função que exercem, imposta pelo vigente sistema, é semelhante ao trabalho de Sísifo.

Sabe-se que uma mudança significativa e duradoura não se consegue facilmente. Nada obstante, é sempre melhor ser movido pela crise que se avizinha do que quando de sua instalação. E, sem dúvida, boas reformas são aquelas feitas de forma sistematizada, com foco e persistência.

Carlos Drummond de Andrade inicia um de seus poemas dizendo que tem "apenas duas mãos e o sentimento do mundo", para externar seu sentimento de impotência. E, acredito eu, seja este o sentimento que toma a todos quantos desejam realizar, melhorar, contribuir para um Judiciário que realize os anseios dos jurisdicionados e lhes cubra de justiça, neste nosso País ainda tão desigual.

Mas, é preciso ter esperanças. E não tenho a menor dúvida de que as "duas mãos" dos Ministros que compõem, hoje, a Corte da Cidadania, aliadas ao seu "sentimento do mundo" e aos Advogados e membros do Ministério Público que perante ela oficiam, são capazes de revolucionar o que for preciso. Basta, a tanto, continuem todos a ter fé, coragem e efetiva dedicação ao trabalho transformador, como até aqui têm tido.

A propósito, medidas com o objetivo de acelerar os julgamentos têm sido tomadas. É o caso da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008) e do CPC/2015, que criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC).

Com esse objetivo de dar maior efetividade aos julgamentos das demandas de massa, o Superior Tribunal de Justiça criou a "Comissão Gestora de Precedentes" (Emenda Regimental n. 26, de 13-12-2016), presidida pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que tem realizado importante trabalho de interlocução com os demais Ministros e Tribunais do País para aprimoramento do sistema de precedentes.

Com a edição da Emenda Regimental n. 27, de 13-12-2016, a Corte da Cidadania criou "órgãos julgadores virtuais", correspondentes à Corte Especial, às Seções e às Turmas, com a finalidade de procederem ao julgamento eletrônico dos recursos (Embargos de Declaração, Agravos Internos e Agravos Regimentais).

Preconiza-se, ainda, instituir-se a arguição de relevância como requisito de admissibilidade do recurso especial. Sobre o tema, a Câmara dos Deputados aprovou a PEC 209/2012, atual PEC 10/2017, em tramitação no Senado Federal.

No período entre 1989 e 2018, o Tribunal distribuiu 5.527.622 processos e julgou 5.431.384, remanescendo, para serem julgados 96.238 processos, ou seja, apenas 1,74% (um vírgula setenta e quatro por cento) dos recebidos. É elogiável esse desempenho, só alcançável com o ingente esforço dos Ministros, com o auxílio do competente corpo de servidores do Tribunal, contando com ótimo serviço de informática.

Todavia, é exagerada a quantidade de processos que chegam ao Tribunal. Não obstante o arsenal de providências restritivas tomadas, o seu número é excessivo, alcançando a média anual aproximada de 10.000 (dez mil) processos por Ministro, ou seja: quase 30 (trinta) processos por dia, incluindo dias úteis e mesmo aqueles em que não há trabalho! Esse volume de feitos não é razoável.

Assinale-se que, no Supremo Tribunal Federal, a situação é parecida. Mesmo com a sensível redução, quanto ao número de feitos recebidos, que alcançou, em razão de medidas adotadas, esse número

continua excessivamente elevado. Isso sem considerar o fato de que algumas medidas restritivas tomadas têm o condão apenas de reter os feitos nas instâncias ordinárias, com sensíveis prejuízos para a administração da justiça em tempo razoável, como quer a Constituição.

Em suma: seja, quanto ao STF, seja quanto ao STJ é necessário que se reflita, com profundidade, para alterar o sistema constitucional e legal vigente, antes de que a imagem dessas Cortes tão importantes no nosso sistema jurídico seja atingida com a perda de prestígio junto aos cidadãos a que servem.

Para finalizar, permitam-me que, neste evento comemorativo dos trinta anos desta Excelsa Corte, me congratule com o seu atual Presidente, Ministro João Otávio de Noronha, com o Ministro Mauro Campbell Marques, autor da iniciativa desta publicação, e com todos os seus atuais Ministros e servidores, bem como com aqueles que já colaboraram na prestação dos seus serviços judicantes e administrativos, muitos dos quais já em outras dimensões.

Que o Tribunal da Cidadania continue a prestar os seus serviços com senso de justiça e sensibilidade social, mantendo a sua credibilidade, perante os cidadãos brasileiros.

Superior Tribunal de Justiça: Antecedentes, Criação e Vocação

Nilson Naves
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANTECEDENTES, CRIAÇÃO E VOCAÇÃO*

*Ministro Nilson Vital Naves***

Certo dia, iam-se os trabalhos da Constituinte quando, em 1987, o relator da Comissão de Organização dos Poderes, numa reunião em seu gabinete de trabalho, disse a três ou quatro ministros do Tribunal Federal de Recursos que, ali na Comissão, o que se pretendia era o Superior Tribunal de Justiça, e não o tribunal proposto tanto pelo Federal de Recursos quanto pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, o Tribunal Superior Federal, proposta, aliás, já acolhida pela Subcomissão de Organização do Poder Judiciário.

E foi o substitutivo do Deputado Egídio Ferreira Lima – relator – aceito na Comissão. Ao cabo dos trabalhos constituintes, foi o que aconteceu mesmo. E que luta! Mas há tempos... Há tempos...

Há tempos e tempos, a justiça d'el-Rei foi mesquinha, arbitrária e prepotente, exercida por juízes intelectualmente mal preparados. Eis um dos vários comentários: "[...] homem de curtos talentos e que assinava de

* Anotações de palestras ao tempo e logo após o exercício da presidência do Tribunal, sem outras alterações a não ser uma emenda aqui, outra ali, tão poucas que, se conservadas, não alterariam o sentido do texto.

** Deixou o Superior Tribunal de Justiça em abril de 2010. Atualmente é consultor e advogado.

cruz os despachos feitos por advogados, que funcionavam nos processos"[1]. O primeiro tribunal foi a Casa da Relação da Bahia, instalada em 1609, extinta, no entanto, em 1629 e reinstalada em 1652, composta então por dez desembargadores. A Relação foi desdobrada em duas, sediando o Rio de Janeiro a outra em 1751. As Ordenações Manuelinas foram as primeiras leis brasileiras, trazidas por Tomé de Sousa em 1549. E, naquela época, já se reclamava da lentidão dos processos!

As Manuelinas foram sucedidas pelas Filipinas em 1603, que por aqui vigoraram mesmo após a independência. É indicada como muito tendo influído no sistema jurídico daquele período a Lei da Boa Razão, de 1769. Igualmente é apontada a de 1772, de alteração dos Estatutos da Universidade de Coimbra[2].

A 22.1.1808, chega D. João à Bahia, depois, ao Rio de Janeiro. Foram abertos os portos do Brasil, "a nossa primeira carta de alforria econômica"; a Relação do Rio tornara-se a própria Casa da Suplicação, "que se não limitava só às revistas dos processos, a julgar os magistrados e a propô-los, mas exercia certas funções administrativas e legislativas, interpretando leis", e o Rei, que era legislador, legislou principalmente a propósito "dos institutos de direito público interno e externo"[3].

Com a independência, tornamo-nos, vaidosamente, Império, e a Constituição de 1824 foi, historicamente, a de maior duração, com 65 anos, processando-se, em sua longa vigência, fatos de grande valor como a abolição. De acordo com o texto pertinente (Título VI), o Poder Judicial, e essa foi a expressão ali empregada, era composto de juízes e

---

[1] EDMUNDO, Luiz. *O Rio de Janeiro no tempo dos vice-reis*. Senado Federal, 2000, p. 431/454. *Memória da Justiça brasileira*, publicação do Tribunal de Justiça da Bahia, Salvador, 1993, p. 77 e segs.

[2] "A lei da boa razão afigura-se-nos ter sido, no Direito português, um equivalente da obra dos pretores e dos jurisconsultos no Direito Romano" (cf. MARTINS Jr., Isidoro. *História do Direito nacional.* Ministério da Justiça, 1979, p. 78/81). De acordo com José Carlos Moreira Alves, nos Estatutos, estabeleceu-se que a boa razão determinar-se-ia "pelo uso moderno das leis imperiais, e conseqüentemente, pela observância delas na doutrina e na legislação das nações cristãs" (*Arquivos do Ministério da Justiça* n. 164, 1982, p. 17/8).

[3] MARTINS Jr., Isidoro, *op. cit.*, p. 148/9.
DELGADO, Luiz. *Quadro histórico do Direito brasileiro.* Recife, 1974, p. 91 e segs.

jurados, e existiam, para julgar as causas em segunda e última instância, "as relações [...] necessárias para comodidade dos povos". Ademais, na capital do Império, haveria "também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça" — composto de juízes letrados, tirados das relações, que usariam de beca e capa e teriam o tratamento de excelência (Lei de 18.9.1828) —, competindo-lhe conceder ou denegar revistas, conhecer, de ofício, de delitos e erros cometidos por determinadas pessoas e conhecer dos conflitos de jurisdição[4]. Conquanto se considerasse independente esse Poder e se declarasse a perpetuidade dos juízes de direito (arts. 151 e 153), há quem entenda que "o texto constitucional negava, na prática, duas garantias tradicionais da Magistratura — a vitaliciedade e a inamovibilidade e não assegurava a irredutibilidade de vencimentos — ainda que duas disposições diferentes lhes garantissem, teoricamente, tanto uma quanto outra"[5], isso porque, conforme o disposto no art. 154, poderia "o Imperador [...] suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos juízes".

Em 1827, criam-se os dois primeiros cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, instalados em 1828, em antigos conventos, um na cidade de São Paulo, outro na de Olinda. Escreveu Werneck Sodré que se importava, aí, com a laicização da cultura, a saber: "Marcharão juntos, agora, letrados e padres, no largo desenvolvimento da cultura européia transplantada". E mais: substituía-se o espírito eclesiástico pelo espírito jurídico, e os cursos "tornaram-se provedores de quadros às assembléias e ao governo das províncias e do país"[6].

---

[4] "Aí estão já, em forma embrionária, algumas das funções e atribuições do Supremo Tribunal Federal, mais tarde desenvolvidas nos recursos extraordinários, no fôro especial para certos agentes públicos e nos conflitos de jurisdição" (cf. BALEEIRO, Aliomar. O *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.* Forense, 1968, p. 18). Ver a publicação do Supremo a propósito dos seus 150 anos, 1978, p. 9/11: "Durante 61 anos de existência participaram do Supremo Tribunal de Justiça 124 Ministros, dos quais 11 ascenderam à Presidência". Ver também BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império, de 1857*, edição do Senado Federal, 1978, p. 341 e segs. e 537/572 (Leis Orgânicas do Tribunal).

[5] NOGUEIRA, Octaciano. *A Constituição de 1824*. Centro de Ensino à Distância, 1987, p. 18.

[6] SODRÉ, Nelson Werneck. *Síntese de história da cultura brasileira*. Bertrand Brasil, 1988, p. 37 a 42.

Mas o povo cansara-se da monarquia, à qual faltavam esplendor e mística, festividade e *glamour*. A despeito disso, o povo, intimamente, não deixara, de todo, de admirar e respeitar o imperador. Foi assim que, tanto atônito quanto perplexo, presenciou o fim do Império. Era a República que chegava, um pouco menos a de Rui Barbosa e um pouco mais a de Aristides Lobo, Campos Sales e Bocaiúva, chefiados pelo Marechal Deodoro da Fonseca.

Mas coube exatamente a Rui, cujos predicados intelectuais e precisos raciocínios encantaram o Marechal, institucionalizar os fatos daquele dia 15 de novembro de 1889, dando-lhes feição e esquadro. Rui, segundo narram os historiadores, não era fascinado pela república nem era um senhor presidencialista, mas era um federalista de mão-cheia e admirador das instituições norte-americanas. Tão admiradas e tão evocadas essas instituições também por parte de Campos Sales que elas e as ideias de Rui e Campos repercutiram nos Decretos n. 510 e 848 de 1890 e na Constituição de 1891, e a organização do Judiciário norte-americano acabou por servir de modelo para a organização do Judiciário da República recém-proclamada. A exemplo de lá, surgia cá o Supremo Tribunal Federal; no Império, fora o Supremo Tribunal de Justiça.

Lê-se na Constituição que nos serviu de modelo: o Judiciário "será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinação do Congresso" ("*shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish*"). E na Constituição brasileira da época: "O poder judiciário da União terá por órgão um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar"[7].

---

[7] "Na exposição de motivos do seu trabalho (o Decreto n. 848), o Ministro da Justiça e futuro Presidente da República relata como o moldou, tendo em vista as instituições norte-americanas" (cf. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos*. Forense, 1975, p. 130 e 152. Em igual sentido, BARBALHO, João. *Constituição de 1891*, ed. fac-similar. Senado Federal, 1992, p. 222/3, bem como BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. Forense, 1972, p. 138).

Ora, marcante e significativa era, pois, a semelhança entre ambos os textos, de tal maneira que, entre nós, acolheu-se, outrossim, a dualidade da magistratura — federal e estadual —, e o projeto da dualidade foi motivo de ampla e séria controvérsia entre os constituintes de 1891. Intransigente defensor dessa posição, dizia Campos Sales, à vista do que ocorria no modelo adotado, que, na federação, é substancial a dualidade judiciária, a saber, um poder judiciário local soberano ao lado do poder judiciário federal, também soberano, "com a autoridade do Supremo Tribunal entre as duas soberanias paralelas, para evitar ou resolver os conflitos entre elas"[8]. Veja-se que, nos dias atuais, essa incumbência, no campo ordinário, portanto no campo infraconstitucional, encontra-se cometida ao Superior Tribunal, decorrentemente da divisão pelos constituintes de 1987/8 do contencioso, tocando ao Supremo Tribunal apenas o constitucional, *ex vi* do art. 102, *caput* e inciso III.

Consoante as palavras de 1891, o Supremo processava e julgava, originária e privativamente, por exemplo, o presidente da República, os ministros diplomáticos e algumas causas; julgava, em grau de recurso ordinário, as questões resolvidas pelos juízes e tribunais federais e, em grau de recurso (inominado), as causas oriundas das justiças dos Estados quando nelas se questionava **(I)** sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais e **(II)** sobre a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais. Tais eram assim as competências do Supremo, advertia Afonso Arinos, que do Tribunal se fez "uma terceira instância para as causas de direito privado, o que lhe deu caráter de uma nova alçada judiciária, sem qualquer papel político"[9].

---

[8] Cf. ROURE, Agenor de. *A constituinte republicana*. Senado Federal, 1979, p. 3/19, principalmente p. 5. Ver também BARBALHO, *op. cit.*, p. 223: "O systema republicano-federal é, de sua essência, dualista. Ha a competencia federal e a competencia estadual. E na pratica ellas podem collidir. Ora, as controversias d'ahi resultantes precisam ser derimidas, para o regular funccionamento do regimen [...]".

[9] *Op. cit.*, p. 153. Leia-se na p. 152: "Apesar dos poderes políticos que lhe foram conferidos, o Supremo Tribunal brasileiro não seguiu nunca, na República, a tradição do seu modelo, como órgão de arbitragem entre os poderes políticos".

Depois se denominou extraordinário o recurso que não dispunha de nome, como tal se inscrevendo no primeiro regimento do Supremo e desse modo se expressando na Lei n. 221, de 1894. Foi, todavia, na Constituição de 1934, na qual se nomeou de Suprema Corte o Supremo, que se fez referência, especificamente, a esse recurso com o nome de extraordinário, cujo cabimento assemelhava-se, ali, ao que se preveria nas Constituições seguintes, salvo, obviamente, a de 1988, instante em que foram criados o Superior Tribunal e o recurso especial. Na Constituição de 1934, estabeleceu-se a Justiça Eleitoral, dispôs-se a propósito da Justiça Militar, instituiu-se a Justiça do Trabalho, mas no âmbito administrativo (no Título referente à Ordem Econômica e Social). Nessa Constituição, ainda prevaleceu a dualidade da Justiça, federal e estadual: "[...] a maioria da Commissão não acceitou essa idéa de unidade. Tanto que o sr. João Mangabeira expoz seu pensamento extremo a favor da unidade absoluta da justiça do paiz, e a Commissão votou contra"[10].

A Constituição de 1937 não contemplou a Justiça Federal, talvez porque, existindo apenas nas capitais, "acarretava, não raro, grandes dificuldades às partes interessadas na defesa dos seus direitos"[11]. No entanto foi recriada em 1965 pelo Ato Institucional n. 2, e a Constituição de 1946 criara o Tribunal Federal de Recursos. O Poder Judiciário, pela Constituição de 1967, na redação da Emenda n. 1, de 1969, era então exercido pelo Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional da Magistratura, Tribunal Federal de Recursos e juízes federais, Justiças especializadas e Justiça

---

[10] **Primeiro**, João Mangabeira e Carlos Maximiliano achavam que a Justiça Militar não era matéria do Poder Judiciário: "Nunca foi assim considerada. Jamais se viu uma lei de organização judiciária cuidar de Justiça Militar". **Segundo**, parecia a João Mangabeira "que a dualidade da magistratura não era essencial à federação"; era ele a favor da unidade absoluta da justiça. E Oswaldo Aranha entendia que se caminhava menos para a unidade da Justiça do que em 1891, quando os constitucionalistas vieram com a ideia de transplantar ao pé da letra para o Brasil o regime americano (*apud* AZEVEDO, Mendonça. *Elaborando a constituição nacional*, ed. fac-similar. Senado Federal, 1993, p. 397, 425, 557, 562, 563 e 571). Ver também LINS, Estellita. *A nova constituição*. José Konfino, 1938, p. 307/8.

[11] CASTRO, Araujo. *A Constituição de 1937*. Freitas Bastos, 1938, p. 202. Em 1937, conforme Cláudio Pacheco, "operou-se um retrocesso parcial, consistente em unificar pelo menos as justiças de primeira instância" (*Tratado das constituições brasileiras*, vol. VII, 1965, p. 24).

estadual. Note-se que, pela Constituição de 1988, o Federal de Recursos, no seu aspecto de Tribunal de apelação, foi substituído pelos Tribunais Regionais, isto é, os Regionais de hoje têm a primitiva feição do Federal de Recursos, a de tribunal puramente federal.

Naqueles tempos, assim e portanto desde sua criação, cabia ao extraordinário levar ao Supremo a maior parte dos processos que lá chegavam. De que esse recurso, no cenário constitucional-jurídico-processual, desempenha, *lato sensu*, importante papel, dúvida não há. Segundo lição de Buzaid, de todos os meios de impugnação das sentenças, "nenhum tem maior importância político-social do que o recurso extraordinário". Ora, se dois são os erros passíveis de ocorrer na sentença, busca-se, com o extraordinário, remédio para o erro de direito, mais grave que o erro de fato, porque o erro de direito pode contagiar outros casos, na feliz expressão de Carnelutti[12].

A melhor das indicações é a de que o extraordinário — de que, nos dias de hoje, são espécies o extraordinário *stricto sensu*, endereçável ao Supremo, e o especial, endereçável ao Superior Tribunal — teve por modelo o *writ of error* dos anglo-americanos. Conforme o retrospecto doutrinário, tal recurso é a perfeita tradução dos preceitos do *Judiciary Act* de 1789 ("*An Act to establish the Judicial Courts of the United States*"). Com o *Judiciary*, reconheceu-se, lá, a legitimidade das cortes estaduais, deu-se proteção aos direitos individuais e se tornou segura a supremacia do judiciário federal ("*the legitimacy of the state courts and protected individual rights at the same time that it assured the supremacy of the federal judiciary*"). Editou-se, então, o recurso extraordinário, consoante anotação de Francisco Campos, com o fim de assegurar o império ou a supremacia da Constituição e das leis federais e, segundo Pontes de Miranda, para "assegurar, em todo o território

---

[12] "Perigo mais grave na esfera social, porque, como bem nota Carnelutti, o erro de direito tem esta nocividade específica: é um erro contagioso, no sentido de que tende a propagar-se a outras decisões" (cf. BUZAID, *op. cit.*, p. 137). Ver SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário*. RT, 1963, p. 130 e segs. A propósito da cassação, veja-se o seguinte: "*Esta distinción sirvió para demonstrar que, entre los posibles errores, algunos de ellos sobrepasan el simple interés individual* [...]" (cf. FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho en la casación civil.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1998, p. 25).

e em tôdas as dimensões do ambiente jurídico nacional, a realização uniforme da lei federal"[13].

Não é que, em 1891, quando da promulgação da Constituição, o Supremo (o Tribunal já figurava no Decreto n. 510 de 1890) não julgara processo algum! Em 1892, porém, julgou 2 extraordinários; em 1893, 10; em 1894, 14; e, em 1895, 42. Daí por diante, verificou-se, sem novidade alguma, aumento do número das causas, até porque as Constituições posteriores ampliaram as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, admitindo-o, por exemplo, quando a decisão fosse "contra literal disposição de tratado ou lei federal, sôbre cuja aplicação se haja questionado" (de 1934, art. 76, III, a): "Mas com o advento da Constituição de 1934 o recurso extraordinário tomou outra feição. Introduziu-se, entre as hipóteses de seu cabimento, uma que se confundia com a da ação rescisória (artigo 76, III, a)", daí a sugestão de Hahnemann Guimarães, entre 1953 e 1955, transformada por Gabriel Passos em emenda constitucional, pela qual a interposição do extraordinário, no caso da alínea a, dependeria da propositura de ação rescisória ou revisão criminal: "quando a decisão houver sido dada em ação rescisória ou revisão criminal de sentença argüida de contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal". A fórmula de Hahnemann, com alterações, teve o apoio da comissão constituída em 1956, presidida por San Tiago Dantas[14].

Em 1934, foram distribuídos 78 extraordinários; já em 1962, o Supremo julgava 7.437 processos, donde as seguintes advertências de Victor Nunes em 1964: **(I)** "podemos ter uma idéia do aumento do serviço, quando observamos que, em 1950, foram julgados 3.511"; **(II)**

---

[13] CAMPOS, F. *Direito Constitucional*. Forense, 1942, p. 226, bem como MIRANDA, Pontes de. *Comentários...*, tomo III. Borsoi, p. 272. Igualmente, LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. F. Alves, 1915, p. 101/115; MARQUES, José Frederico. *Instituições*, vol. IV. Forense, p. 322/3; PEIXOTO, J. C. de Matos. *Recurso extraordinário*. Freitas Bastos, 1935; e SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 29: "Recorreu-se, então, ao velho *writ of error* do Direito anglo-americano. Traduziu-se, quase literalmente, as disposições do *Judiciary act* e leis posteriores, que regulavam o instituto".

[14] Reforma Constitucional (sugestões apresentadas), *op. cit.*, p. 45/48. Participaram da comissão Carlos Medeiros da Silva, Antônio Gonçalves de Oliveira, Francisco Brochado da Rocha e Hermes Lima.

"quando um Tribunal se vê a braços com esse fardo asfixiante, há de meditar, corajosamente, sobre o seu próprio destino"; e **(III)** "o Supremo Tribunal, com admirável espírito de coesão, está cônscio da urgência de se aparelhar melhor para o exato desempenho de sua tarefa". Foi quando Victor defendeu a adoção da jurisdição discricionária, semelhantemente ao *writ of certiorari*, e falou sobre a Súmula do Supremo[15]. Naquelas sugestões de 1956, na justificativa do anteprojeto em que se propunha nova redação para a letra a dos incisos II e III do art. 101, de modo a restringir a competência do Supremo[16], afirmava-se o seguinte: é da ordem de 2.500 "o número de recursos extraordinários que sobem ao Tribunal. Quantos serão nos próximos anos? Tudo leva a crer que o aumento será incoercível".

A isso se denominou **crise do Supremo Tribunal**, entendendo-se como tal, pela palavra de Buzaid em 1960, "o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por ele proferidos; sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão, [...] se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento". Ora, em 1930, Pires e Albuquerque e, no ano de 1943, Philadelpho de Azevedo, que também ocuparam cadeiras do Supremo entre 1917 e 1931 e 1942 e 1946, já se queixavam do volume de processos submetidos ao Tribunal, e dizia Philadelpho que se atirava aos chicanistas "a melhor das oportunidades de eternizar as demandas"[17].

Se tal quadro era tão atarefante, resultante das inquietações e preocupações dos juízes do Supremo daquela época, que se viam em porfia, nos anos trinta, com menos de 800 processos (em 1939, 286 extraordinários) ou com mais de 7 mil nos anos sessenta (em 1962, 7.437

---

[15] Atualidade do Supremo Tribunal, palestra de 1964, em Belo Horizonte. *In*: *Problemas de Direito Público e outros problemas*. Ministério da Justiça, 1997, p. 37.

[16] Quanto à letra a do inciso II, o recurso ordinário ficaria restrito ao *habeas corpus*, isso porque o Supremo, "contra a sistemática do regime federativo e da dualidade de justiça, julga por via de mandado de segurança, em instância ordinária, recurso interposto de decisão de tribunal local, mesmo quando não haja controvérsia sobre dispositivo da Constituição ou de lei federal"; também porque "sobrecarrega e entrava, indevidamente, os seus trabalhos" (cf. p. 42 e 43).

[17] BUZAID, *op. cit.*, p. 144 e 146/7, e entrevista de Luiz Octavio Gallotti, Jornal do Brasil de 22.10.00, p. 2.

ao todo), o que, então, pensar, sentir e dizer atualmente, quando o Supremo tem recebido e julgado, por ano, cerca de 100 mil processos, e o Superior Tribunal, mais de 300 mil?

Naqueles tempos, sucedeu que, a partir dos anos quarenta, já se adotavam, expressamente, algumas medidas a fim de descongestionar ou de desinchar o Supremo. As reclamações e as insatisfações, como se vê, datavam do início de trinta, quando, naquele Tribunal, não chegavam, anualmente, 800 feitos. Talvez um pouco menos talvez um pouco mais. Há registros, no que diz respeito apenas aos extraordinários, em 1935, de 150 e, em 1939, de 286, mas, em 1940, de 804 e, em 1943, de 1.124[18]. Em 1960, o número total dos processos, de toda a natureza, era superior a 7 mil.

Daí, com o objetivo de se reduzir a competência do Supremo foi que, pela Constituição de 1946, como a primeira das medidas adotadas, criou-se, recriando-se a Justiça Federal (de segundo grau), o Tribunal Federal de Recursos. Competia-lhe, por exemplo, originariamente, processar e julgar os mandados de segurança contra ato de ministro de Estado e, em grau de recurso, as causas de interesse da União, competências, antes, do Supremo (Constituição de 1934, art. 76, I, i, II, a; e Constituição de 1937, art. 101, II, 2º, a). Depois, foram-lhe deferidas outras competências, até então igualmente cometidas ao Supremo, como a de processar e julgar os conflitos de jurisdição entre juízes subordinados a tribunais diversos. Eis por que o Federal de Recursos tinha dupla feição, a de Tribunal de segundo grau (hoje, os Tribunais Regionais Federais) e a de Tribunal nacional, visto que, nessa condição, recebera aquelas atribuições pertencentes ao Supremo (hoje, cometidas ao Superior Tribunal). Era o que o distinguia dos outros tribunais, tornando-o, dúvida não havia, o segundo tribunal do Brasil.

Em 1958, pela Lei n. 3.396 (de 2 de junho), ao se alterar a redação dos arts. 864 e 865 do Cód. de Pr. Civil, exigiu-se que se fundamentasse o despacho de admissão ou de denegação do recurso extraordinário. O projeto é de 1949, louvando-se em votos de Edgar Costa

[18] BUZAID, *op. cit.*, p. 145. No que tange aos agravos, ver *Reforma Constitucional*, 1956, p. 49/50.

e Hahnemann. Na justificação, dizia-se que o extraordinário era a fonte primordial e provocadora da crise do Supremo e que o projeto não visava de logo solucionar o assunto, dependente de emenda constitucional, mas consubstanciava sugestões de recentes votos e julgamentos, "como, por exemplo, a necessidade de fundamentação"[19].

Em 1963 o Supremo aprovava, na sessão de 13 de dezembro, os primeiros enunciados da sua Súmula. Foram 370 verbetes. Aqui, o bom e merecido destaque é para Victor Nunes, que integrou o Tribunal entre 7.12.60 e 16.1.69. De certa feita, disse ele: **(I)** "foi dessa maneira, colocando-se um pé adiante do outro, que nasceu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Ela atende, portanto, a vários objetivos"; **(II)** "ela não estanca o fluxo criador da jurisprudência, nem impede a sua adaptação às condições emergentes".

Em 1964, o Supremo introduziu, no seu Regimento, preceito permitindo se julgassem prejudicados os recursos que lá se encontravam, há dez anos ou mais, sem julgamento, a respeito dos quais as partes, previamente convocadas, não se manifestassem. Conforme a justificativa da emenda apresentada, não havia menor interesse das partes em que permanecessem pendentes de julgamento processos muito antigos que ficaram sem andamento, dos quais elas próprias se desinteressaram.

Em 1965, pela Emenda Constitucional n. 16 (de 26 de novembro), instituiu-se, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ao lado do já existente controle difuso, a cargo de todos os juízes, a figura do controle concentrado, adotado, como se sabe, nos países europeus (Áustria, Espanha, etc.). Conferia-se, ali, por conseguinte, competência ao Supremo para processar e julgar originariamente "a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República". A respeito da novidade, disse Moreira Alves, em conferência proferida em Recife, que "não surgiu simplesmente com a intenção de aperfeiçoar o nosso sistema de controle", mas porque se entendia que, "com esse controle, seria possível

[19] Diário do Congresso Nacional de 29.4.49, p. 3.323/4.

diminuir a carga, o volume de processos no Supremo". Com efeito, ao ver da exposição de motivos do Ministro da Justiça, a atenção dos reformadores detinha-se "enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos"[20].

Coube, igualmente, à Emenda n. 16 restringir o cabimento do extraordinário em matéria trabalhista, tornando-o cabível apenas quanto à matéria constitucional, de maneira que as decisões do Tribunal Superior eram irrecorríveis, salvo se contrariassem a Constituição, em conformidade com a alteração do § 1º do art. 122 da Constituição de 1946. Aliás, é o sistema dos dias de hoje, como o foi à vista da Constituição de 1967. Naquela emenda, outrossim, dispôs-se acerca das questões eleitorais, de forma que, a exemplo das matérias trabalhistas, tornaram-se irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, a teor do que rezou o art. 120. No particular, além do mais, não deixou mesmo de haver alguma restrição relativamente à admissibilidade de recursos para o Supremo já na Constituição de 1934, segundo o texto do § 1º do art. 83.

A Constituição de 1967, na redação da Emenda n. 1, de 1969, permitiu ao Supremo que indicasse, no Regimento, as causas das alíneas a e d que julgaria pelo recurso extraordinário (item III do art. 119), cabendo-lhe, em consequência, atender à natureza, espécie ou valor pecuniário de tais demandas, por isso não cabia, regimentalmente, o extraordinário, salvo nos casos de ofensa à Constituição ou discrepância manifesta da jurisprudência predominante no Supremo, de decisões proferidas a contar de 1º.1.70, em determinados processos, entre eles, os por crime ou contravenção apenado com multa, prisão simples ou detenção, ou os relativos a litígios decorrentes de acidentes do trabalho ou das relações de trabalho do servidor, ou os mandados de segurança sem julgamento de mérito, ou as causas de determinado valor.

Em 1975, pela Emenda Regimental n. 3, de 12 de junho, publicada a 17, o Supremo Tribunal já adotava, defendido por Victor

---

[20] Moreira Alves, TRF da 5ª Região, no dia 4.8.98. Ver também MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. Saraiva, 1990, p. 188/192.

desde 1964, o critério da relevância da questão federal em substituição à cláusula da discrepância manifesta da jurisprudência, de forma que, salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância, não cabia o extraordinário, a que aludia o parágrafo único do art. 119 (item III, alíneas a e d), das decisões proferidas, por exemplo, naqueles processos por crimes ou contravenção, nos *habeas corpus* (quando não trancassem a ação penal), naqueles mandados de segurança, nos litígios decorrentes de acidente do trabalho, da previdência social, da relação estatutária de serviço público, ou nas ações possessórias, nas relativas a locação, nas execuções por título judicial e nas causas de alçada.

Foi em 1977, pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril, que se fez, expressamente, no texto maior, referência ao critério da relevância, cabendo então ao Tribunal, rezou-se lá, estabelecer, no regimento, o processo e o julgamento da arguição de relevância da questão federal[21].

Desde 1975, pelo visto, que se exigia, para o processamento do recurso extraordinário naquelas mencionadas causas, que a questão federal suscitada e discutida fosse relevante (repercussão geral, conforme, hoje, o § 3º do art. 102). Era a adoção, aqui entre nós, da jurisdição discricionária, própria do direito norte-americano, que a exerce, nas hipóteses assemelhadas às inscritas nas antigas alíneas a e d, por meio do *writ of certiorari*. Na Suprema Corte, a sua jurisdição é invocada *by appeal* ou *by certiorari*; no primeiro caso é que ela é obrigatória. Em harmonia, pois, com regras do Regimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, a revisão pelo *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas de discrição judicial ("*is not a matter of right, but of judicial discretion*"). A petição é deferida apenas por razões urgentes e convincentes ("*will be granted only for compelling reasons*"), ou nas hipóteses em que seja de relevância pública ("*the case is of such imperative public importance*") ou em que se trate de importante questão federal ("*has decided an important federal question*"),

[21] A Emenda n. 7 foi promulgada pelo Poder Executivo Federal no recesso do Congresso Nacional ocorrido a partir de 1º.4.77. Enviado o projeto de emenda ao Congresso em 1976, lá permanecia quando se decretou o recesso. Destinava-se, ao ver da Mensagem n. 81, a "dar princípio à almejada reforma do Poder Judiciário".

etc. No nosso Supremo, também se estabeleceu, em 1980, que a arguição, no caso da jurisdição discricionária, reputava-se acolhida se em tal sentido se manifestassem quatro votos[22].

Em resumo, esse era o quadro de cultura transplantada do Poder Judiciário (portuguesa e norte-americana), às vezes vacilante e às vezes preocupante, e essas eram as angústias e as intimidações, perturbações e espantos do Supremo Tribunal, que, aliás, conforme as opiniões de seus ilustres integrantes, eram males e tormentos que persistiam a despeito da adoção, em 1975, do critério da arguição de relevância como pressuposto de cabimento do extraordinário naquelas hipóteses das alíneas a e d, pois os processos iam num crescendo, uma vez que, em 1983, eram 14.528 e, em 1984, 17.780.

Foi aí que, em 1987 (1º de fevereiro), instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte. De suas reflexões e de seus debates, acabou ali por vingar, tão bem pensada e tão bem amadurecida, a ideia de criação do Superior Tribunal de Justiça. É certo que o Superior, a princípio, não figurava nas pretensões do Federal de Recursos, pois o que aquele Tribunal propunha, no ano de 1987, a par da instituição dos Regionais, era a sua transformação "em instância de recurso especial, não ordinário, segundo o modelo das jurisdições eleitoral e trabalhista (TREs e TSE; TRTs e TST)". E não é que essa proposta foi acolhida pela Subcomissão de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, e se tornariam órgãos da Justiça Federal, de acordo com a redação lá aprovada, os seguintes: **(I)** o Tribunal Superior Federal, em que se transformaria, respeitada a sua composição de vinte e sete membros, o Federal de Recursos; **(II)** os Tribunais Regionais Federais; e **(III)** os juízes federais. À míngua de previsão no texto do anteprojeto (que esquecimento!), foi apresentada emenda a fim de se outorgar competência ao Tribunal para julgar, mediante recurso especial, as causas decididas em única e última instância pelos Tribunais Regionais

---

[22] A respeito dos quatro votos, ver Regimento do Supremo de 1980, art. 328, VII, d. Nos Estados Unidos, conforme STERN, Robert L. & GRESSMAN, E. *Supreme Court practice,* 1969, p. 208: "[…] four Justices are necessary to grant a petition for a writ of certiorari". Também REHNQUIST, William H. *The Supreme Court.* New York: Quill, 1989, p. 289.

Federais quando a decisão contrariasse dispositivo da Constituição, violasse letra de tratado ou lei federal, etc.

Logo à frente, no entanto, a ideia do Tribunal Superior Federal foi, no âmbito da Constituinte, deixada de lado, e ali surgiu a imagem do Superior Tribunal de Justiça como órgão incumbido de zelar, amplamente, pela guarda dos tratados e leis federais. Isso aconteceu, ainda no ano de 1987, no substitutivo apresentado, na condição de relator, pelo Deputado Egídio Ferreira Lima na Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo: compor-se-ia o novel tribunal de 36 ministros e exerceria, como hoje as exerce, competências originária, ordinária e extraordinária, esta pelo recurso especial. Como se verá linhas adiante, tais eram as competências que se imaginavam para o novo tribunal, com função de cassação, cuja criação vinha sendo por muitos, e há muito tempo, apregoada em seminários, reuniões e escritos.

Em boa verdade, portanto, não se tratava de ideia nova, surgida assim naquela comissão, conquanto se reconheça e se anuncie em voz alta que coube a seus membros a iniciativa da concretude, a de tornar real o que até então não passava de uma ideia, de simples sugestão. De modo particular, sou testemunha das seguintes palavras do relator ditas a membros do Federal de Recursos: a ideia não é a do Tribunal Superior Federal, mas a da criação do Superior Tribunal de Justiça. Pois, há tempos, em 1960, já falava Buzaid, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: "Desvanecidas as esperanças de qualquer limitação e não podendo o atual Supremo Tribunal suportar a pretora de feitos que lhe foi cometida, a solução é criar um novo Tribunal, com função exclusiva de cassação, atribuindo-lhe a competência para julgar os casos de recursos, com fundamento no art. 101, III, da Constituição Federal"[23]. Afinal, de que pretora de feitos falava Buzaid naquele ano? Em 1962, o Supremo julgara, ao todo, 7.437 feitos, enquanto que, em 1950, 3.511 – era a crise?

---

[23] *Op. cit.*, p. 175/6. A Constituição é a de 1946, e o inciso III dispunha das alíneas a, b, c e d, isto é, casos de contrariedade, questionamento, contestação e dissídio.

Em 1965, numa mesa-redonda patrocinada pela Fundação Getúlio Vargas a propósito da crise do Judiciário, da qual participaram, entre outros, os juristas e ideólogos Themistocles Cavalcanti, Caio Tácito, Seabra Fagundes, Caio Mário, Frederico Marques, Levy Carneiro e Miguel Reale, já se propunha, para a indigitada reforma do Poder, além de outras medidas, a revisão da competência do Supremo "para colocar esta alta Corte em seu grande papel de instância constitucional", bem como a criação de um novo tribunal, "que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional"[24]. De logo, ali se lhe dava, nos termos do texto final aprovado pelos participantes daquela mesa de debates, exatamente o nome de Superior Tribunal de Justiça e se lhe atribuíam as mesmas e atualíssimas competências originária, ordinária e extraordinária, nesta, nos casos de contrariedade de lei federal, de questionamento da validade de lei ou ato local e de dissídio jurisprudencial – inclusive, faltante no texto hoje em vigor (o que, tecnicamente, foi e é bem melhor para o sistema) – quanto à interpretação da própria Constituição.

Em 1987, lembraria Reale, em alguns escritos, a solução adotada pela Comissão Afonso Arinos, ou seja, "transferir-se para a competência de um novo Tribunal, denominado Tribunal Superior de Justiça, toda a matéria mais própria de uma Corte de Cassação, principalmente no que se refere aos atuais recursos extraordinários". Vieram-lhe, ali, à memória dois outros momentos em que soluções semelhantes foram trazidas à baila, um, pela palavra dele próprio, quando se pensou, e Reale trabalhara nesse sentido, em reformar a Constituição de 1967; outro, em 1975, pela palavra de Baleeiro, em enquete promovida pelo jornal *O Estado de S. Paulo*[25].

De feito, a criação do Superior, com aquelas três competências, foi acolhida pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, de 1986, destinada a oferecer sugestões, na oportunidade, à futura Assembleia Nacional Constituinte. Só que, pelo anteprojeto dessa comissão,

---

[24] Confira-se o relatório publicado na *Revista de Direito Público e Ciência Política*, maio/ago de 1965, p. 134 e segs.

[25] *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 169, jul/set 1987, p. 93/97.

denominada Afonso Arinos, caberia ainda recurso extraordinário contra decisões do Superior quando o Supremo considerasse relevante a questão federal resolvida. Isso transformaria o Superior em tribunal de passagem, simplesmente. Não é que essa ideia, a do cabimento do extraordinário, veio à tona durante os trabalhos da Constituinte, figurando nos substitutivos da Comissão de Organização dos Poderes e da Comissão de Sistematização, mas, felizmente, foi, em plenário, amplamente repelida. É de bom aviso a lembrança de que, na Comissão Afonso Arinos, Reale foi contra a ideia[26].

Veja-se que, quando convidado, pela referida comissão a oferecer sugestões e a se manifestar, fê-lo o Supremo, relativamente ao Superior, por desaprovar a ideia de se criá-lo "com competência para julgar recursos extraordinários oriundos de todos os Tribunais Estaduais do País". Sua proposta nesse assunto era semelhante àquela do Federal de Recursos: a de criação do Tribunal Superior Federal, competindo-lhe, além dos feitos originários, julgar "recursos especiais contra acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, em temas envolventes da Constituição Federal, de tratados ou lei federal, ou em caso de divergência de julgados, sempre nos limites da Justiça Federal e sem prejuízo da competência do Supremo Tribunal Federal"[27].

Em dias assim não tão idos, o Poder Judiciário constituía-se, então, do Supremo Tribunal, Conselho Nacional da Magistratura, Tribunal Federal de Recursos e juízes federais, Justiças especializadas e Tribunais e juízes estaduais. Sucede que ao Conselho o texto constitucional de 1988 não se referiu; extinto foi o Federal de Recursos, pois, em seu lugar, ficaram, naquele ato, criados cinco Tribunais Regionais Federais. Instituía-se, outrossim, o Superior, e esse novo Tribunal ali herdava a competência originária que conferia ao Federal de Recursos a feição de Tribunal nacional, como a de processar e julgar os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Contas dos Estados, os mandados de segurança contra ato

---

[26] Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos. Forense, 1987, p. 218. *Arquivos do Ministério da Justiça*, *op. cit.*, p. 124.

[27] Sugestões do Supremo Tribunal Federal. *In*: *Revista da Associação dos Magistrados Mineiros*, 1987, p. 10 e segs.

de ministro de Estado e os conflitos entre juízes subordinados a tribunais diversos. A par de outras atribuições, o Superior recebia o contencioso infraconstitucional (tratado ou lei federal), que vinha sendo exercido pelo Supremo por intermédio do recurso extraordinário (Constituição de 1967, art. 119, III). Por consequência, é iniludível, ver-se-á logo à frente, que, sob o pálio do recurso extraordinário *lato sensu*, o Superior instalar-se-ia, em harmonia com a tão significativa norma das normas, para patrocinar o contencioso infraconstitucional, todo ele e somente ele, e o Supremo, da mesma forma, patrocinaria, a partir daí, o contencioso constitucional: conforme o sistema adotado pelos constituintes, as decisões do Superior, no particular, seriam irrecorríveis pelo extraordinário, isso porque lhe faltaria o contencioso constitucional, salvo na hipótese de prévia arguição de inconstitucionalidade (caso em que a declaração, no Superior, haveria de ser em desfavor do recorrente) ou na de o vencedor transformar-se em vencido no Superior (caso em que a questão haveria ainda de ter sido suscitada na origem). Tudo isso, repita-se, em relação ao recurso especial, espécie do extraordinário *lato sensu*. É instigante e mágica a questão sobre o contencioso constitucional no âmbito do recurso especial!

Veja-se, pois, que o modelo de organização primitiva do Judiciário brasileiro foi o norte-americano, acolhido tal e qual, em 1891, na Constituição de artigos revistos, um a um, pelo impecável Rui Barbosa, sabidamente forte admirador daquelas instituições. Em 1965, afastamo-nos um pouco desse modelo com a admissão pela Emenda Constitucional n. 16, no controle de constitucionalidade, do sistema concentrado (controle *in abstracto*), tipicamente europeu. Com o Superior Tribunal, mais nos aproximamos da organização judiciária europeia ao nos aproximarmos da revisão (germânica ou austríaca) e da cassação (francesa, espanhola e italiana), porque é com elas que o Superior se identifica em termos de Corte superior ou suprema. Assim, por analogia, o Superior há de ser o fecho da abóbada, tal qual o é o Tribunal francês: "[...] *la Cour de Cassation est la clef de voûte de l'ordre judiciaire*"[28].

---

[28] KERNALEGUEN, Francis. *Institutions judiciaires.* Paris: Litec, 1994, p. 95/96 e 157. Ver também *Bicentenaire de la Cour de Cassation, la documentation française,* Paris, 1991.

Afinal, qual a melhor definição para o Superior (qual a sua vocação?), a de Tribunal de revisão ou a de Tribunal de cassação? No que toca ao Supremo, perguntava Buzaid, em 1960, a respeito das funções atribuídas àquela Corte: Tribunal de cassação, Corte Constitucional ou as duas, próprias de um tribunal híbrido? De fato, o Supremo exercia ambas as funções, por isso concluía Buzaid: "O defeito capital está precisamente em onerar o Supremo com encargos muito superiores às suas forças". Igualmente por isso é que Buzaid propunha a criação de um novo tribunal, "com função exclusiva de cassação"[29]. Mas o Superior, ao qual foi cometido, até então pertencente ao Supremo, o contencioso infraconstitucional, é muito mais um Tribunal de revisão (como era o Supremo em ambos os campos e como hoje não deixa de sê-lo no campo exclusivamente constitucional), visto que compete ao Superior, conhecendo do recurso especial, julgar a causa (como o Supremo, pelo recurso extraordinário, ut art. 102, III), aplicando o direito à espécie (Constituição, art. 105, III; Regimento Interno, art. 257; e Súmulas n. 456 e 457/STF). Sucede, todavia, que não deixa o Superior de ter alguma feição de Corte de cassação quando, por exemplo, anula ou cassa decisões locais ou quando cassa a decisão exorbitante de seu julgado (Regimento Interno, art. 191).

Em sua historiografia, há, sem dúvida, semelhanças, e marcantes, entre os dois institutos. A cassação mais antiga é de origem francesa, de 1790, confiram-se: **(I)** "*sin duda, la casación es una de las creaciones más emblemáticas de la Revolución Francesa*"; e **(II)** "*es común aceptar este período como origen de la casación desde una posición puramente política y desde el dogma ilustrado de la separación de poderes*"[30]. Veja-se, de fonte genuína, por ocasião do bicentenário da Corte (1990): "*Il y a deux cents ans et deux jours, le 27 novembre 1790, l'Assemblée constituante, réunie dans la salle du Manège du Palais des Tuileries, votait, à une majorité hélas inconnue, la loi instituant le Tribunal de Cassation*"[31]. E a precedente cassação francesa influenciou

---

[29] BUZAID, *op. cit.*, p. 167/8 e 175/6.

[30] FERNÁNDEZ, Sergi Guasch, *op. cit.*, p. 32/33.

[31] HALPERIN, Jean-Louis. Histoire de la Cour de Cassation. *In*: *Bicentenaire de la Cour de Cassation, la documentation française.* Paris, 1991, p. 118. "*Il y a, pour toute la République, une Cour de Cassation*" (cf. o Cód. de Organização Judiciária, art. L. 111-1).

a subsequente revisão alemã, de 1871 ou 1877, veja-se: "*Historiquement, pourtant, il est incontestable que le pourvoi en cassation a influencé les textes allemands*". Daí que **(I)** "*cassation et révision sont donc caractérisées par une similitude de plus en plus marquée dans l'utilisation effective qui en est faite par les magistrats suprêmes*" e **(II)** "*le recours en cassation et le pourvoi en révision ne sont pas fondamentalement opposés. Ils tendent tous deux à réaliser l'unité de droit*"[32].

Sobre uma terceira instância, por isso o fato de saber se se cuida de revisão ou de cassação, eis o que afirmam, convictamente, os espanhóis: "*Tanto la jurisprudencia como la doctrina, como sabemos, han reiterado que la casación no es ni debe ser una tercera instancia*". Sublinham, da mesma forma, os franceses: "*La Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction*". Em relação à revisão, haveria algum toque, nesse recurso, de um terceiro grau de jurisdição: de certa feita, disse Torreão Braz, na 2ª Seção do Superior, que, "ao conhecer do recurso, o tribunal de revisão entra no exame do mérito, formando uma autêntica terceira instância, pois não há juiz, em tal circunstância, capaz de reprimir a ânsia de remediar injustiça acaso cometida pelo tribunal de segundo grau no exame dos fatos da causa". Ainda que desse modo não se possa proceder, há, na revisão, um gostinho de terceira instância, se não quanto aos fatos, pelo menos quanto à questão de direito. Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça, leciona o professor português José Alberto dos Reis, "não é um Tribunal de terceira instância, porque não conhece das questões de facto; mas é um Tribunal de revista". A exemplo do Supremo português, o Superior brasileiro também é um Tribunal de extraordinário (extraordinário *stricto sensu*, especial e revista).

Mais e muito mais que Tribunal de revisão, o Superior igualmente é, como o foi o Supremo, Tribunal híbrido (de inúmeras vocações), isso porque processa e julga, originariamente, *verbi gratia*, os governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores; julga, em recurso

---

[32] FERRAND, Frédérique. *Cassation française et révision allemande.* Paris: Puf, 1993, p. VII e XII (*préface*) e 339 (*conclusion générale*). De acordo com a conclusão, *Ferrand* cita dois autores alemães: *E. Schwinge* e *F. Baur.*

ordinário, os *habeas corpus*, mandados de segurança e as causas de Estado estrangeiro ou organismo internacional; principalmente julga, em recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal no que tange ao direito comum, logo, no campo infraconstitucional, precipuamente.

O Superior, quanto ao recurso especial, é o Tribunal das matérias infraconstitucionais, de todas elas, salvo a matéria cometida às Justiças especializadas, ao passo que o Supremo, relativamente ao recurso extraordinário, é o Tribunal das matérias constitucionais. Se de cassação ou se de revisão ou com ambas as funções, não interessa, pois o que se advogava, e isso é que é importante, para o Superior era a competência a fim de julgar as matérias daquele recurso extraordinário: não é que Buzaid abertamente se referia ao inciso III do art. 101 da Constituição de 1946! É lícito, assim, admitir que o que diferencia os dois Tribunais é o contencioso, cabendo a um, ao Superior, a palavra sobre a interpretação dos tratados e das leis federais e ao outro, ao Supremo, a palavra a propósito da exegese do texto constitucional. Daí, conforme linhas atrás, o porquê da irrecorribilidade das decisões do Superior, no julgamento do recurso especial, mediante recurso extraordinário para o Supremo. É que, nesses casos, o Superior não adentra o texto constitucional, porque não exerce tal contencioso (salvo duas ou três hipóteses, no especial, é claro; é instigante a tal propósito o assunto), e o que legitima o extraordinário, consoante boa sabedoria, é a existência de questão constitucional direta e clara, imediata e límpida, evidentemente não reflexa e certamente que não oblíqua.

O Superior Tribunal foi instalado no dia 7 de abril de 1989, ano em que lhe foram distribuídos 6.103 feitos, dos quais julgou 3.711. O Supremo, nos anos trinta, já se incomodava com 300 processos anuais (ao que parece, esse número se referia somente aos extraordinários). No ano de 1956, nas sugestões para a reforma constitucional, eis o que a Comissão Especial falava em relação ao extraordinário: "Tudo leva a crer que o aumento será incoercível". Naquela quadra, o número era de 2.500, aí incluídos os agravos. Em 1964, asseverava Victor Nunes que o Tribunal, que, em 1950, julgara, no total, 3.511 processos e, em 1962, 7.437, havia de meditar, corajosamente, sobre o seu próprio destino. Não é que, no

segundo ano de sua existência, o Superior já recebia 14.087 e julgava 11.742!

Se havia a instância de superposição, em 1964, de meditar, corajosamente, segundo o grande Victor, sobre o seu próprio destino, que dizer agora? Tal instância hoje, talvez mais que ontem, anda queixosa, anda assustada com os processos que lhe chegam, na expressão machadiana, às braçadas, por atacado. E agora? Mas alguns instrumentos já surgiram, tais como, na matéria constitucional, a súmula de efeito vinculante e a repercussão geral e, na matéria infraconstitucional, o procedimento particular para as causas repetitivas. Há, queremos todos crer, nessas braçadas e nesse atacado, um ponto relevante: o alto significado do Judiciário, que assim vem insistentemente sendo buscado a fim de dar solução a tantos e tantos conflitos. É algo relevante, dúvida não há. Foram palavras do presidente Cezar Peluso na abertura dos trabalhos de 2012: "O povo confia, pois, na Justiça brasileira. Se não confiasse, não acorreria ao Judiciário em escala tão descomunal".

Ainda uma palavra sobre o habeas corpus. Se lícito é haja aqui e ali instrumentos de contenção dos processos que lá chegam às braçadas, diferentemente, porém, há de ser o destino do habeas corpus, a cujo respeito não se há de admitir contenção alguma, até porque contenção, qualquer que fosse, implicaria aberta ofensa à Constituição, não só a tal texto, mas também àqueles princípios que não são de hoje nem de ontem, vigem desde os tempos mais remotos. Em caso tal, estaríamos andando contra o vento, daí, pessoalmente, a minha indignação, tal o recente "Indignez-vous!", de Stéphane Hessel: "Eu desejo a todos, a cada um de vocês, que tenham seu motivo de indignação".

Pergunta-se finalmente: qual é mesmo a vocação do Superior? Era uma manhã chuvosa de novembro do ano 1987: a ideia que temos – falava-nos, lá na Comissão de Organização dos Poderes, o seu relator – é a de criação do Superior Tribunal de Justiça semelhantemente à cassação europeia (recorde-se Buzaid em 1960), e não a de adoção da proposta do Federal de Recursos. E o Supremo Tribunal Federal? Será Corte constitucional segundo o modelo europeu – acrescentava o relator. Qual o desfecho dessa história? O que aconteceu? Ora, especificamente, nem

uma coisa nem outra... E o Superior foi criado, já, já Tribunal de mais mil milhares de recursos especiais, de outros tantos e tantos agravos e, mais e mais nessas braçadas e nesse atacado, Tribunal de inúmeras vocações, certamente de vocações outras que não a de encurtar o uso do habeas corpus. "Indignez-vous!"

Notas sobre a Prescrição Intercorrente

Eduardo Ribeiro
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

NOTAS SOBRE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Não se apresenta como indispensável, em verdade, enfatizar a importância de que se reveste esse instituto. Constitui hoje entendimento corrente, já enunciado por Carpenter, o de que "o fundamento da prescrição, quer extintiva, quer aquisitiva, é a necessidade social, é a ordem social".[1]

Nos tempos atuais, muito dificilmente se sustenta que a razão de ser da prescrição consista tão só em que se haja de reputar renunciado o direito, em razão da inércia prolongada do respectivo titular. Muitas vezes ainda se alinha esse fundamento, mas ao lado de outros, mais relevantes.

Expressiva já era a lição de Beviláqua:

> "A prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade da certeza das relações jurídicas. *Finis solicitudinis et periculi litium,* diz Cícero (Pro Coecina, cap. 26). O interesse do titular do direito, que ele foi o primeiro a desprezar, não pode prevalecer contra o interesse mais forte da paz social".[2]

---

[1] Carpenter, Luiz F., *Da Prescrição*, Editora Nacional de Direito, 3ª edição, vol. 1, p. 80.

[2] Beviláqua, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Francisco Alves, 6ª ed., vol. I, p. 433.

Dizer-se que extinguir-se a pretensão, em virtude da prescrição, colima punir o respectivo titular, em virtude de sua negligência, embora seja doutrina muitas vezes repetida, representa, em verdade, assertiva destituída de fundamento razoável.

Inexiste razão para infligir-se pena ao titular do direito, em virtude de não ter dele feito uso, de maneira a impedir que se consumasse a prescrição. Não praticou ele ato contrário à ordem jurídica. Muito dificilmente se poderá vislumbrar alguma razão ponderável, capaz de justificar deva ser punido aquele que se mantém inerte.

Certo que o titular do direito suporta um prejuízo quando se reconhece ter havido prescrição. Por isso mesmo se tem como inegável que pode ser necessário verificar por que o direito não foi exercido. E sucederá eventualmente evidenciar-se a impossibilidade de que isso se fizesse, por uma causa não imputável a seu titular. Em tal caso não se reconhece a prescrição.

Figure-se a hipótese de prescrição intercorrente, que se perfaz no curso do processo. Suponha-se que os respectivos autos permaneçam conclusos com o magistrado por período apto a, em tese, ocasionar a prescrição. Inegável que, isso sucedendo, não se haverá de reconhecer que a pretensão se deva considerar atingida pela prescrição. Entender-se de modo diverso representaria flagrante injustiça, carregando ao titular do direito os ônus decorrentes da negligência da autoridade, ou da má estruturação do serviço público.

O que deve ser inteiramente repelido, por absoluta carência de fundamento, é que o reconhecimento da prescrição encontre sua justificativa no objetivo de punir quem se manteve inerte. Seja-nos permitido reiterar, valendo-nos da lição de Baudry-Lacantinerie e Tissier:

> "Sem a prescrição, nada seria estável. Um proprietário não estaria mais seguro de conservar o seu bem: um devedor não teria mais a certeza de não ser obrigado a pagar segunda vez".[3]

---

[3] *Apud* Carpenter, Luiz F., *Da Prescrição*, Editora Nacional de direito, 3ª ed., vol. I, p. 81.

E acrescenta o mesmo Carpenter, reproduzindo lição, ainda mais enfática, também de Baudry-Lacantinerie e Tissier:

> "Sem ela não se teria mais segurança nos negócios, nem estabilidade nos patrimônios particulares, nem paz entre as pessoas, nem ordem no Estado".[4]

A necessidade de resguardar-se essa segurança, de garantir-se a estabilidade é que justifica possam as pretensões se extinguir em virtude do decurso do tempo. Como daí decorre um evidente prejuízo para o titular do direito, necessário que haja dado causa, ou contribuído decisivamente para que essa extinção se opere.

Sublinhe-se, ainda, ter-se atualmente como indiscutível que a prescrição se insere no direito material e não no processual, ao contrário do que já se sustentou anteriormente. Como se acha hoje expresso no Código Civil, extingue-se a pretensão e não simplesmente o processo.

A PRÉVIA AUDIÊNCIA DO TITULAR DA PRETENSÃO

Consoante o disposto no artigo 9º do Código de Processo Civil, "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida", salvo nas hipóteses previstas em seu parágrafo único.

Ainda que se trate de matéria sobre a qual deva haver pronunciamento de ofício, o juiz ensejará prévia manifestação das partes. É o que reza o artigo 10 do mesmo Código. Cuidando-se de prescrição e decadência, essa determinação é reiterada pelo estabelecido no parágrafo único do artigo 487.

Em vista dessas normas, não há como colocar em dúvida que o julgamento, reconhecendo a prescrição, mesmo se efetuado de ofício, deverá ser precedido da audiência das partes. Igualmente induvidoso que esse procedimento há de aplicar-se, também, à prescrição intercorrente. Nenhuma razão existe para distinguir.

Algumas exceções são previstas na lei processual. O próprio artigo 9º já alinha três delas. A essas se há de acrescentar o que decorre do disposto no artigo 332. Formulado o pedido inicial e verificando o juiz

---

[4] Ob. cit., p. 85.

a ocorrência de alguma das hipóteses contempladas nesse artigo, deverá liminarmente afirmar a improcedência. Esse julgamento liminar se efetua sem que o autor seja ouvido.

Não se expõe a dúvida que perfeitamente possível sejam essas exceções contempladas em norma de mesma hierarquia da que determina a prévia audiência das partes. Cumpre reconhecer, entretanto, que se poderia vislumbrar desatenção a dispositivos constitucionais que demandam referência. Não nos parece, entretanto, exista óbice insuperável.

Merece menção o prescrito no artigo 5º, LV da Constituição, onde se determina sejam assegurados aos litigantes "o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". E ainda, o previsto no inciso LIV do mesmo artigo, contemplando como indispensável o devido processo legal para que alguém seja privado da liberdade ou de seus bens.

Registre-se de início a justificativa, deduzida pela autorizada opinião de Marinoni e Arenhart, especificamente em relação ao julgamento liminar de improcedência. Funda-se em que, consoante o § 3º do artigo 332, na hipótese dessa decisão será dado ao juiz, uma vez interposta apelação, retratar-se em cinco dias. Entendem esses autores que o contraditório seria exercido com a apresentação do recurso, que dá margem a retratação.[5]

Na realidade, as dificuldades, resultantes do determinado pelo artigo 5º, LV e LIV da Constituição não são de molde a que se tenham como insuperáveis.

Os citados dispositivos constitucionais asseguram aos litigantes o devido processo legal, com observância do contraditório e ampla defesa. Ao contrário do estatuído nas normas processuais citadas, entretanto, com a natureza de leis ordinárias, não adstringem o magistrado a propiciar o contraditório antes de proferir a decisão. Admissível, em tais casos, se opte pelo contraditório diferido.

Note-se que, até mesmo no pertinente à liberdade, pelo menos uma ressalva há de ser feita. Assim é que não se expõe a dúvida poder a prisão preventiva ser decretada, sem necessidade alguma de ouvir-se o réu, ou

---

[5] Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Thomson Reuters RT, 2016, vol. IV, p. 492.

mesmo o apenas investigado, antes que essa medida seja tomada. Assim não fosse, aliás, essa providência acauteladora frequentemente se tornaria ineficaz.

Há que se ter como certo que, tratando-se ou não de prescrição intercorrente, a audiência das partes faz-se necessária para que possa ser reconhecida, com a consequente extinção da pretensão. Ressalvem-se as hipóteses já mencionadas, constantes dos artigos 9º, parágrafo único e 332, § 1º do CPC.

Especificamente no que concerne à prescrição intercorrente, outra questão tem-se colocado. Como regra geral, essa audiência das partes ensejará a oportunidade de o titular do direito sustentar não se acharem presentes os elementos necessários para que se deva reconhecer ter ocorrido a prescrição. A controvérsia que tem surgido é pertinente a outro ponto.

A questão, muitas vezes suscitada na jurisprudência, vincula-se ao entendimento de que se haverá de intimar a parte, a ser atingida pelo reconhecimento da prescrição, não simplesmente para que lhe seja dado alegar que a prescrição não se verificou.

Sustenta corrente muito ponderável, havendo encontrado forte amparo na jurisprudência, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, dever essa intimação ser efetuada para que a parte, cuja inércia se verificou, diligencie no sentido de dar andamento ao processo. A questão, como adiante será salientado, ficou superada com a edição do vigente Código de Processo Civil.

O certo, entretanto, é que esse entendimento chegou a merecer, ao menos durante algum tempo acolhimento por parte do Superior Tribunal de Justiça. Com a devida vênia, se nos afigura equivocado, pois abstém-se de considerar não só os efeitos da prescrição, mas em que efetivamente consiste esse instituto que, como já frisado, integra-se no direito material.

Não há como propiciar ao credor dar andamento ao processo de maneira a evitar a prescrição. Sua paralisação, por força de inércia do titular da pretensão, acarreta que essa se extinga. É o que explicita o artigo 189 do Código Civil. Achando-se extinta, não há como fazê-la renascer, solução que não encontra amparo em dispositivo algum da lei civil.

Importa distinguir duas hipóteses que de nenhum modo se identificam. Uma coisa é a extinção do processo, que possa decorrer de sua paralisação. Outra, a extinção da pretensão.

PEREMPÇÃO E PRESCRIÇÃO

Essas duas hipóteses legais são perfeitamente distintas, tanto por sua natureza, como pelas consequências que advêm da ocorrência de uma ou de outra.

A prescrição, como já enfatizado, constitui instituto de direito material. Uma vez verificada, extingue-se a pretensão. Não há como fazê-la renascer, após realizados seus pressupostos. Decorrido o prazo previsto em lei e não se achando presente qualquer causa apta a impedir que se tenha como verificada, a pretensão estará extinta.

Mencione-se, a propósito, do Supremo Tribunal Federal, o julgado relativo ao Agravo de Instrumento n. 140.620, de que relator o eminente Ministro Moreira Alves, de cuja ementa se lê:

> "A prescrição é causa extintiva da pretensão e não do direito abstrato de ação. Por isso é instituto de direito material, a ela se aplicando a lei do tempo em que teria ocorrido, e não sendo alcançada, portanto, por preceito constitucional posterior, cuja aplicação imediata implica apenas que esse alcança os efeitos futuros de fatos passados e não os fatos consumados no passado".

Inexiste campo para controvérsia, a propósito da natureza da prescrição, especificamente quanto a tratar-se de instituto de direito material. Para não nos alongarmos desnecessariamente, mencione-se apenas, além da citação de Moreira Alves, a opinião de Pontes de Miranda, que acentua dever o prazo de prescrição constar do Código Civil, por se tratar de direito material. E acrescenta:

> "Tudo isto é bom que esteja em Código Civil, por se tratar de direito material: a pretensão por certo o é; e a prescrição, no sistema de direito do Brasil e da maior parte dos países, também dele faz parte".[6]

O vigente Código Civil, em seu artigo 189, deixou explícito que a prescrição extingue a pretensão. Há quem se insurja contra essa opção legal, tendo-a como equivocada. A lei, entretanto, é clara.

---

[6] *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1974, tomo I, p. 126.

No Código de 1916, não constava disposição análoga. Absteve-se o legislador de oferecer uma definição do que representaria esse instituto, em que consistiria. O primeiro artigo do título em que se ocupou da prescrição, já cuidava, nas disposições gerais, da possibilidade de a ela renunciar, estabelecendo que essa renúncia poderia ser expressa ou tácita. No direito vigente, entretanto, há norma expressa no sentido de que com a prescrição estará extinta a pretensão.

No dizer de Pontes de Miranda, pretensão "é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa".[7] A pretensão nasce com a violação do direito, como explicita o citado artigo 189 do Código Civil em vigor.

Fenômeno diverso é o da perempção. De acordo com a lei processual, o processo poderá ser extinto quando "ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes", bem como se "por não promover os atos e diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias". É o que resulta do estabelecido nos incisos II e III do artigo 485 do Código de Processo Civil, que reproduziu o constante dos mesmos incisos do artigo 267 do Código de 1973.

A perempção, consubstanciada na extinção do processo, é fenômeno que não repercute no direito material. É simplesmente processual. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, mas não é alcançada a pretensão nele deduzida. Se se der causa à extinção por três vezes, é certo, não mais será possível propor outra ação, contra o mesmo réu e com o mesmo objeto. Admissível, entretanto, seja o direito alegado em defesa (CPC/2015, art. 486, § 3º; CPC/1973, art. 268, parágrafo único.)

A extinção do processo por tal fundamento só se verificará após intimação pessoal da parte para suprir a falta (CPC/2015, art. 485, § 1º; CPC/1973, art. 267, § 1º).

Perfeitamente distintos os dois fenômenos, não há como negar que devam merecer tratamentos igualmente distintos. Tratando-se de prescrição, a pretensão estará extinta. A audiência do titular do direito só se fará para que possa eventualmente alegar e demonstrar não se acharem

---

[7] *Tratado de Direito Privado*, Revista dos Tribunais, 4ª ed., tomo V, p. 451.

presentes os requisitos necessários para que se verifique esse fenômeno. Cuidando-se de perempção, será ensejado à parte suprir a falta (CPC/2015, art. 485, § 1º).

Tratando-se de prescrição intercorrente, não haverá diversidade de tratamento. Restando paralisado o processo, em virtude de inércia da parte, pelo prazo previsto no Código Civil para que ocorra a prescrição, essa se terá concretizado e não haverá o que possa ser feito para afastá-la, ao contrário, como visto, do que sucede com a perempção.

A exigência por vezes acolhida na jurisprudência, de que seja oferecida oportunidade, ao titular do direito, de diligenciar no sentido de que o processo tenha andamento, para evitar a prescrição, obviamente só seria aplicável tratando-se da intercorrente. Ninguém cogitaria de proporcionar a abertura dessa oportunidade, quando se tratasse de exaurimento do prazo prescricional, antes da instauração do processo em que se intentasse fosse realizada a pretensão.

EXECUÇÃO SUSPENSA POR AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS

O Código de Processo Civil vigente regula essa hipótese, contemplando-a no artigo 921. Suspende-se a execução, pelo prazo de um ano, nesse interregno não tendo curso o prazo de prescrição. Decorrido esse lapso de tempo e não sendo localizados bens penhoráveis, nem se pronunciando o exequente, volta a correr o prazo de prescrição intercorrente.

Exausto esse prazo, o juiz, após ouvir as partes, em quinze dias, poderá julgar extinto o processo, reconhecendo ter-se verificado a prescrição.

A admitir-se que essa não se configurasse, o processo poderia ficar pendente por décadas, o que não seria razoável, chocando-se com os valores que essa causa extintiva da pretensão se dirige a preservar.

Registre-se que esse dispositivo cuida do processo de execução. Daí não se segue, porém, que apenas nessa hipótese se haja de cogitar de prescrição intercorrente.

O dispositivo consigna que o juiz "poderá" extinguir o processo, reconhecendo a prescrição, uma vez que, ouvidas as partes, resultará

eventualmente demonstrado não se configurar essa causa extintiva da pretensão. A audiência das partes se faz exatamente em virtude dessa possibilidade.

JURISPRUDÊNCIA DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça, durante bastante tempo, inclinou-se no sentido de que, para se reconhecer como verificada a prescrição intercorrente, em virtude de inércia atribuível ao exequente, mister fosse ele intimado para desincumbir-se das providências que se fizessem necessárias para dar andamento ao processo. Tratava-se de entendimento, importante frisar, firmado em vista do CPC de 1973.

Numerosos acórdãos foram proferidos adotando essa orientação. Excepcionava-se a execução fiscal, em virtude de disposição expressa, constante do artigo 40 da Lei 6.830/1980.

Em sentido diverso, entretanto, decidiu a egrégia Terceira Turma, em recurso relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (REsp 1.522.092), cujo julgamento foi realizado em outubro de 2015, valendo assinalar que a decisão foi tomada por unanimidade. Saliente-se haver o relator registrado que a jurisprudência das duas Turmas que se ocupam do Direito Privado orientava-se em sentido contrário, ou seja, tendo como indispensável fosse o exequente intimado para dar andamento ao processo.

Especialmente relevante, entretanto, mencionar acórdão proferido em incidente de assunção de competência, no julgamento do REsp 1.604.412, em que se cuidava de prescrição intercorrente. Destacam-se os tópicos da ementa que mais importam para o tema objeto dessas considerações. Note-se, como se verá a seguir, que o julgado versou sobre as causas submetidas ao regime do CPC de 1973:

> "Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/1973, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação do artigo 201, parágrafo único do Código Civil de 2002.
>
> O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).

> O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura do prazo prescricional, ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual)".

Tratando-se, como se tratava, de incidente de assunção de competência, o acórdão, consoante o artigo 104-A do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, haveria de conter, em destaque, como efetivamente o fez, "a tese jurídica firmada pelo órgão julgador".

Uniformizou-se o tratamento da matéria, não se emprestando distintas soluções, consoante a época em que houvessem sido ajuizadas as execuções, ou seja, se anteriores, ou não, à vigência do CPC/2015.

Esse julgamento é de especial relevo para o tema, considerando-se haver sido proferido, ainda que por maioria de votos, pela Segunda Seção e não por uma das Turmas. A discrepância mais significativa foi a manifestada pelo Ministro Luis Felipe Salomão.

Aquele eminente magistrado distinguiu duas hipóteses, que estariam a merecer tratamentos distintos.

No que concerne às execuções ajuizadas antes da vigência do CPC/2015 e que se encontrem suspensas, sustentou que é necessária, para que tenha curso a prescrição intercorrente, a intimação da parte, visando a que dê andamento ao processo. Mencionou, expressamente, a hipótese de a suspensão dever-se à ausência de bens que pudessem ser penhorados. Não pretendeu, entretanto, a isso restringir a necessidade de intimação, salientando que se cuidava apenas de um exemplo.

Esse entendimento foi sustentado pela necessidade de resguardar-se a segurança jurídica, uma vez que nesse sentido vinha sendo a jurisprudência pacífica do STJ.

Não se haverá de sustentar, a toda evidência, que uma dada orientação jurisprudencial deva manter-se imutável, sabido que até mesmo enunciados de súmulas são algumas vezes cancelados. Não há como negar, entretanto, que as alterações no entendimento dos Tribunais são susceptíveis de causar prejuízos às partes.

Nesse caso específico, o interessado poderia manter-se inerte, na certeza de que não se decretaria a prescrição, sem que antes lhe fosse propiciado imprimir andamento ao processo. Será surpreendido pela guinada jurisprudencial e suportará o prejuízo daí decorrente.

Constituiria verdadeiro atentado à segurança jurídica, permitir que o processo ficasse paralisado por décadas, sem o reconhecimento da prescrição, enquanto não promovida diligência no sentido de facultar ao exequente dar andamento ao feito. Parece melhor ter-se que arcar com os inconvenientes da alteração da jurisprudência. Não se afigura como defensável que um entendimento eventualmente equivocado do Tribunal, haja de manter-se indefinidamente como aplicável.

Cogitando-se de execução ajuizada após a entrada em vigor do CPC/2015, não parece haver espaço para dúvida. A prescrição será decretada, sem que se imponha a prévia intimação do credor para imprimir andamento ao processo. Indispensável ouvir-se a parte, mas não para que lhe seja dado tomar essa providência. Essa audiência far-se-á, como já salientado, tão somente para ensejar-lhe opor-se a que se decrete a prescrição, eventualmente demonstrando que essa não se consumou.

No pertinente ao início do prazo prescricional, outra e relevante questão se coloca, dizendo respeito ao disposto no artigo 1.056 do CPC. Nele se estabelece que o termo inicial do prazo da prescrição intercorrente será a data da vigência do Código.

O acórdão em exame considerou que essa disposição teria incidência apenas quando o processo se encontrasse suspenso na data da entrada em vigor da nova lei. Isso porque não seria admissível a reabertura de prazo que já tinha curso na vigência do CPC/1973.

A Ministra Nancy Andrighi discordou dessa orientação. Sustentou que do dispositivo se haveria de concluir ser aplicável às execuções em curso, ainda que acarretasse a reabertura do prazo prescricional.

Forçoso reconhecer que a redação do dispositivo em comento não foi feliz. Com efeito, nele se consigna que o termo inicial do prazo de prescrição será o nele estatuído "inclusive para as execuções em curso".

Da literalidade dessa norma se haveria de concluir que incidiria também para outras hipóteses e não apenas quando se tratasse de execução

em curso. Assim não fosse, não se justificaria se explicitasse que seria a disposição aplicável **inclusive** para as execuções em curso. Obviamente o uso desse advérbio implica admitir-se que não apenas as execuções em curso seriam alcançadas.

Emprestar-se, entretanto, irrestrita aplicação ao dispositivo conduziria a absurdo. Seriam alcançadas até mesmo execuções ainda não iniciadas. Evidente que não terá sido esse o propósito da lei.

A Ministra Nancy Andrighi considerou que a questionada regra de direito intertemporal se aplicaria às execuções em curso, mesmo que redundasse na reabertura do prazo. Prevaleceu, entretanto, o voto do Relator, no sentido de que o artigo 1.056 incidiria apenas na hipótese de o processo encontrar-se suspenso quando iniciada a vigência do novo Código.

A douta Ministra invocou a opinião de Didier Júnior, quando pondera que a aplicação da norma sobre a prescrição intercorrente, contida no Código em vigor, acarretaria uma "enxurrada de decisões" extinguindo processos com esse fundamento. Para evitar essa consequência, fixou-se o questionado termo inicial do prazo.

Cumpre notar, entretanto, que foi prevista para o vigente Código *vacatio legis* de um ano. Haveria esse prazo para cuidar de emprestar andamento aos processos que se encontrassem paralisados, admitindo-se que, no regime anterior, o prazo prescricional não tivesse curso.

De qualquer sorte, entretanto, não há como negar que o dispositivo em exame determinou um termo *a quo*, sem fazer distinções. A orientação do STJ, porém, foi a tomada no julgamento citado, ainda que por escassa maioria.

Finalizando, mister reconhecer que bem andou o legislador estabelecendo regras mais claras sobre a matéria, evitando sejam as partes surpreendidas por decisões que lhe acarretem sérios e, forçoso reconhecer, injustos danos.

Concorrência Desleal – Parasitismo

Waldemar Zveiter
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

CONCORRÊNCIA DESLEAL – PARASITISMO

Ministro Waldemar Zveiter

A criatividade humana se exerce ora no campo da técnica, ora no campo da estética. Em consequência, a proteção jurídica ao fruto dessa criatividade também se dividiu em duas áreas: a criação estética – objeto do direito de autor; e a invenção técnica – objeto da propriedade industrial. Assim, pode-se conceber que todo trabalho intelectual tutelável, que resulte em obras intelectuais, seja genericamente protegido pela Lei de Direitos Autorais, com exceção das criações que envolvam um desenvolvimento técnico, estas somente tuteláveis pela Lei de Propriedade Industrial.

Seja no campo da técnica, seja no campo da estética, estamos em fase de invenções ou imaginação criadora que, aplicada à vida prática, produz as invenções estéticas. Sob qualquer um desses enfoques (técnico ou estético), constitui a invenção uma concepção, uma ideia de solução original. Essa contraposição entre criações no campo da técnica e no campo da estética possui, entretanto, um denominador comum que reside no fato de que ambas podem ser alvo da concorrência desleal e do aproveitamento parasitário.

Por outro lado, quando se fala em concorrência é preciso delinear o campo da sua licitude. A concorrência no sentido de disputa, porfia, emulação é benéfica e estimulante da inteligência, da prosperidade individual e coletiva, um fator de progresso cultural e econômico. A livre-concorrência, por exemplo, é uma prática autorizada pela Carta

Constitucional de 1988, que, em seu art. 170, IV, a elegeu como princípio norteador da atividade econômica. A livre-iniciativa e o jogo de mercado, a sadia competição e a obtenção do lucro constituem molas propulsoras da economia de um país. Assim, a ideia fundamental à concepção da livre-concorrência é a honestidade na competição, obediência às leis de mercado e às normas jurídicas que a disciplinam.

Já a concorrência nociva que chega a ameaçar a originalidade da criação do inventor não encontra respaldo jurídico. Mais precisamente é desta última que estarei a tratar nesta exposição.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE

Contudo, antes de desenvolver o tema, importa verificar a questão da propriedade, condição necessária para a compreensão do estudo da propriedade industrial.

O ponto de maior destaque é a caracterização da propriedade em seu conceito clássico do Direito Civil, em contraponto com a propriedade industrial.

2.1 CONCEITO DE PROPRIEDADE

Consoante diz *Marcus Elidius M. de Almeida*, o instituto da propriedade pode ter conotações diferentes, em face do enfoque sob qual é analisado.

Pode-se afirmar, tendo por base o Direito Civil, que o direito de propriedade está intimamente ligado ao usar, gozar e dispor de seus bens.

Com amparo, ainda, no Direito Civil, temos como conceito de propriedade "o direito excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios) ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob detenção física de outrem".

Do conceito formulado por Limongi, podemos notar que este faz menção apenas às coisas corpóreas, pondo de lado a questão dos bens incorpóreos, dentre os quais está a propriedade intelectual.

Em razão disso, necessário buscar outra definição, ainda no campo do Direito Civil, quando nos socorremos agora do Código de Napoleão, onde afirma ser a propriedade:

> "O direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos."

Tal fórmula nasceu sob censura, pois segundo os juristas que estudam a definição, essa seria contraditória.

Daí surge a obrigação de levantar as características fundamentais da propriedade para melhor defini-la.

Washington de Barros, afirma serem três os principais atributos da propriedade: Absoluto, Exclusivo e Irrevogável.

Analisando cada um deles temos:

> ABSOLUTO, porque o proprietário pode dispor livremente da coisa. Sujeito apenas das restrições impostas pelo interesse público ou pelo direito de propriedade de outros indivíduos;
>
> EXCLUSIVO, tendo em vista que a mesma coisa não pode pertencer a mais de uma pessoa ao mesmo tempo;
>
> IRREVOGÁVEL, ou seja, não pode ser retirada, perdida a propriedade sobre a coisa, salvo pela vontade do proprietário.

Desta forma conclui-se que o Direito Civil entende que para a existência da propriedade é condição que se preencha os atributos acima mencionados.

Resta agora analisar estes requisitos frente à propriedade industrial.

Primeiro, no que se refere a ser Absoluto, podemos afirmar que a propriedade industrial atende este atributo, uma vez que, após se ter obtido o registro em definitivo junto ao INPI, o detentor deste direito pode usar sua propriedade de forma absoluta.

Segundo, a questão da Exclusividade, também não alcança maiores problemas, tendo em vista que, conforme já falado, o direito industrial confere exclusividade sobre uma atividade inventiva/intelectual do ser humano.

Terceiro, o caráter Irrevogável, este sim parece despertar certa dúvida, uma vez que está ligado ao sentido da perpetuidade do direito, o que, como é do nosso conhecimento, entraria em choque com a propriedade industrial, visto ser ela um direito temporal de exclusividade, no que tange às patentes.

3. A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O tema da propriedade industrial sempre trouxe muita controvérsia sobre a questão da propriedade.

Os estudiosos do tema se posicionaram, uns como adeptos da Teoria da Propriedade e outros favoráveis a outras tantas teorias, como a de Simples Privilégio de Criação Legal, a de um Direito Patrimonial e ainda a de Caráter Pessoal.

Resumidamente examinando-se cada, temos:

Teoria do Privilégio – tem como base à afirmação que o direito de propriedade está condicionado a um privilégio concedido pelo Estado, em troca do trabalho intelectual realizado pelo criador.

A referida teoria traz como objetivo uma troca, uma recompensa pelo labor do criador, não existindo, portanto, nenhum direito ao autor ou inventor.

Segundo Gama Cerqueira, esta teoria nega o direito do autor e do inventor, pois o que se lhes atribui resulta do privilégio, que constitui a origem do direito, em vez de ser consequência dele. Em lugar de reconhecer, pela concessão do privilégio legítimo e não simplesmente um benefício dado pelo soberano.

Teoria do Direito Patrimonial – tem como fundamento a defesa do patrimônio do autor. Surgiu para defender os interesses patrimoniais dos escritores, assegurando para si os proventos advindos da reprodução de sua criação.

Esta teoria é criticada tendo em vista que da criação decorre outros direitos além dos patrimoniais, como, por exemplo, os direitos morais.

Existe ainda a Teoria do Direito Pessoal, onde se afirma que a criação vem a ser a exteriorização da própria personalidade do criador,

sendo que a publicação da obra, sem o seu consentimento, importa em dispor do seu nome, da sua honra, e em violação do exercício de sua liberdade pessoal.

Segundo essa teoria o direito de autor é pessoal e apenas eventualmente e de forma acessória adquire caráter patrimonial.

Feitas às considerações sobre essas teorias, podemos agora examinar a Teoria da Propriedade.

No Brasil, conforme relata Gama Cerqueira, houve, por muitos anos, disputa entre os juristas sobre qual o real enquadramento da propriedade imaterial, sendo certo que as opiniões se dividiram em diversas correntes.

A discussão tomou conta não só dos civilistas, entre eles destacando-se Clóvis Beviláqua, Tobias Barreto, Carlos de Carvalho, Sá Pereira, Lacerda de Almeida, Filadelfo Azevedo, entre outros, mas também de alguns publicistas, como os constitucionalistas Pimenta Bueno, João Barbalho e A. Milton.

O problema enfrentado pelos doutrinadores a respeito da propriedade está ligado diretamente ao conceito desta advindo do direito romano, onde este restringe a propriedade aos bens incorpóreos, conforme já afirmado quando do conceito clássico de propriedade.

Desta forma para se alcançar a Teoria da Propriedade para bens imateriais, deve-se afastar desta premissa sob pena de não se chegar a uma conclusão acertada de propriedade.

Assim o que importa saber, portanto, é se a relação jurídica entre autor e a criação intelectual é idêntica à que existe entre o proprietário e a coisa corpórea que constitui objeto do seu direito; pois é a natureza dessa relação que caracteriza os direitos reais, em geral, e o de propriedade, em particular, constituído, ainda, o critério de distinção entre os direitos reais e os de obrigações.

De acordo com a doutrina dominante, como observa De Ruggiero, é decisiva, para essa distinção, a natureza da relação, o fato de constituir-se diretamente sobre uma coisa ou com uma pessoa: nos direitos reais "temos uma relação imediata da pessoa sobre a coisa, pela qual ao titular é conferido

sobre ela e quanto a todos um poder direto e imediato; nos das obrigações há uma relação imediata da pessoa com uma ou mais pessoas determinadas, relação que, mediatamente, pode referir-se a uma coisa".

O direito real é, portanto, o que afeta a coisa direta e imediatamente, sob todos ou sob certos respeitos, colocando-a em relação imediata com o sujeito do direito, sem dependência de ato ou prestação de determinada pessoa, pressupondo a existência e o exercício do direito real tão-somente o sujeito ativo do direito e a coisa sobre que recai (Lafayette). Ora quem isentamente analise o direito de autor, em seus elementos constitutivos, verifica que essa é, exatamente, a relação jurídica existente entre o autor e a sua criação.

Assim a melhor interpretação hoje a ser feita sobre a questão da propriedade, tratada no art. 524 do Código Civil, é que este faz menção a bens, de forma ampla, não justificando uma interpretação restritiva de que esses bens sejam meramente os corpóreos. Norma essa que é repetida no texto do *caput* do art. 1.128 do Novo Código Civil. Com uma única modificação quando substitui a expressão "Bem" por "Coisa". Penso que o legislador nesse ponto deixou escapar a oportunidade de recepcionar no texto do Novo Código toda a legislação especial que cuida do tema no Livro II do Direito Empresarial Contemporâneo ou explicitá-lo no Título III DA PROPRIEDADE, de modo a defini-lo de forma precisa diminuindo definitivamente a controvérsia doutrinária, antes referida.

4. ASPECTOS TÍPICOS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Em face das ponderações lançadas, podemos afirmar, sem embargo, que os direitos industriais concernem uma propriedade a seus detentores, com fundamento no próprio direito positivo brasileiro, externado no art. 524 do Código Civil, conforme analisado.

Esse direito de propriedade difere dos tributos clássicos da propriedade apenas no que tange à questão temporal da propriedade no caso da patente, onde o legislador confere à invenção um privilégio temporário.

Esta excepcionalidade é temporal diante do direito de propriedade que é permanente e é privilégio diante da igualdade perante a lei.

5. APROVEITAMENTO PARASITÁRIO – CONCORRÊNCIA DESLEAL

Conceito e precedentes no direito comparado

Podemos destacar, genericamente, como um ato de concorrência desleal, o ato de má-fé contrário às boas normas de concorrência. Os autores ingleses e norte-americanos referem-se ao emprego dos meios de perfídia e desonesta rivalidade no campo comercial. G. Mayer, autor alemão, em seu livro *A Concorrência Desleal* a compreende sob a rubrica de uma variedade infinita de fatos que não podem considerar legitimamente derivados do direito de livre-concorrência. (Arquivos do Ministério da Justiça, ano XXXII, n. 133, p. 122, 123).

O art. 10 da Convenção da União de Paris define a concorrência desleal como todo ato de concorrência contrário às práticas honestas em matéria comercial ou industrial.

Por outro lado, a expressão "parasitismo" ou "aproveitamento parasitário" surgiu para reforçar o caráter danoso desta modalidade de concorrência. Parasita, no jargão biológico, é a espécie que não possui ânimo próprio, que vive à custa alheia, tirando proveito do esforço de outrem. A ideia, quando transportada para o campo jurídico, não deixa de exprimir um conteúdo negativo, trazendo, em si, a noção de efeito maléfico, dano ou prejuízo.

As definições, apanhadas ao acaso, sucedem-se em imensa variedade todas elas, no entanto, ressaltam que os termos concorrência desleal ou concorrência parasitária se prestam ambos para qualificar atos concorrenciais desonestos e ilegítimos. Para fins mais didáticos, poderíamos dizer que a concorrência desleal é gênero de que a concorrência parasitária é espécie. Desta forma, diversas são as maneiras de exteriorizar o gênero "concorrência desleal".

6. CONCORRÊNCIA PARASITÁRIA X APROVEITAMENTO PARASITÁRIO

No livro *Direito Empresarial Contemporâneo*, coordenado por Adalberto Simão Filho e Newton de Lucca, autores estabelecem uma sutil

distinção entre a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário, assim doutrinando:

> "Como o próprio nome sugere, este tipo de concorrência tem ligação com uma atividade parasitária daquela que a pratica. Tal qual os demais atos de concorrência desleal, o que se pretende aqui é a clientela, utilizando, porém, os meios mais sutis do que os atos tidos como desleais."

Desta forma, a concorrência parasitária está inserida no campo da concorrência desleal, entretanto, de forma camuflada, tentando, assim como as plantas parasitas, passar desapercebido, porém sem deixar de se aproveitar.

Como bem nos relata o professor Gusmão, a concorrência parasitária "consiste na procura, por um concorrente, de inspiração nas realizações de outro, no tirar partido, indevidamente, dos resultados dos esforços e das inovações do concorrente no plano de tecnológico, artístico ou comercial. Os atos do parasita, tomados isoladamente, não constituiriam atos ilícitos; mas a sua repetição, a sua constância e o claro objetivo de colar-se na direção tomada pelo concorrente, indicam uma situação de concorrência parasitária."

Verifica-se, assim, que a prática de atos parasitários não caracterizam os já estudados atos de concorrência desleal se verificados, de forma isolada, motivo pelo qual deve ser observado como um todo, em sua continuidade, a fim de consagrar qual a intenção do ato praticado.

Para configurar a prática de concorrência parasitária, é necessário que se preencha dois requisitos:

- que exista concorrência;
- que o comportamento do parasita seja continuado, repetitivo.

Caso não esteja presente um dos dois requisitos não há que se falar em concorrência parasitária.

Outra questão que se pode levantar agora, muito embora não seja um ato de concorrência desleal propriamente dito, porém tem ligação próxima com o tema, diz respeito ao aproveitamento parasitário. Muito

embora as expressões sejam muito semelhantes, o mesmo não se pode afirmar de seus conceitos teóricos.

Logo, de pronto, podemos traçar uma diferença fundamental entre os dois conceitos, no primeiro caso (concorrência parasitária) conforme já visto, é necessário a existência de concorrência, enquanto no segundo (aproveitamento parasitário) isso não ocorre, o que significa que poderá existir tal situação independentemente de haver ou não concorrência.

O problema relativo ao aproveitamento parasitário surge com maior gravidade quando se trata da utilização da fama, renome ou prestígio de signos distintivos alheios.

Nessas situações, o que se verifica é um ato contrário ao direito e não à lei propriamente dita, gerando, desta feita, uma verdadeira fraude à lei.

Neste sentido, o Prof. Gusmão (*Direito Empresarial Contemporâneo*, Editora Juarez de Oliveira, p. 130-132) espanca nossas dúvidas ao esclarecer:

> *"Assim, dá-se o abuso de direito quando, pelo exercício irregular do mesmo causa-se dano (intencional, segundo Caio Mário) a terceiro sujeito à reparação. Subsistem, no entanto, os demais efeitos do ato. Na fraude à lei, tem-se como consequência do exercício irregular do direito um desvio da finalidade do ato, a obtenção indireta de fim que a lei não permite seja atingido diretamente.*
>
> *Desta forma, clara está a diferença entre a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário, figuras diferentes que não podem ser confundidas quando do estudo da propriedade industrial."*

CONCLUSÃO

Ao tratar da questão concorrencial, temos que atentar para o fato de que a livre-concorrência, erigida à categoria de princípio constitucional balizador da ordem econômica, não representa, necessariamente, uma

ameaça aos princípios norteadores da ordem jurídica; ou seja, quando se fala em concorrência, há que se distinguir o ato concorrencial praticado no âmbito da livre-iniciativa, daquele praticado ilicitamente, sem o respaldo do ordenamento jurídico. O livre mercado proporciona competitividade, fator relevante na formação dos preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado da economia de escala. De um lado, os agentes econômicos competem, isto é, são rivais, mas, de outro, dentro da concorrência, produzem também comportamentos estimulantes da criatividade humana que repercutem tanto no campo científico, quanto no campo artístico.

Num certo sentido, é impossível haver criação sem o estímulo da competitividade. A questão, no entanto, não é tão simples assim porque a competição desperta o que há de melhor na produção (seja ela científica ou estética); ao mesmo tempo em que provoca o que há de pior nas pessoas.

Quando entramos no terreno da denominada concorrência desleal, começa a ficar evidente a preocupação em manter eficaz a tutela jurídica. A legislação que protege os direitos autorais, a propriedade industrial, que pune penalmente os atos desleais de concorrência tem movimentado, cada vez mais, os operadores do direito, numa batalha incansável para que a competitividade funcione sem lesar direitos; e aí entra o direito econômico, a repressão ao abuso do poder econômico, a atuação do direito coletivo amparado pelo Código de Defesa do Consumidor e as leis antitruste.

A dificuldade, no entanto, é que este controle da concorrência ilegítima parte, muitas vezes, do controle da própria competitividade, interferindo nela e provocando o alijamento da livre-iniciativa. Só que aqui entram problemas de definição de fronteiras complicadíssimos que nos leva a concluir que a criação no mundo contemporâneo tem, então, várias verdades. A dificuldade entre competição e criatividade é apenas uma delas.

A Jurisdição Arbitral e Conflitos de Competência com a Jurisdição Estatal

Cláudio Santos
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A JURISDIÇÃO ARBITRAL E CONFLITOS DE COMPETÊNCIA COM A JURISDIÇÃO ESTATAL

*Ministro Francisco Cláudio de Almeida Santos**

1. UM POUCO DE HISTÓRIA

Nenhum autor nega a existência da arbitragem, mesmo em tempos imemoriais. Charles Jarrosson, em tese de doutorado, dá início a seu trabalho com esta introdução: "L´arbitrage remonterait à la nuit des temps. Certains prétendent qu´il est aussi ancien que l´humanité, ou qu´il a toujours existé. Il s´agirait d´un phénomène plus qu´il international: ´interculturel`"[1].

Autores afirmam que a arbitragem teria surgido na Grécia. Jarrosson transcreve palavras de Aristóteles na Retórica: "l´arbitre vise à l´équité, le juge à la loi" (hoje, não é bem assim, ambos aplicam a lei). O autor português Manuel Pereira Barrocas registra que na Ilíada de Homero há menção a outras formas de solução de controvérsias que lembram a arbitragem e, posteriormente, Platão, Aristóteles, Demóstenes e ainda Plutarco mencionaram a arbitragem como instituição conhecida[2].

---

* Advogado.

[1] *La notion d´arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, p. 1.

[2] "Manual de Arbitragem", Coimbra, Almedina, 2010, p. 51.

O nosso Jacob Dolinger lembra que "a arbitragem se desenvolveu na Judeia, entre os sábios que preparavam o Talmud jerusalemita, em decorrência das restrições impostas pelos Romanos ao funcionamento das cortes rabínicas", razão por que a arbitragem tornou-se uma garantia de acesso à jurisdição privada ante a impossibilidade de acesso à jurisdição estatal[3].

O Mestre Cândido Rangel Dinamarco registra que em Roma: "nos períodos iniciais do sistema romano de tutela aos direitos a oferta de solução para os conflitos não era encargo do *praetor*, um órgão do Estado, mas do *judex*, um cidadão privado chamado a conduzir a instrução da causa e a decidir. Daí a integração desse sistema no conceito de processo privado (Carlo Augusto Cannata), não sendo por acaso que o período das *legis actiones* e o período do processo *per formulas* integram o contexto, universalmente reconhecido, do *ordo judiciorum privatorum*"[4].

De lembrar, ainda, artigo do saudoso colega Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, que, sobre a arbitragem em Roma, legou-nos esta importante apreciação:

> "Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulas*. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio extraordinaria* sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação de lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado *arbiter*, tanto

---

[3] "Direito Intertemporal privado (parte especial): arbitragem comercial internacional", Jacob Dolinger, Carmem Tibúrcio e Suzana Medeiros, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 13.

[4] "A Arbitragem na Teoria Geral do Processo", São Paulo, Malheiros, 2013, p. 35.

> que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício. Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, o poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império. Nesse novo Estado romano, passa a atividade de composição da lide a ser completamente estatal. Suprime-se o *iudex* ou *arbiter*, e as fases *in iure* e *apud iudicem* se enfeixam nas mãos do pretor, como detentor da *auctoritas* concedida pelo Imperador – donde a caracterização da *cognitio* como extraordinária. Foi nesse contexto, como visto, que surgiu a figura do juiz como órgão estatal. E com ela a jurisdição em sua feição clássica, poder-dever de dizer o direito na solução dos litígios".[5]

No período da humanidade conhecido como da invasão dos bárbaros, curiosamente, a arbitragem teve um grande incremento, conforme observação de Carlos Alberto Carmona[6], visto que as populações nativas não aceitavam as soluções de suas contendas pelo direito dos invasores, daí preferirem recorrer a árbitros escolhidos pelos próprios litigantes, que julgavam segundo o direito romano.

Durante a Idade Média, a arbitragem teve grande difusão por toda a Europa, segundo acentua Luiz Olavo Baptista[7], face ao desejo do povo de "escapar às justiças senhoriais, cuja imparcialidade era duvidosa ...", bem assim em razão da vontade das corporações e cidades de se tornarem independentes e o interesse dos comerciantes de resolver suas questões no seio de suas corporações (provavelmente, naquele período, por essa razão, surgiram as primeiras manifestações da *lex mercatoria*), e, mais ainda, para evitar a interferência do clero e do direito canônico que proibia os juros e os considerava prática usurária.

Na França, na Idade Média, a arbitragem era frequente, notadamente, nas feiras, resolvidas no próprio local, e, ao final daquela

---

[5] "A arbitragem no sistema jurídico brasileiro", Revista de Processo, São Paulo, RT, v. 85.

[6] "A arbitragem no processo civil brasileiro", São Paulo, Malheiros, 1993, p. 42.

[7] "A arbitragem comercial e internacional", São Paulo, Lex-Magister, 2011, p. 23.

Era, ganhou força a arbitragem imposta por certos setores aos integrantes daquelas comunidades, independentemente de qualquer controle de autoridade judiciária.

Ao final da Idade Média, em fase de renascimento cultural, a arbitragem foi bastante estudada, sobretudo na Itália, o que ensejou o surgimento, em muitas comunas, da arbitragem voluntária ao lado da obrigatória ou necessária, mas, segundo Baptista, foi na França que surgiu uma regulação específica do instituto, nos séculos XVI e XVII, por meio das codificações, com as Ordenanças de 1.510, 1.535, 1.560 e 1.629.

A partir dessas normas, anota o mesmo autor, "delineou-se a forma moderna da arbitragem, cujo desenvolvimento final se deu nos séculos XIX e XX, por meio das codificações e, depois, também, por Convenções Internacionais"[8].

Diz-se que, após breve período de aparente prestígio da arbitragem durante a Revolução Francesa, o instituto no século XIX foi objeto de tratamento legislativo (Código de Processo Civil francês de 1806 e italiano de 1865), porém, sem maior sucesso, em face da falta de confiança na arbitragem[9].

Em nosso País, não nos faltou legislação sobre a arbitragem ao longo dos anos, desde a proclamação da independência, quando vigentes as Ordenações Filipinas, e, posteriormente, no nosso Código Comercial, este a disciplinar a arbitragem obrigatória nas causas comerciais previstas no art. 294 e de liquidação de herança no art. 348, bem como o Regulamento 737, ambos de 1850, este diploma a disciplinar o procedimento tanto daquela quanto da voluntária. A arbitragem obrigatória, porém, teve curta duração, eis que, em 1866, as normas que dela trataram foram derrogadas pela Lei n. 1.350, quando adveio, no ano seguinte, o Decreto

---

[8] Obra citada, p. 23.

[9] Confira-se a conferência do jurista italiano Giovanni Bonato intitulada "Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro", feita na USP/SP, publicada na Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 11 (2014), pp. 59-92 e as observações de Carlos Alberto Carmona na sua tese de doutorado, "A arbitragem no Código de Processo Civil brasileiro" (USP, 1990, p. 41), que deu origem a seu livro antes citado.

n. 3.900/1867 que veio a regulamentar a cláusula compromissória, mas acarretou a sentença de ineficácia da arbitragem no Brasil durante mais de um século com esta disposição: "Art. 9º. A cláusula de compromisso, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais, não vale senão como promessa..."

É certo que no final do século XIX foi editado o Decreto n. 3.084/1898 que tratava da Justiça Federal, na sua primeira versão no País, e, em 72 artigos, cuidava do juízo arbitral, mas tal iniciativa não frutificou.

A partir da República, a maioria dos Estados da Federação editou seus códigos, alguns, inclusive, a cuidar da arbitragem, mas sempre a depender o laudo (sentença) arbitral de homologação judicial.

Nossas constituições, desde o Império continham dispositivos acerca do assunto, mas, apenas sobre a arbitragem para a solução de pendências entre nações, sendo que a de 1988 admitiu a arbitragem para compor os dissídios coletivos trabalhistas.

O nosso Código Civil de 1916 cuidou da arbitragem no âmbito do direito das obrigações, todavia, desde logo, deixou expresso que a decisão arbitral somente se executaria depois de homologada pela justiça estatal.

A codificação do processo civil brasileiro dispôs sobre o chamado "juízo arbitral", da mesma forma a condicionar o "laudo arbitral" à chancela do Poder Judiciário; o código unitário de 1939, bem assim o Código de Processo Civil de 1973, ambos dispuseram sobre a arbitragem, este diploma até a promulgação da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, a nossa Lei da Arbitragem em vigor com algumas alterações.

Antes da primeira e importante codificação convencional no mundo civilizado, sobre o tema, alguns esforços foram feitos pela então existente Liga das Nações para o desenvolvimento da arbitragem nos negócios internacionais, depois da Primeira Guerra Mundial, dentre os quais a aprovação do "Protocolo sobre Cláusulas Arbitrais de Genebra", de 1923, subscrito pelo Brasil e, posteriormente, internalizado sem aprovação do Legislativo pelo Decreto n. 21.187, de 22 de março de 1932, do Poder Executivo (governo provisório de Vargas); a mesma entidade internacional ainda teve a iniciativa, sem muito sucesso, de obter a aprovação expressiva

do "Protocolo para a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Genebra", de 1927, este não firmado pelo Brasil, dentre alguns outros tratados e convenções e, após a primeira metade do Século XX, graças aos esforços da ONU - Organização das Nações Unidas, a arbitragem prosperou no resto do mundo, mormente após a "Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras", firmada em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958, em vigor internacionalmente desde 07 de junho de 1959, mas que somente veio a ser ratificada pelo Brasil, tardiamente, em 23 de julho de 2002, por meio do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002[10].

Oportuno lembrar, no conjunto de regulamentações que se costuma chamar hoje de *soft law*, da Lei Modelo da Uncitral, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, de 21 de junho de 1985, que a Resolução n. 40/72 da Assembleia Geral da ONU, de 11 de dezembro de 1985, recomendou a todos Estados darem a devida consideração, "tendo em vista a conveniência da uniformidade por ela oferecida aos procedimentos arbitrais e às necessidades específicas da prática internacional da arbitragem comercial". A lei modelo veio a ser alterada, para seu aperfeiçoamento, em julho de 2006 e, hoje, é adotada em 80 países (alguns com reprodução integral do texto da lei modelo) em um total de 111 jurisdições[11], nela inspirando-se o legislador brasileiro, embora a Lei de Arbitragem brasileira não esteja incluída naquele rol de 8 dezenas.

Anteriormente, o Brasil já aderira com muitas ressalvas ao esquecido Código Bustamante (Sexta Conferência Internacional Americana, assinada em Havana), e promulgado entre nós pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929, e às Convenções Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, de Montevidéu, e Interamericana sobre Arbitragem Comercial, firmada no Panamá, ambas também ratificadas, respectivamente, pelos Decretos n. 2.411, de 02 de dezembro de 1997 e 1.902, de 09 de maio de 1996.

---

[10] Convenção, inicialmente, assinada por 24 países e hoje adotada por 159 partes (consulta feita no sítio da UNCITRAL, em 01/12/2018).

[11] Informação colhida no sítio da UNCITRAL em 21/11/2018: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

Com o advento da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996, atualizada pela Lei n. 13.129/2015), em especial, após o reconhecimento de sua constitucionalidade, adiante comentada, consagrou-se a utilização da arbitragem entre nós nos contratos empresariais, inclusive, de empreitada com o Estado[12], e o Código Civil de 2002, apesar de ainda fazer distinção entre o compromisso (nome do contrato) e a cláusula compromissória (arts. 851 e 853), prestou um esclarecimento a respeito da noção de "direitos disponíveis" objeto de solução por arbitragem, a vedar o compromisso (*rectius*: "convenção arbitral") para a solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial (Art. 852), sendo absolutamente desnecessário o advérbio.

Além do mais, tem-se que mencionar o Código de Processo Civil de 2015, vigente, que, além de estimular a adoção de outros meios de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo (art. 3º, § 3º), dispôs que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte (art. 13), não deu exclusividade aos juízes para o exercício da jurisdição civil (art. 16)[13], dispôs que as causas cíveis serão processadas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir "juízo arbitral", na forma da lei (art. 42)[14], disciplinou, nas disposições gerais pertinentes aos atos processuais, a "carta

---

[12] Segundo informação do advogado e engenheiro Gilberto Vaz, especialista em arbitragem, as duas primeiras sentenças arbitrais, tendo como parte uma autarquia do Estado de São Paulo e consórcios de empreiteiros, foram firmadas, no Brasil, em 2011, nas Arbs. CCI n. 15.086 e 15.087, por Tribunal Arbitral do qual fez parte o autor deste artigo, o Professor e Advogado Tércio Sampaio Ferraz e a Professora e parecerista Maria Sylvia Zanela de Prieto.

[13] A respeito, leia-se este comentário de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Neri: "**6. Jurisdição e árbitro**. Instituído o juízo arbitral por convenção de arbitragem celebrado entre as partes, nele o árbitro é juiz de fato e de direito (LArb 18), decide a lide substituindo a vontade das partes, e sua sentença não fica sujeita a recurso nem precisa ser homologada pelo Poder Judiciário, tem força de coisa julgada material e constitui título executivo judicial (LArb 31 e CPC 515 VII)", *in* Código de Processo Civil Comentado, 17ª. edição, São Paulo, RT, p. 294).

[14] Dos mesmos autores e obra antes citados leia-se também este comentário: "**12. Juízo arbitral**. A função do árbitro é jurisdicional, porque aplica o direito ao caso concreto, podendo, inclusive, decidir por equidade, sendo vedado ao Poder Judiciário ingressar no mérito da decisão do árbitro." (p. 371)

arbitral", instrumento de comunicação entre o juiz e o árbitro, para que aquele determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de "cooperação judiciária" formulado por "juízo arbitral", inclusive os que importarem efetivação de tutela provisória (art. 237, IV)[15] e, por último, proporcionou, um grande reforço à compreensão e extensão do efeito negativo do princípio "competência-competência", em seu art. 485, inciso VII[16], bem assim admitiu o cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre rejeição de alegação de convenção de arbitragem (Art. 1.015, III).

2. A JURISDIÇÃO ARBITRAL

Uma das questões básicas mais discutidas em tema de arbitragem diz respeito à sua natureza jurisdicional. Discutida porque, não obstante a opinião da esmagadora maioria na doutrina, ainda existem alguns autores que defendem a jurisdição como oriunda da soberania do Estado e como fenômeno reservado à justiça estatal, mercê de seu "poder de império", bem assim, entre nós, em face da aparente exclusividade do Poder Judiciário para dizer o direito e apresentar soluções aos litígios que lhes são submetidos. Daí estas considerações preliminares para deixar patente, em consonância com a melhor doutrina, a posição de vanguarda do Superior Tribunal de Justiça a admitir, nos limites precisos da lei, mercê dos matizes jurisdicionais da legislação arbitral (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1998, com as alterações da Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015 e disposições esparsas

---

[15] Tal disposição nasceu da necessidade de estabelecer-se em nosso País um meio de comunicação eficaz entre os árbitros e os juízes, posto que os auxiliares dos magistrados tinham dificuldade para classificar e registrar a natureza das provocações dos árbitros perante o Poder Judiciário, feita por quem não era parte em nenhum processo, nem advogado e, talvez, inspirada no direito processual francês, que, em 2011, reformou o direito de arbitragem e criou "le juge d´appui", através do Decreto n. 2.011-48, 13.01.2011, como medida de apoio efetivo à arbitragem pelo Judiciário para o seu pleno desenvolvimento na França.

[16] Do casal Nery, colhe-se, ainda, este acertado comentário: "**18. Convenção de arbitragem e reconhecimento da competência do juízo arbitral**. Havendo convenção de arbitragem (LArb 3º ss.), as partes renunciam à jurisdição estatal, preferindo nomear árbitro ou tribunal arbitral que resolva a lide eventualmente existente entre elas. Neste caso, a denúncia da existência da convenção acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito. A par disso, havendo notícia de que o tribunal arbitral fixou sua própria competência, o processo judicial também deve ser extinto sem resolução do mérito". (ob. cit., p. 1.277).

em outras leis), a dualidade de jurisdições, ou seja, a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral.

Relembra-se, nesta oportunidade, antes do exame da natureza da arbitragem que a lei básica sobre a arbitragem foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal[17], há 17 (dezessete) anos, como amplamente divulgado na literatura sobre o tema.

---

[17] SE n. 5.206, AgR, Tribunal Pleno, j. em 12.12.2001, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, com a seguinte ementa: "1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de 'guarda da Constituição' - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (*v.g.* MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31)."

Constitucional, portanto, no Brasil - como de resto as legislações de todo mundo contemporâneo -, é a Lei de Arbitragem em toda sua extensão, mas o estudo da natureza jurídica da arbitragem ainda comporta reflexões. Esta é outra questão a ser elucidada pelos estudiosos e mestres do direito.

Várias são as teses sobre a natureza jurídica da arbitragem. Autores mais antigos, estrangeiros ou brasileiros, concebiam que a natureza jurídica da arbitragem seria contratual, jurisdicional ou mista, a maioria a optar, sem muito esforço, pela última classificação, tendo em vista que o procedimento tem origem em um acordo de vontades e que objetiva dar fim a um litígio.

Algumas variantes surgiram na atualidade, verificando-se novos conceitos sobre o tema. Assim, a advogada gaúcha Raquel Stein, em monografia sobre "Arbitrabilidade no direito societário", onde discorre em preciosa introdução sobre os fundamentos teóricos da arbitragem, menciona que a doutrina está dividida em cinco correntes, quais sejam: a contratualista, a jurisdicionalista, a mista, a parajurisdicionalista e a autônoma.[18]

Sobre todas as teorias a autora faz algumas considerações, recordando que a doutrina francesa já teve alguns defensores da doutrina contratualista; que a corrente jurisdicionalista, sem negar a importância da cláusula arbitral, encontra na jurisdição arbitral os mesmos elementos apresentados pela jurisdição estatal: a *notio*, a *vocatio*, a *coertio*, o *iudicium* e o *executio*; a corrente mista, que, a fundir as duas anteriores, tem seus alicerces na sua origem e na forma de solução das diferenças; que a corrente parajurisdicional se assenta em uma equivalência entre as atividades do Judiciário e arbitral; e, finalmente, a vertente da autonomia da arbitragem, que é hoje, especialmente na arbitragem internacional, fortemente apoiada por alguns autores.

Em recente e alentada obra jurídica lançada no País, intitulada "Teoria Geral da Arbitragem"[19], os seus autores José Antonio Fichtner,

---

[18] "Arbitrabilidade no direito societário", Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 50.

[19] Rio de Janeiro, Gen Forense, 2019, pp. 34/42.

Sergio Nelson Mannheimer e André Luis Monteiro reduzem estas correntes a quatro, excluindo a "parajurisdicional", na verdade, superada, com vastos comentários sobre a doutrina brasileira e estrangeira em língua inglesa.

Transcrevem, outrossim, lição de um expoente da doutrina francesa fiel à natureza jurisdicional da arbitragem, Bruno Oppetit, aqui reproduzida no original:

> "L´arbitrage n´est plus réductible à un pur phénomène contractuel, ainsi que le proclamaient les philippiques enflammées de Merlin : sa nature juridictionnelle n´est plus contestée, même si son origine reste contractuelle; l´artitrage est investi de la jurisdictio dans toute sa plenitude, avez la souplesse qu´autorise le cadre dans lequel ele s´exerce ; ce cadre processuel lui-même ressemble de plus em plus à celui des tribunaux ètatiques, selon un processus habituel à toute institution , dès l´instant où l´arbitrage entend apporter au plaideur les garanties inhèrentes à toute justice, il retrouve de lui-même, par un cheminement naturel (et pas seulement dans l´arbitrage institucionnel), quoique sous des formes adaptées à ses propres exigences, les impèratifs d´organization et de fonctionnement qui s´imposent à toute juridiction, quelle qu´elle soit."[20]

Por oportuno, cite-se que, no início do capítulo em que Charles Jarrosson, na sua já lembrada tese, discorre sobre a missão jurisdicional do árbitro, em um único período transcreve as opiniões de importantes fontes doutrinárias, aqui identificadas: "L´arbitre, juge privé, est investi d´une mission juridictionnelle, d´origine contractuelle" (JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI), "la mission de l´arbitre est exactement la même que celle du juge" (HENRY MOTULSKI), "l´arbitre est un juge, comme une juridiction de l´Etat" (GERARD CORNU). E o próprio autor assim conclui: "Que la mission juridictionnelle de l´arbitre tire son origine de la volonté immédiate des parties e de celle, plus lointaine, de la loi, n´y change rien: arbitre dit le droit, il a la jurisctio." (Ob. cit., p. 101).

---

[20] *Théorie de l´arbitrage,* Paris, Presse Universitaire de France, 1998, p. 28.

Sobre a teoria autonomista, Fichtner, Mannheimer e Monteiro recorrem ao comentário de Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, em seu "Direito Internacional Privado Arbitragem Comercial Internacional", para os quais a teoria também chamada "autônoma" "defende a ideia de que a arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base nas suas próprias regras, sem qualquer ligação com um sistema jurídico nacional", motivo pelo qual essa teoria somente se aplica ao reconhecimento de uma desnacionalização da arbitragem, que pode ser caracterizada como "transnacional"[21].

Pronunciam-se os autores, com segurança, pela natureza jurisdicional da arbitragem, entendimento que é majoritário no Brasil, como se passa a demonstrar.

Nos dias atuais, a realidade no tocante à aplicação da Lei de Arbitragem vigente entre nós, revela sua plena aceitação pelos operadores do direito e acolhida uniforme pelos tribunais do País, inclusive dos tribunais superiores, o que espelha a convicção de que a arbitragem tem natureza jurisdicional, porquanto é uma atividade inerte, substitutiva da composição de controvérsias, acolhe integralmente o devido processo legal em seu procedimento, com destaque ao contraditório, o árbitro é imparcial e dotado de poderes decisórios, sendo sua sentença equivalente à sentença judicial, apta a fazer coisa julgada.

Em artigo publicado em coletânea sobre a já citada Lei n. 13.129, de 2015, que alterou algumas disposições da lei básica sobre a arbitragem, o Professor e advogado Arruda Alvim assegura que a "função jurisdicional é de índole substitutiva, destinada a solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-Juiz, sob a forma e na medida da lide", daí, "em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre, em regra, é a substituição de uma atividade/vontade privada por uma atividade pública, que é a ´vontade da lei` a imperar"[22] e declina:

---

[21] Ob. cit., p. 44.

[22] "Sobre a Natureza Jurisdicional da arbitragem", *in* "Arbitragem Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 2-5-2015", São Paulo, Saraiva, 2016, pp. 133/144.

> "Observe-se, todavia, para que tal substituição ocorra com eficácia imutável, como dissemos, necessário se faz que uma qualidade seja agregada a essa atividade substitutiva, ou seja, mais precisamente, que se some à autoridade da solução a qualidade de imutabilidade da própria sentença, na sua parte decisória. O que caracteriza, na quase totalidade dos casos, verdadeiramente essa função da sentença – enquanto síntese da atividade jurisdicional, e, tendo em vista a parte dispositiva da sentença – é a autoridade da coisa julgada".

Observa, ainda, o douto jurista que são características da jurisdição, a *terzietà* do juiz, posição que o árbitro também ocupa com imparcialidade (presunção reconhecida pelas partes que o aceitam), como se sabe; o poder que tem para aplicar a lei ao caso concreto com o efeito de coisa julgada; o desenvolvimento do procedimento em contraditório (além do devido processo legal em todas as fases do procedimento); e a necessidade de provocação (inércia jurisdicional).

Em considerações finais, averba, quanto à arbitragem, que se cuida "de espécie de jurisdição diversa daquela exercida pelos órgãos judiciais", daí "falar-se em jurisdição privada", para assim concluir sua lição:

> "A disciplina da arbitragem sofre algumas limitações comparativamente à do processo judicial, em especial quanto à largueza da substitutividade. Apesar de ter função adjudicatória, o árbitro limita-se a estabelecer as providências coercitivas (*v.g.* multa diária, busca e apreensão, comparecimento de testemunhas sob pena de condução coercitiva etc.) ao cumprimento de suas decisões. A realização prática (ou seja: a execução forçada) de tais providências em casos de descumprimento da demanda, invariavelmente, a atuação judicial".

Outro autor de tomo, Cândido Rangel Dinamarco, deixa à margem lições dos clássicos processualistas italianos de alguns anos atrás, para assim se manifestar em clara adesão à arbitragem:

> "Quem se ativesse a velhos conceitos vigentes até a primeira metade do século XX, animando-se, ainda hoje a exaltar a instrumentalidade da jurisdição e de seu exercício ao direito material e proclamando

> que ela existe e é exercida com o exclusivo escopo de dar efetividade aos preceitos que este contém, sentiria muita resistência à inserção do processo arbitral nos quadros da jurisdição – porque o árbitro não tem todo aquele compromisso com a lei, que tem o juiz, mas acima de tudo com as realidades de cada caso e com a justiça das soluções que dele se esperam. Isso era muito próprio ao clima cultural dominante até meados do último século, quando não tinha o estudioso como fugir ao dilema posto pelas posições de Chiovenda, segundo o qual o escopo do processo e da jurisdição consistiria na atuação da vontade da lei; ou de Carnelutti, defensor da tese da justa composição da lide como escopo do processo e da jurisdição. Essas duas teorias colocavam os institutos processuais como fâmulos do direito material, sem qualquer comprometimento institucional com a pacificação social ou com a eliminação de conflitos entre dois ou mais sujeitos, como hoje se entende. Nessa óptica, o que valia como ponto de referência era o cumprimento dos preceitos de direito material, particularmente aqueles contidos no ordenamento jurídico-positivo do País".[23]

A continuar sua autorizada lição, enaltecendo o discípulo cuja tese de doutorado, publicada, ele prefaciou, revela:

> "Mas há várias décadas no Brasil vem o pioneiro Carlos Alberto Carmona sustentando a natureza jurisdicional da arbitragem, a partir do argumento de que o direito vigente atribui à sentença arbitral os mesmos efeitos da que é produzida pelos órgãos do Poder Judiciário (LA, art. 31), não sendo sujeita a homologação por esses juízes (art. 18) – e acrescenta-se ainda que o Código de Processo Civil confere a essa sentença, quando condenatória, a condição de título executivo judicial e não extrajudicial (art. 475-N, inc. IV). "O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem.
>
> .....

[23] "A arbitragem na Teoria Geral do Processo", São Paulo, Malheiros. 2013, pp. 37/38.

> Indo além do que diz o próprio Carmona, hoje é imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro. Talvez seja até lícito inverter os polos do raciocínio proposto por Carmona, para dizer que a equiparação dos efeitos do laudo ou da sentença arbitral e a definição daquele como título executivo judicial sejam um imperativo ou um reflexo da natureza jurisdicional da arbitragem e não um fator dessa jurisdicionalidade. Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce, não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos."[24]

A já mencionada autora Raquel Stein recorda escorreita lição de um dos mais brilhantes processualistas brasileiros, que, como Sálvio, também enriqueceu o quadro de Ministros do STJ, Athos Gusmão Carneiro, de quem a autora transcreve o trecho ora reproduzido:

> "[...] o atual sistema da arbitragem brasileira, por natureza e por definição tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da Lei n. 9.307/1996, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes".[25]

E para concluir este capítulo, nada melhor do que a palavra de Carlos Alberto Carmona, um dos primeiros comentadores da Lei de Arbitragem, a respeito do tema aqui focado:

> "O art. 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença

---

[24] Ob. cit., pp. 38/39.

[25] Ob. cit., p. 58.

> condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da **jurisdicionalidade da arbitragem**, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal ideia tacanha de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde: ´[A] experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes`."[26]

3. OS "CONFLITOS DE COMPETÊNCIA" ENTRE A JURISDIÇÃO ARBITRAL E A JURISDIÇÃO ESTATAL

Os tribunais de apelação brasileiros, em seu duplo grau, através da criação de Varas e Turmas especializadas em direito empresarial e arbitragem, têm contribuído no sentido de valorizar a arbitragem e criar uma jurisprudência favorável à jurisdição arbitral, limitando sua intervenção no procedimento arbitral, principalmente, à constituição do Tribunal Arbitral, quando alguma dificuldade surge no âmbito da jurisdição privada, bem assim, no resguardo do princípio da competência para a deliberação sobre sua própria competência (*kompetenz-kompetenz*) ou **jurisdição**, como preferimos denominar, no apoio para a realização de provas ou no cumprimento de tutelas de urgência decretadas pelos árbitros, quando necessário, no absoluto respeito à coisa julgada arbitral e à plena execução da sentença arbitral condenatória, no resguardo à ordem pública e na eventual declaração de invalidade da sentença arbitral, nas hipóteses previstas na lei de regência.

---

[26] "ARBITRAGEM E PROCESSO Um comentário à Lei n. 9.307/96", 3ª. ed., Atlas, São Paulo, p. 26.

Infelizmente, surgem algumas decisões que, por intervenções fora de hora, ou antecipadamente, criam embaraços ao desenvolvimento regular da arbitragem, porém, tudo tem seu tempo e a Lei de Arbitragem, tanto quanto o Código de Processo Civil em vigor, dispõem acerca da intervenção limitada do Poder Judiciário. Assim, salvo a hipótese remota de uma convenção arbitral firmada por pessoa absolutamente incapaz (CC, art. 3º), a intervenção do juízo estatal poderá dar-se, apenas, antes de instituído o procedimento privado para a concessão de medida cautelar ou de urgência (art. 22-A da Lei de Arbitragem), sujeita à apreciação posterior do árbitro; por provocação da parte nos termos do art. 7º da Lei de Arbitragem, caso haja resistência da outra parte à instituição da arbitragem; para a prática de ato solicitado pelo árbitro através de carta arbitral (art. 22-C da mesma lei); e para apreciar pedido de nulidade de sentença arbitral (art. 32 da lei aplicável).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como tribunal defensor da autoridade do direito federal e guardião da uniformidade de sua intepretação, por sua vez, não tem admitido nenhuma forma de obstrução da justiça comum estatal ao desenvolvimento dos procedimentos arbitrais em território brasileiro, sendo milhares as decisões proferidas por esse Tribunal de Superposição, sejam de sua Corte Especial, em especial no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, sejam acórdãos de órgãos ou decisões monocráticas, sobre muitos temas submetidos à jurisdição arbitral e até mesmo, embora não nos pareça cabíveis, sobre eventuais "conflitos de competência", para as correções de eventuais equívocos em decisões da justiça comum em afronta ao direito federal relativo à arbitragem.

Não se tem nenhuma dúvida acerca da correção, no mérito, das colocações da Corte Brasileira de Superposição ao apreciar decisões da jurisdição do Estado, reveladoras de um entendimento altamente favorável à jurisdição arbitral, que, se fosse adotado, integralmente e observada a lei, da mesma forma, pela Justiça do primeiro grau e dos Tribunais de Justiça, faria desaparecer totalmente dos arquivos eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça um bom número de causas e, pelo menos, qualquer incidente processual sobre os chamados "conflitos de competência".

Aliás, tais conflitos inexistem com essa particularidade (jurisdição arbitral *versus* jurisdição estatal) nos demais países do mundo onde é conhecida a arbitragem. Consultando-se os sítios eletrônicos da Corte de Cassação Francesa e do Supremo Tribunal de Justiça (o STJ de Portugal) é fácil constatar que os "tribunais de conflito", lá existentes como meras turmas julgadoras, especializadas, costumam apreciar apenas conflitos entre a "jurisdição administrativa" integrante dos poderes judiciários daqueles países e a "jurisdição comum"; com efeito, o que lá se encontra são decisões sobre conflitos em matérias de dúvidas, *rationae materiae* ou *ratione loci*, tocante às competências de tais jurisdições. Nada mais.

Entre nós, surgiram, todavia, muitos conflitos, principalmente, em torno da admissibilidade do juízo arbitral frente à instauração de procedimentos na jurisdição estatal, o que provocou ampla discussão quer quanto ao cabimento do incidente processual de conflito de competência, quer a reconhecer a natureza jurisdicional da arbitragem, quer a propósito da higidez das normas a atribuir à jurisdição privada a competência para compor, com exclusividade, as alegadas divergências em observância ao princípio internacionalmente denominado "*kompetenz-kompetenz*", e até sobre a condição como direito disponível da matéria em torno da qual versa o litígio.

Um primeiro debate surgiu, curiosamente, entre duas câmaras de arbitragem (em geral, associações privadas, que não exercem a jurisdição, pois, a jurisdição é do árbitro ou do Tribunal Arbitral[27]), instaladas em São Paulo para conhecer de um conflito entre partes diante de cláusula de arbitragem com indicação equivocada do nome da câmara que deveria administrar o litígio. Tal aconteceu no CC n. 113.260, julgado em

---

[27] A respeito dessa observação, leia-se a ementa de acórdão da Terceira Turma do STJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, de 26.09.2017: "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCEDIMENTO ARBITRAL. POLO PASSIVO. ÓRGÃO ARBITRAL INSTITUCIONAL. CÂMARA ARBITRAL. NATUREZA ESSENCIALMENTE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA. 1. A instituição arbitral, por ser simples administradora do procedimento arbitral, não possui interesse processual nem legitimidade para integrar o polo passivo da ação que busca a sua anulação. 2. Recurso especial provido".

setembro de 2010, não conhecido o conflito por maioria, conforme esta ementa do Ministro João Otávio de Noronha:

> "PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. CÂMARAS DE ARBITRAGEM. COMPROMISSO ARBITRAL. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. INCIDENTE A SER DIRIMIDO NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. INCOMPETÊNCIA DO STJ. ART. 105, III, ALÍNEA ´D`, DA CF. CONFLITO NÃO CONHECIDO.
>
> 1. Em se tratando da interpretação de cláusula de compromisso arbitral constante de contrato de compra e venda, o conflito de competência supostamente ocorrido entre câmaras de arbitragem deve ser dirimido no Juízo de primeiro grau, por envolver incidente que não se insere na competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os pressupostos e alcance do art. 105, I, alínea ´d `, da Constituição Federal.
>
> 2. Conflito de competência não conhecido."[28]

O que há de realce neste acórdão é um bem lançado voto, ainda que vencido, da Douta Ministra Nancy Andrighi, que, a reportar-se à doutrina nacional e estrangeira, demonstrou cabalmente a natureza jurisdicional da arbitragem. Em seu voto, a Eminente Ministra fez uma referência a uma decisão liminar unipessoal do Ministro Aldir Passarinho em outro conflito de competência (CC n. 111.230, j. em maio de 2013), este, entre o Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Brasil Canadá CCBC e o Juízo de Direito da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, que veio a ser conhecido e declarada a competência do Tribunal Arbitral pela apertada votação de 5 x 4, na Segunda Seção do STJ. O acórdão respectivo

---

[28] Este acórdão foi comentado pelo autor deste trabalho, na "Revista Brasileira de Arbitragem n. 29", CBAr, Síntese/IOB, jul./out. de 2003, pp. 133/152, a opinar por sua correção e mereceu um breve, porém, esclarecido comentário da conhecida arbitralista Selma Lemes, na imprensa leiga, no sentido de que uma sentença arbitral que viesse a ser proferida pelos árbitros, no âmbito de uma das câmaras, seria válida, na outra, não. O conflito de competência de fato não poderia existir entre entidades privadas que não são dotadas de jurisdição – o atributo é dos árbitros – e que não são órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário (v. nota anterior).

da relatoria da Ministra Andrighi que veio a ser sucessora do Ministro Passarinho nessa posição contém a seguinte ementa:

> "PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL.
>
> 1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.
>
> 2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta.
>
> 3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei n. 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes.
>
> 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral."

Este acórdão mereceu os mais efusivos aplausos da comunidade que difundiu a arbitragem no Brasil, em especial, do Professor Arnold Wald, por considerar que, um entendimento contrário, ameaçaria a eficiência da arbitragem como meio de solução de disputas[29].

---

[29] "Revista de Arbitragem e Mediação", 40, janeiro-março de 2014, São Paulo, IASP e RT, pp. 353/383.

E a partir daquela decisão, teve-se como consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de apreciação desses conflitos (CC n. 129.310, CC n. 139.519, CC n. 150.830, CC n. 153.498, CC n. 157.099), apesar da oposição minoritária de alguns votos bem fundamentados, como da Ministra Maria Isabel Gallotti, cujos pronunciamentos merecem ser lidos, em especial, aquele proferido no CC n. 153.498.

A doutrina que já se manifestou pela impossibilidade de conhecimento de tais conflitos pelos motivos adiante expostos, aparentemente, é escassa, até porque a grande maioria dos que se dedicam ao estudo da jurisdição arbitral considera favorável o entendimento majoritário da Corte Superior, por um lado, e, por outro, contribui para o aceleramento do procedimento arbitral, sempre a se manifestar pela "competência" (jurisdição) do juízo arbitral, embora estas razões não revelem conteúdo jurídico.

Porém, não se conhece, ainda, sobre a questão, a posição do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário, por manifesta afronta ao art. 105, I, *d*, da Constituição da República, com repercussão geral facilmente demonstrável, e um julgamento da Corte Constitucional pode entender que a interpretação estrita da disposição citada não comporta a extensão da competência constitucional a si conferida pelo STJ, contrária à Lei Fundamental.

Dentre as opiniões dissidentes, quanto à posição do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se a da advogada Ana Clara Viola Ladeira, que, em trabalho sobre o assunto, inicia seu estudo a discorrer sobre os conceitos de jurisdição e competência, com o esclarecimento de que "dividem-se funções entre os diversos órgãos da jurisdição, conferindo-lhes diferentes competências. A jurisdição, indivisível, é repartida em parcelas distintas, dentro de certos limites, chamados de competência", daí concluindo:

> "Um juiz ou árbitro investido da função jurisdicional não exerce a jurisdição por inteiro, mas parcela desta, dentro dos limites que a lei (e, no caso do árbitro, também a vontade das partes) estabelece. Portanto, a competência é o âmbito dentro do qual o julgador pode exercer jurisdição, a limitação do exercício pelo julgador da atividade jurisdicional, ou ainda, a medida da jurisdição.

> Por sua vez, o árbitro só possui jurisdição quando tiver competência para julgar o caso concreto o que lhe é atribuído com a sua nomeação para nele atuar, nos limites da convenção da arbitragem e da demanda proposta. Assim, não há propriamente uma diferenciação entre jurisdição e competência no âmbito da arbitragem."[30]

Os advogados Gustavo Fávero Vaughn e Matheus Soubhia Sanches, em artigo intitulado "Breves palavras sobre o conflito de competência entre juízes arbitral e judicial" (divulgado em "Migalhas de Peso" no dia 25.10.2017), embora concluam pela possibilidade de os conflitos serem conhecidos pelo STJ, citam opinião de peso da doutrina estrangeira, a lembrar que Manuel Pereira Barrocas, após declarar que o Tribunal Arbitral é um "órgão efêmero" e o árbitro não tem um "estatuto profissional", assevera:

> "Por isso, não podemos falar em conflitos de jurisdição entre o tribunal arbitral e o tribunal judicial".[31]

Muito recentemente, o advogado André Luís Monteiro em artigo publicado em revista especializada fez uma alentada análise do acórdão proferido no CC n. 139.519 (STJ, 1ª Turma, com voto preliminar vencido da Ministra Assusete Magalhães, pelo não conhecimento do incidente), a ter por objeto importante questão entre a Petrobrás e Agência Nacional do Petróleo – ANP, onde, além de apreciações lúcidas e corretas sobre os votos proferidos no julgamento, apresentou substanciosa exposição sobre o princípio chamado "competência-competência" (ou *jurisdictional-competence*), discorreu a respeito da influência, sobre a questão, decorrente de novas normas postas no Código de Processo Civil, e assim concluiu, de forma elegante e elogiosa ao STJ (o que ratificamos), seu bem fundamentado trabalho jurídico:

> "O caso Petrobrás v. ANP mostra mais uma que o Superior Tribunal de Justiça possui uma jurisprudência bastante favorável, na prática,

---

[30] "Conflito de Competência em Matéria de Arbitragem", *in* Revista Brasileira de Arbitragem, n. 41, CBAr, Síntese/Síntese, jan./mar., 2014, pp. 42/67.

[31] Leia-se a opinião do autor português Manuel Pereira Barrocos, em sua obra "Manual de Arbitragem", Coimbra, Almedina, 2010, pp. 264/265.

> à arbitragem. Não obstante, é preciso ressaltar a omissão do Tribunal em examinar as repercussões da incidência do inciso VII do art. 485 do Código de Processo Civil na arbitragem. Trata-se de dispositivo muito relevante porque, segundo meu ponto de vista, inaugurou no Brasil uma versão quase-francesa do princípio da competência-competência, consoante tive oportunidade de sustentar em minha tese de doutorado. Além disso, algumas complexas questões técnicas merecem maior reflexão nas próximas oportunidades".[32]

Por último, lembramos as opiniões autorizadas de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Neri, em seus doutos comentários ao Código de Processo Civil vigente. De início, depois de reiterar a compreensão dominante na doutrina estrangeira e brasileira acerca da competência (*rectius*: jurisdição, como observa com absoluta exatidão André Luís Montero) arbitral, afirmam:

> "**Juízo estatal e árbitro**. **Controle judicial da atividade arbitral**. A jurisdição arbitral não está sujeita à jurisdição estatal, salvo quanto ao controle de sua sentença, nos termos da LArb 32 e 33. Suas decisões têm eficácia plena e imediata e não necessitam de controle prévio nem de homologação do Poder Judiciário para que sejam válidas ou eficazes. Daí por que o Tribunal Arbitral não está sujeito a controle prévio do Poder Judiciário, mas somente a controle posterior, a ser realizado apenas quanto à sentença arbitral. Caso padeça de algum dos vícios da LArb 32, a sentença arbitral pode ser anulada pelo Poder Judiciário. A ação anulatória de sentença arbitral (LArb 32 e 33) é assemelhada à ação rescisória do processo sujeito à jurisdição estatal (CPC 966), contém o *iudicium rescindens* (juízo rescindendo – cassação), mas não possui *iudicium rescissorium* (juízo rescisório – redecisão da lide)"[33].

Em nota seguinte, de forma categórica, lecionam:

---

[32] "Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobrás v. ANP: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque", in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 57 abr.-jun./2018, São Paulo, RT, pp. 57/98.

[33] Ob. cit., pp. 440/441.

> "**Juízo estatal e árbitro**. **Inexistência de conflito de competência**. ..... Ao STJ cabe dirimir conflito de competência entre quaisquer tribunais, entendidos aqui os tribunais integrantes da jurisdição estatal. Como o Tribunal Arbitral não integra o Poder Judiciário, quando afirma sua competência em consonância com a LArb 8º par. ún., eventual entendimento contrário de juízo estatal não configura conflito positivo de competência, pois o Tribunal Arbitral, que é privado, não se subsume à hipótese aventada na CF 105 I d, que só se refere a tribunal estatal. Admitir-se o contrário – que poderia existir conflito entre árbitro e juízo estatal e que o STJ exerceria hierarquia sobre o Tribunal Arbitral – implicaria o reconhecimento de que o Estado-juiz pode interferir na administração de órgãos privados antes de eles decidirem qualquer coisa e independentemente de ação judicial (o conflito de competência não é ação, mas incidente processual), o que afrontaria o *due process of law* (CF 5º *caput* e LIV) e o Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*). O Poder Judiciário (STF, STJ e outros tribunais) só pode dirimir conflito de competência entre órgãos do Poder Judiciário, como é curial. Não pode determinar previamente o que um órgão privado deve ou não fazer, em termos de competência".[34]

Em conclusão, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça prestigie a ordem jurídica arbitral, tendo contribuído substancialmente para sua prática no Brasil bem assim para o crescimento e segurança dos negócios internacionais em nosso País, o entendimento pertinente ao conhecimento dos ditos conflitos de competência precisa ser repensado, refletido e ajustado à Constituição, aos princípios contidos na Lei de Arbitragem e a nova disciplina processual.

Uma premissa está consagrada: o Superior Tribunal de Justiça, mercê da inteligência e da competência de seus integrantes, fortaleceu plenamente a tese de que a arbitragem é uma atividade jurisdicional, ainda que privada.

---

[34] Ob. cit., p. 441.

A Teoria da Perda de uma Chance e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Cesar Asfor Rocha
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha**

***Sumário**: 1. Homenagem aos 30 anos do Superior Tribunal de Justiça; 2. Introdução ao objeto de estudo; 3. Teoria da perda de uma chance no direito brasileiro; 3.1. Conceito; 3.2. Requisitos; 3.3. Cálculo da indenização; 4. Aplicação da teoria da perda de uma chance pelo Superior Tribunal de Justiça; 4.1. O caso "Show do Milhão"; 4.2. Responsabilidade profissional do médico; 4.3. Responsabilidade profissional do advogado; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.*

1. HOMENAGEM AOS 30 ANOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça completou no dia 7 de abril de 2019, três décadas de sua instalação. A obra em cujo contexto este artigo se insere está sendo publicada em celebração dessa data. Tendo ocupado, por mais de vinte anos, o cargo de ministro do STJ, e todos os cargos que lhe são destinados - inclusive Presidente e Vice, Corregedor Nacional de Justiça, Ouvidor, Diretor da ENFAM e da Revista, Ministro do TSE e seu Corregedor, dentre outros -, não poderia deixar de atender o honroso convite para colaborar com um artigo para a sua feitura.

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988 e foi idealizado em face da chamada "crise do Supremo"

---

* Advogado militante. Foi Presidente do Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2008 a 2010.

que, por deter até então competência para julgar em última instância matérias constitucionais e legais, não conseguia dar conta de processar e julgar com celeridade e presteza os chamados recursos excepcionais.

Destarte, a partir de então o Supremo perdeu quase que por completo a competência para julgar matéria infraconstitucional e ao STJ foi conferida a competência para julgar toda matéria legal em sede de recurso especial. Vale dizer, ficou com a competência para manter a higidez das regras infraconstitucionais, definindo o significado e o alcance das regras legais.

2. INTRODUÇÃO AO OBJETO DE ESTUDO

A obrigação de reparar eventual dano provocado a outrem advém do cometimento de um ato ilícito, que, exemplificativamente, pode ser enquadrado ou no artigo 186 do Código Civil, que trata do *ilícito absoluto*, ou no artigo 187 da lei material, que relaciona a ilicitude com o *abuso de direito*. A responsabilização civil do agressor do direito alheio é o que torna passível a indenização pelo ato ilícito.

É de curial sabença que não há apenas uma única fonte do dever de indenizar identificável no direito brasileiro, fato esse que torna hercúleo o estudo aprofundado da responsabilidade civil pelos civilistas. No entanto, este texto não propõe uma análise pormenorizada e exaustiva das fontes do dever de indenizar. Pelo contrário, busca examinar tão somente a *teoria da perda de uma chance* como uma das fontes de responsabilidade civil, parecendo possível dizer que a doutrina mais abalizada não vacila quanto ao reconhecimento da perda de uma chance como uma das fontes de responsabilidade civil admitidas pelo ordenamento jurídico nacional, ainda que não haja uma voz uníssona acerca de quais seriam todas essas fontes.

Ao longo dos anos, a teoria da perda de uma chance, objeto deste escrito, despertava desconfianças e descrenças, e enfrentava barreiras para a sua adoção criadas na atividade jurisdicional dos magistrados brasileiros. Em alguma medida, a dificuldade criada para a aplicação dessa teoria, que é deveras interessante, como se verá logo na sequência, decorreu do tratamento inadequado que se deu ao instituto, cuja origem remete ao direito estrangeiro, em especial ao direito francês, onde a doutrina da perda

da chance tem sido empregada com regularidade (*la perte d'une chance*).[1] De fato, não é raro haver litigantes lançando-se em temerária aventura invocando a referida teoria na tentativa vã e indevida de fazer fortuna sem ter fincas em argumentos sólidos para justificar o direito que eventualmente postule.

Objetivamente, a proposta deste ensaio é examinar a teoria da perda da chance à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A ideia é trazer, no capítulo próximo, o conceito e algumas peculiaridades da teoria em análise, para ao depois focar na análise de casuísticas do Superior Tribunal de Justiça acerca da perda da chance como fonte de responsabilidade civil. Ressalte-se que o capítulo mais teórico deste artigo igualmente explorará as decisões do Tribunal sobre o tema, fazendo um paralelo harmônico entre a doutrina e a prática do dia a dia do forense.

3. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. Conceito

O ato ilícito que nasce da perda de uma chance "se concretiza quando o autor do dano, por sua ação ou omissão, causa uma obstrução na continuidade do exercício de uma chance de enriquecimento lícito que a vítima possuía", vale dizer, a "ilicitude do ato decorre da privação da vítima vivenciar a chance concreta e verossímil de obter um enriquecimento ou de evitar um prejuízo", de modo que se pode concluir, em apertada síntese, que somente culmina no dever indenizatório a perda da chance concreta e verossímil.[2]

---

[1] Glenda Gonçalves Gondim asseverou em artigo acadêmico que a teoria da perda de uma chance foi uma criação jurisprudencial francesa: "Foi em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que pela primeira vez se utilizou tal conceituação. Tratava-se de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia" (In: Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance, *Revista dos Tribunais*, vol. 840, 2005, p. 22).

[2] Vera Andrighi. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: *Responsabilidade Civil e inadimplemento no direito brasileiro*, coordenado por Fátima Nancy Andrighi, São Paulo: Atlas, 2014, p. 251.

Essa observação, atinente à característica da chance perdida, é de suma importância para a aplicação da teoria em voga, pois não se indeniza algo meramente hipotético.

Nesse sentido, há precedente da lavra do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, no Superior Tribunal de Justiça, de cujo venerando acórdão se extrai a seguinte passagem: "A teoria da perda de uma chance não se presta a reparar danos fantasiosos, não servindo ao acolhimento de meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja indenização é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim um dano concreto (perda de probabilidade)".[3]

Na mesma linha de compreensão, há julgado relatado pelo eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, de onde é retirado o seguinte ensinamento: "Tonalizado pela perda de uma chance, o elemento 'dano' se consubstancia na frustração da probabilidade de alcançar um resultado muito provável. Nessa conjuntura, necessário perpassar pela efetiva probabilidade de sucesso da parte em obter o provimento do recurso especial intempestivamente interposto".[4]

No mesmo diapasão, o entendimento do eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva ao dizer que "a jurisprudência desta Corte admite a responsabilidade civil e o consequente dever de reparação de possíveis prejuízos com fundamento na denominada teoria da perda de uma chance, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória".[5]

---

[3] REsp 1.540.153/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 6/6/2018; primeira parte do item 4 da ementa do acórdão.

[4] REsp 1.758.767/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 9/10/2018, DJe 15/10/2018; itens 5 e 6 da ementa do acórdão. Ver, também, precedente do mesmo Ministro Relator: REsp 1.291.247/RJ, Terceira Turma, julgado em 19/8/2014, DJe 1/10/2014.

[5] REsp 1.591.178/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/4/2017, DJe 2/5/2017; item 6 da ementa do acórdão. Ver, também, precedente do mesmo Ministro Relator: REsp 614.266/MG, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 2/8/2013.

Sobre o conceito da teoria ora examinada, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, notável jurista que se consagrou como Ministro do Superior Tribunal de Justiça, pontifica que "a teoria da perda de uma chance se aplica para a reparação civil do dano, no âmbito da responsabilidade civil, quando a ação de alguém (responsável pela ação ou omissão, objetiva ou subjetivamente) elimina a oportunidade de outrem, que se encontrava na situação de, provavelmente, obter uma vantagem ou evitar um prejuízo".[6]

Sergio Cavalieri Filho pondera que, no caso de perda de uma chance, a indenização "deve ser pela *perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem*"; em outros termos, o elemento determinante para fazer incidir o dever de indenizar é a perda de uma efetiva chance de resultado favorável à vítima.[7] Não se trata, portanto, da perda de toda e qualquer chance em determinada relação jurídica frustrada. No caso de atividade médica, que será abordada na prática em capítulo oportuno, a chance que tem potencial indenizável é aquela que ceifa do paciente as possibilidades de cura, não bastando a perda da chance de continuidade da vida. O cerne do problema circunda o nexo de causalidade entre a atividade do profissional que acarretou a perda da chance, seja por omissão, seja por ação, e o resultado danoso que consiste na dita perda.[8]

Com efeito, a teoria da perda de uma chance diz respeito à indenização outorgada à vítima por força de um comportamento do agressor que obsta uma possível vantagem futura ou que se esquiva de uma efetiva privação. A chance aqui mencionada foi perdida por um ato ilícito promovido pela parte contrária, daí por que tem o condão de ser indenizada.

Seguindo essa linha de raciocínio, é correto afirmar que a reparação não está atrelada ao dano, mas à perda da chance propriamente

---

[6] Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: *Direito civil:* diálogos entre a doutrina e a jurisprudência, coordenado por Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce. São Paulo: Atlas, 2018, p. 469.

[7] Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 413; itálico no original.

[8] Ibidem, p. 414.

dita. A propósito, escreve o Professor Daniel Amaral Carnaúba, "(…) a perda de uma chance não é uma nova espécie de prejuízo, mas uma técnica de deslocamento da reparação. Essa técnica implica, em primeiro lugar, o deslocamento quanto ao interesse reparado, que deixa de ser a vantagem aleatória desejada para versar sobre a chance perdida. Mas, em segundo lugar, a técnica implica outro deslocamento; um deslocamento temporal ou cronológico. A reparação não buscará mais recolocar a vítima na situação na qual ela se encontraria sem o evento danoso – um futuro hipotético e incerto – e se preocupará em devolvê-la à situação na qual ela se encontrava antes deste evento – um passado certo".[9]

De quanto dito já se percebe que a indenização pela perda de uma chance não se confunde com a responsabilização civil por dano emergente, que é o prejuízo efetivamente sofrido pela vítima, ou por lucros cessantes, consubstanciado no montante pecuniário que o prejudicado deixou de lucrar em razão do evento danoso acobertado pela ilicitude. Trata-se de hipótese distinta, que se aloca em posição intermediária entre esses dois cenários de responsabilidade civil: a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse a ilicitude cometida por outrem.

A distinção entre a perda da chance, dano emergente e lucro cessante está bem apresentada em outro julgado que coube à relatoria do eminente Ministro Luis Felipe Salomão. Na eloquência do reconhecido saber de Sua Excelência "a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica

---

[9] Daniel Amaral Carnaúba. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, vol. 922, 2012, p. 157. Monograficamente: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: a álea e a técnica, São Paulo: Método, 2013.

mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro".[10]

3.2. Requisitos

A teoria da perda de uma chance não encontra previsão legal explícita no ordenamento jurídico brasileiro. Sem embargo, é plenamente possível a sua aplicação em casos concretos, tanto o é que, como visto acima e mais tratado será no capítulo seguinte, o Superior Tribunal de Justiça recepcionou a doutrina em comento, como também fazem os Tribunais de Justiça Estaduais e os Tribunais Regionais Federais, consoante as suas respectivas competências materiais.

A teoria da perda de uma chance segue os requisitos da responsabilização civil em geral, aos quais se somam a necessidade de existência concreta da chance perdida. À vista disso, para que seja possível o nascimento do dever de indenizar pela perda de uma chance, a parte interessada deve comprovar o prejuízo, a ilicitude do dano e a relação causal entre o prejuízo e o ato ilícito, além da oportunidade frustrada. O Superior Tribunal de Justiça tem julgado a esse respeito, relatado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, assim ementado: "A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance".[11]

O dano, pela teoria sob análise, consiste na perda de uma expectativa favorável da vítima. Destaque-se que o prejuízo gerador do dever de indenizar, que pode ser material ou moral, advém da chance perdida, e não de eventual benefício perdido, haja vista que não é possível se levar em consideração algo que não chegou a acontecer em realidade.

---

[10] REsp 1.190.180/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010; item 1 da ementa do acórdão; itálico no original.

[11] REsp 1.622.538/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 24/3/2017; item 8 da ementa do acórdão.

Sobre o ponto, Sergio Cavalieri Filho assim escreve: "A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas".[12]

Ainda sobre o dano, importante registrar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no REsp 1.039.690/MA, sob a relatoria do eminente Ministro Raul Araújo Filho, pela impossibilidade de reconhecimento da responsabilidade civil em virtude da não demonstração do alegado prejuízo pela perda da chance.[13]

A conduta ilícita, que pode ser tanto comissiva quanto omissiva, com ou sem culpa, é aquela por meio da qual o agressor interrompe uma sequência de fatos na vida da vítima que poderia acarretar a ela um benefício ou, então, evitar um malefício. A conduta tipificada pela ilicitude deve obstruir por completo a continuidade dos fatos, de tal forma que impeça a obtenção de vantagem pela vítima. Vera Andrighi é categórica nesse aspecto: "A ação ou omissão deve ser eficiente a ponto de interromper o fluxo dos fatos e assim impedir a vítima de exercer a possibilidade de obtenção do benefício. A atuação do ofensor provoca a descontinuidade das condições que colocavam a vítima em posição de probabilidade de obter um bem da vida".[14]

Sabe-se que o nexo causal é a relação entre o ato ilícito e o dano por ele produzido. Em se tratando da teoria da perda de uma chance, deve haver relação de causa e efeito entre a obstrução procedida pelo ofensor e a perda de a vítima exercer uma determinada chance no mundo fático. Há que se tomar o devido cuidado, entretanto, com a aferição do liame de

---

[12] Sergio Cavalieri Filho. Op. cit., p. 81-82.

[13] REsp 1.039.690/MA, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 20/4/2017.

[14] Vera Andrighi. Op. cit., p. 255.

causalidade com relação à teoria da perda da chance, eis que cada hipótese concreta apresenta possibilidade e probabilidades diversas de obtenção de vantagem pela consecução de uma chance. Disso exsurge a cautela do julgador ao examinar tal requisito, sendo imprescindível que saiba ele distinguir o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as consequências cabíveis.[15]

Além desses requisitos típicos da responsabilidade civil, a teoria sob exame requer a necessidade de a chance ser real e concreta, o que já foi bem ressaltado pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão, consoante se infere da seguinte pontificação: "A indenização será devida, quando constatada a privação real e séria de chances, quando detectado que, sem a conduta do réu, a vítima teria obtido o resultado desejado".[16] Mas o que seria *real e sério* a ponto de ensejar a indenização pela perda de uma chance? Não se tem uma resposta correta e inequívoca para tal indagação, já que tudo irá depender das peculiaridades da hipótese fática. O que se pode dizer, contudo, é que a oportunidade de alcançar a vantagem frustrada deve ser verossímil, isto é, deve estar pautada em alegações plausíveis e devidamente comprovadas, assim como deve ser palpável, e não fantasiosa, fruto de especulações subjetivas.

3.3. Cálculo da indenização

O cálculo da indenização pela perda da chance pode trazer alguma dificuldade prática, tendo em vista a inexistência de critérios seguros para a sua quantificação.[17] Giovanni Nanni, professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, aduz que o *quantum debeatur* deverá

---

[15] Sergio Cavalieri Filho. Op. cit., p. 82.

[16] REsp 1.540.153/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 6/6/2018; segunda parte do item 4 da ementa do acórdão.

[17] Sobre a ausência de critérios seguros, comenta Renata Steiner, Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo: "A inexistência de parâmetros indenizatórios nem sempre se mostra algo positivo, pois tem o condão de impedir a plena compensação da situação hipotética à qual se deve reconduzir o lesado. Em outras hipóteses, contudo, a inexistência de critérios seguros é na prática contornável pela adoção de critérios por vezes artificiais" (In: *Reparação de danos*: interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 257).

ser quantificado "por um grau de probabilidade, de acordo com o caso concreto, levando em consideração o valor total que seria possível obter caso a vantagem futura tivesse sido realizada (resultado final favorável), porém aplicando-se um percentual que reduz tal montante à probabilidade da *chance perdida*, que é a quantia indenizável".[18]

Prossegue o aludido doutrinador afirmando que a "fixação da indenização deve levar em conta a álea que afetou a realização da chance perdida", motivo pelo qual "o julgador deve considerar o elemento fortuito que comprometeu o acontecimento da chance perdida".[19] Daí ser permitido concluir que a indenização será sempre inferior ao valor da vantagem esperada, que acabou sendo frustrada por conta de ato ilícito.[20]

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça lançou luzes sobre esse tópico, em acórdão da lavra do eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, cuja ementa parcial ora se transcreve, no que interessa: "Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo".[21]

Também há precedente da Segunda Turma sobre o assunto, em que o eminente Ministro Mauro Campbell Marques, relator, assim se posicionou quanto ao critério de indenização da perda da chance: "Essencialmente, esta construção teórica implica num novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que 'há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização".[22]

---

[18] Giovanni Ettore Nanni. A fixação do dano na jurisprudência arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. IX, n. 36, 2012, p. 20; itálico no original.

[19] Ibidem, p. 20-21.

[20] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro* – responsabilidade civil, vol. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 276.

[21] REsp 1.677.083/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017.

[22] REsp 1.308.719/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/6/2013, DJe 1/7/2013.

Demais disso, não se pode deixar de registar que já se tentou condicionar a reparação pela perda da chance a uma porcentagem mínima, abaixo da qual a chance nem sequer albergaria amparo jurídico. Essa tentativa, que teve como inspiração a experiência italiana de outrora, idealizava a ausência de direito à indenização quando a chance perdida representasse menos de 50% das oportunidades de obtenção de resultado favorável.[23]

Além de demasiadamente simplória, a fixação arbitrária de um percentual mínimo como condição *sine qua non* para autorização do dever de indenizar pela perda de uma chance é medida inadequada. Isso, porque a escolha subjetiva de um denominador comum não é apta a englobar as chances relevantes e irrelevantes para o direito.[24] O critério para a quantificação do dano ocasionado pela perda da chance deve ser determinado de acordo com as particularidades do caso sob julgamento, portanto casuisticamente. É assim que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça ao estipular, sem maiores controvérsias, que a chance perdida deve ser *real e séria*, a exemplo do que faz a Corte de Cassação francesa.[25] O valor da indenização deverá ser fixado de maneira equitativa e levando-se em conta o princípio da razoabilidade.[26]

4. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A teoria da perda de uma chance costuma ser arguida pelas partes e, desde que preenchidos os pressupostos descritos no capítulo anterior, autorizada pelo Poder Judiciário nos casos em que o advogado perde o prazo para interpor recurso de apelação contra a sentença que foi proferida em sentido contrário aos interesses de seu constituinte, ou, então, naquelas circunstâncias em que o médico perde a chance de curar ou de assegurar

---

[23] Daniel Amaral Carnaúba. Op. cit.

[24] Ibidem.

[25] Ibidem.

[26] Sergio Cavalieri Filho. Op. cit., p. 82.

a sobrevivência do paciente. Esses são os dois exemplos mais usuais de aplicação da aludida teoria no processo civil, mas não os únicos, conforme dão conta os seguintes relevantes julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

4.1. O caso "Show do Milhão"

O precedente mais emblemático sobre a teoria da perda de uma chance já apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça ficou conhecido como o caso "Show do Milhão". É possível assegurar que toda a análise acadêmica séria acerca dessa teoria menciona o dito caso que caracteriza, portanto, um verdadeiro *leading case* da matéria. Fala-se, aqui, do REsp 788.459/BA, relatado pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, em julgamento realizado na sessão de 8 de novembro de 2005, de que tive participação, como julgador.

Fazendo um breve retrospecto histórico dos fatos, tem-se ação indenizatória proposta por uma pessoa física contra uma empresa do conglomerado econômico "Sílvio Santos", em que a autora postulou ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido em junho do ano 2000, quando de sua participação no programa "Show do Milhão", concurso de perguntas e respostas popularmente conhecido no Brasil, cujo prêmio final de R$ 1 milhão em barras de ouro é oferecido ao participante que acertar a resposta de uma série de perguntas sobre conhecimentos gerais. Em suma, alega-se na petição inicial que a autora teria respondido corretamente todas as indagações formuladas no aludido programa, com exceção à última delas, justamente a pergunta que lhe poderia dar direito ao almejado prêmio máximo. O questionamento final não teria sido respondido para o fim de salvaguardar a premiação até então acumulada, em R$ 500 mil, evitando-se a indesejada perda dessa cifra na hipótese de resposta equivocada. Todavia, a autora afirmou que a empresa ré teria elaborado deliberadamente a última pergunta, portanto a "pergunta do milhão", imbuída de má-fé, haja vista que não haveria uma resposta certa para a derradeira questão, relativa a direito dos índios sobre o território brasileiro. O pleito de dano material foi quantificado em R$ 500 mil, equivalente ao que deixou de ganhar pela não resposta da pergunta

milionária (lucros cessantes), ao passo que o arbitramento do *quantum* da indenização extrapatrimonial foi relegado ao talante do julgador.

A sentença deu ganho de causa parcial à autora, julgando procedente o pedido de indenização por dano moral, sob o fundamento de que, tal como sustentado na exordial, a pergunta nos termos em que formulada pela ré não teria resposta. A empresa ré foi, assim, condenada a ressarcir R$ 500 mil. Tal conclusão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia ao negar provimento à apelação manejada pela empresa vencida. O acórdão baiano foi desafiado por recurso especial, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em que se sustentava o descabimento da condenação no importe do prêmio máximo, porquanto a autora teria feito uma escolha pessoal ao deixar de responder a "pergunta do milhão", o que inviabilizaria os lucros cessantes alegados. Além disso, a recorrente aduz que, mesmo que fosse indagada questão susceptível de resposta adequada, haveria apenas uma possibilidade de êxito da autora, então recorrida, a ensejar a improcedência dos pedidos iniciais ou, quando muito, a redução do valor da indenização material para R$ 125 mil, que melhor traduziria, sob a ótica da recorrente, a perda da oportunidade de vencer o programa "Show do Milhão".

Os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça conheceram em parte do recurso e, nessa extensão, deram-lhe provimento, por unanimidade de votos. A síntese do julgamento está bem posta na ementa do acórdão: "RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido."[27]

---

[27] REsp 788.459/BA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ 13/3/2006.

Partindo da premissa fixada pelo aresto estadual, no sentido de que a recorrida teria deixado de responder a "pergunta do milhão" diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, o voto do eminente Ministro Relator destaca, de proêmio, "que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do *quantum* perdido ou que razoavelmente haja deixado de lucrar". Nada obstante, foi observado, dentro de um juízo probabilístico, que não haveria como se afirmar, com segurança, que, "caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável que ela lograsse responder corretamente à 'pergunta do milhão'", dado que havia diversos fatores em jogo, a exemplo da dificuldade progressiva do programa e da carga emocional que pesa sobre aqueles que chegam à sua etapa final.

Por entender que mesmo na esfera da probabilidade não haveria como assegurar que "o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão", o órgão colegiado concluiu pela inexistência de pressuposto essencial à condenação da recorrente ao pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso lograsse êxito integral, isto é, afastou-se a certeza (ou probabilidade objetiva) do acréscimo patrimonial capaz de dar ensejo aos lucros cessantes.

Embora tenha sido rechaçada a indenização com base nos requisitos para caracterização dos lucros cessantes, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça vislumbrou o dever de indenizar da recorrente com base na teoria da perda de uma chance. E isso está claro pela leitura do seguinte excerto do acórdão da Corte: "Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas

regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça".

Verifica-se que, a despeito de ter levado em consideração aspectos jurídicos que impedem o conhecimento do recurso especial no ponto debatido, a Quarta Turma identificou a perda da chance real e séria de a recorrida responder corretamente a última pergunta do "Show do Milhão", o que poderia lhe render vantagens. No caso ora analisado, é de se notar que a chance perdida advém da questão mal formulada pela recorrente, que acabou prejudicando – portanto, causando danos – a autora no momento de responder o dito questionamento.

Com relação ao cálculo indenizatório pela perda da chance, a Quarta Turma reformou parcialmente o acórdão estadual, para o fim de fixar a indenização em R$ 125 mil, "equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma 'probabilidade matemática' de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens". Foi nesse sentido o pronunciamento do eminente Ministro Barros Monteiro, em voto que recheou ainda mais a fundamentação do acórdão sob estudo: "A solução que V. Exa. propõe, admitida de maneira alternativa pela ré, é a que me parece a mais correta e adequada. Penso que compõe, neste quadro todo, a indenização que a parte faz jus, proporcional à perda que ela teve com a má elaboração da pergunta, uma vez que na verdade, o que ocorreu foi a pergunta mal formulada". O órgão colegiado nada mais fez do que examinar as particularidades do litígio e, a partir delas, arbitrar um valor de indenização justo e lógico, de modo que a recorrida não se enriquecesse sem motivos e, ao mesmo tempo, que a recorrente não ficasse diante da obrigação de pagar quantia exagerada.

4.2. Responsabilidade profissional do médico

O repertório da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça traz alguns julgados intrigantes sobre a teoria da perda de uma chance aplicável à atividade médica, em hipóteses que, pela atuação negligente do profissional de medicina, o paciente perde a oportunidade de obter um resultado favorável à sua saúde. Como a pretensão deste artigo não é tratar de todos os precedentes da Corte sobre o tema, escolheu-se para

análise neste subtópico, em razão de sua qualidade e importância, o REsp 1.677.083/SP, de relatoria do eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

A título de contextualização, tem-se ação de indenização por danos materiais e morais proposta por uma pessoa física contra um hospital, em que o autor narrou, na peça vestibular, que, poucos dias antes de falecer, sua esposa teria passado por consultas médicas e exames laboratoriais nas dependências da ré, sem que os profissionais do hospital tivessem conseguido apontar um diagnóstico acerca do quadro de enfermidade que acometia a então cônjuge do autor. A inicial dá conta de que a paciente, com um corte na unha de um dos dedos da mão infeccionado, manchas roxas no corpo, dores de cabeça intensas e desmaios, teria retornado ao hospital dois dias antes de seu óbito, ocasião em que um dos integrantes da equipe médica da ré teria insinuado que a paciente estava criando problemas de saúde para faltar do trabalho em data próxima à celebração do Natal. O autor alegou que, sem qualquer cuidado médico, na madrugada de 24 de dezembro de 2010, sua esposa teria tido outro desmaio, caído da escada e batido a cabeça, vindo a falecer no dia seguinte, por conta de um traumatismo craniano. Defendeu, nessa senda, que a causa do desmaio foi o quadro de leucemia negligenciado pelos profissionais médicos que acompanhavam o tratamento de seu cônjuge.

O juízo de primeira instância acatou o pleito de indenização por danos morais, condenando o hospital ao pagamento de R$ 100.000,00 e rejeitou o pedido de danos materiais por ausência de prova dos prejuízos alegados. Frise-que a sentença foi proferida com base em laudo técnico, que concluiu que a paciente, ao ser atendida pela ré num primeiro momento, apresentava quadro gravíssimo compatível com Leucose Aguda, que não teria sido investigado pela equipe médica do hospital, a evidenciar a negligência do atendimento e as falhas no diagnóstico e tratamento respectivo. Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proveu a apelação do hospital para reduzir para R$ 50 mil a indenização, mantidos os demais termos da sentença.

Adveio recurso especial, interposto pelo hospital com arrimo na alínea "a" do permissivo constitucional, a fim de reformar o acórdão

estadual, sob o principal argumento de que a eventual falha ocorrida na prestação dos serviços médicos não teria sido determinante para a morte da paciente, gerando, no limite, a frustração pela perda da oportunidade do devido tratamento. Foi requerida a redução do valor da indenização.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, pela relatoria do eminente Ministro Ricardo Cueva, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos da ementa que segue: "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ). 2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica). 3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico. 4. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o dano final. 5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente. 6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar. 7. Na responsabilidade civil pela

perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. 8. Ainda que estabelecidos os danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com base no sofrimento e na angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título, mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a chance perdida".[28]

Em judicioso voto, cuja extensa fundamentação reflete esmerado estudo sobre o tema, o Ministro Relator reconheceu a dificuldade de se comprovar o liame causal entre a morte da paciente e a conduta do hospital, pois, na espécie, o óbito não teria sido resultado do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo craniano resultante de queda da esposa do autor em sua própria residência. Ou seja: não era possível afirmar, com certeza inequívoca, que o acidente doméstico teria sucedido por conta das tonturas que a paciente vinha sentindo e que deu azo à procura de médico.

Sem embargo dessa dificuldade, foi reconhecido o nexo de causalidade entre o dano alegado na petição inicial e o ato ilícito praticado pelo hospital, com base na teoria da perda de uma chance, sob a seguinte fundamentação: "(…) à luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado, na espécie, é aquele existente entre a conduta negligente do hospital e a chance perdida de um diagnóstico correto e de todas as consequências normais que dele poderiam resultar, sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o resultado morte".

Mediante análise crítica e pormenorizada dos fatos delimitados no acórdão estadual, inclusive das conclusões da perícia, o voto do Ministro Relator relatou a sequência de ações negligentes do hospital que teriam levado à perda da oportunidade de um diagnóstico da paciente, que poderia, quem sabe, ter evitado sua morte. Veja-se, nesse aspecto,

---

[28] REsp 1.677.083/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017.

o que consignou o voto sobre a perda de chance real e séria: "De todo o contexto examinado, é razoável concluir que a atuação negligente dos profissionais médicos desde as primeiras consultas, sobretudo em função da gravidade da doença e da simplicidade do método capaz de diagnosticá-la – um simples hemograma –, retirou da paciente uma chance concreta e real de ter o mal que a afligia corretamente diagnosticado e de ter um tratamento adequado, ou seja, de obter uma vantagem. Isso basta para que fiquem caracterizados, na espécie, tanto a frustração de uma chance quanto o respectivo dever de indenizá-la, sem a necessidade de se recorrer a verdadeiras elucubrações, a exemplo da probabilidade de não ter ocorrido o acidente doméstico caso fosse determinada a imediata internação da paciente ou se o hospital tivesse entrado em contato com ela assim que obteve o resultado dos exames laboratoriais".

No que tangencia o pedido de redução do *quantum debeatur*, a Terceira Turma observou, em caráter preliminar, que na responsabilidade civil pela perda da chance o valor da indenização deve ser mensurado pela oportunidade arruinada, como bem jurídico autônomo, para então consignar que a quantia atribuída pelo Tribunal de origem seria razoável e, portanto, impossível de ser revista em sede de recurso especial, por incidência do óbice sumular 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda que não se refira ao caso em testilha, deve-se ter em mente que, em casos envolvendo a teoria da perda da chance e atividade médica, a "apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência".[29]

4.3. Responsabilidade profissional do advogado

A exemplo do que se fez na apuração da teoria da perda da chance referente à atividade médica, o caso a ser comentado a seguir, dentre

[29] REsp 1.662.338/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 2/2/2018.

outros acerca do mesmo tema encontrados no acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é o REsp 1.758.767/SP, cuja relatoria ficou a cargo do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Como o título do subtópico sugere, a pauta do momento é a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance de seu cliente no processo.

Novamente para fins de contextualização, tem-se que a autora propôs ação acidentária contra o INSS para a obtenção de auxílio-acidente. Venceu em primeira instância, angariando benefício na porcentagem de 50%, conforme requerido na petição inicial. Em grau recursal, foi realizada uma nova prova pericial, que teria sido também favorável à autora. Entretanto, o Tribunal *a quo* reverteu o julgamento em desfavor da autora e em prol do INSS, reformando a sentença para julgar improcedente a ação. O recurso especial, manejado pelo causídico da autora com supedâneo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, foi considerado intempestivo, portanto não foi conhecido, e o agravo que o sucedeu não foi acompanhado da documentação necessária para a formação do instrumento, que à época ainda era necessário para a viabilidade de tal recurso. Adveio agravo interno, que foi convertido em recurso especial por meio de juízo de retratação.

A discussão submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça girou em torno da responsabilidade civil dos advogados da autora, sob o argumento de que o recurso especial inadmitido tinha probabilidade de êxito, acaso fosse tempestivo e bem instruído o agravo. Ou seja: atribuiu-se à atuação supostamente negligente dos patronos a perda da chance de a autora receber o auxílio acidentário pretendido.

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos bem resumidos por esta ementa: "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE SUCESSO NO RECURSO CONSIDERADO INTEMPESTIVO. 1. Controvérsia em torno da responsabilidade civil de advogados, que patrocinaram determinada demanda em nome da parte ora recorrente, pelo não conhecimento do seu recurso especial e do agravo de instrumento consequentemente interposto, ocasionando a 'perda da chance' de ver reconhecido o seu direito ao recebimento de

benefício acidentário, postulando, assim, indenização por danos materiais e morais. 2. Possibilidade, em tese, de reconhecimento da responsabilidade civil do advogado pelo não conhecimento do recurso especial interposto intempestivamente e, ainda, sem ter sido instruído, o agravo de instrumento manejado contra a sua inadmissão, com os necessários documentos obrigatórios. 3. Os advogados, atuando em nome do seu cliente e representando-a judicialmente, comprometem-se, quando da celebração do mandato judicial, a observar a técnica ínsita ao exercício da advocacia e, ainda, a articular a melhor defesa dos interesses da mandante, embora sem a garantia do resultado final favorável (obrigação de meio), mas adstritos à uma atuação dentro do rigor profissional exigido, nisso incluindo-se a utilização dos recursos legalmente estabelecidos, dentro dos prazos legalmente previstos. 4. A responsabilidade civil subjetiva do advogado, por inadimplemento de suas obrigações de meio, depende da demonstração de ato culposo ou doloso, do nexo causal e do dano causado a seu cliente. (…)".[30]

Inicialmente, o órgão colegiado reconheceu a atuação negligente dos advogados contratados pela autora, ressaltando a responsabilidade civil subjetiva dos causídicos, que, no caso sob enfoque, interpuseram recurso especial em outubro de 2001 por meio de protocolo integrado, o que era intolerável pela jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a qual foi, inclusive, sumulada no enunciado 256. Essa conduta foi tida como culposa pela Corte, na modalidade de imperícia, que seria passível de render o reconhecimento de responsabilidade dos profissionais da advocacia. Para piorar a situação, o Ministro Relator destaca, na linha daquilo que defendeu a recorrente, o fato de o agravo de instrumento ter sido articulado sem a juntada as cópias consideradas necessários pela lei processual civil.

Por tais razões, alertou o Ministro Relator: "Os advogados atuavam em nome da parte, representando-a judicialmente, e se comprometaram,

[30] REsp 1.758.767/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 9/10/2018, DJe 15/10/2018.

quando da celebração do mandato judicial, a observar a técnica ínsita ao exercício da advocacia, nisso incluindo-se a utilização das formas legalmente estabelecidas, dentro dos prazos legalmente previstos, observando-se, inclusive, os enunciados sumulares desta Corte Superior a interpretar a legislação vigente no que concerne ao conhecimento do recurso especial, especialmente no que toca aos requisitos objetivos de admissibilidade, como é a tempestividade e a juntada de documentos obrigatórios".

Uma vez reconhecida a efetiva falha na prestação do serviço advocatício, a Terceira Turma adentrou na análise da pretensão indenizatória formulada pela recorrente com base na perda de uma chance, que exige, como está escrito no voto, "a efetiva probabilidade de sucesso do recurso considerado intempestivo". É dizer, deve-se perquirir a certeza da probabilidade da chance perdida, e não a certeza do dano.

Ao investigar as alegações lançadas no apelo nobre, o órgão colegiado decidiu que, a despeito da má atuação dos advogados, não seria o caso de responsabilizá-los pelo pagamento de indenização pela perda da chance de a autora angariar benefício acidentário, pois, na via estreita do recurso especial, a pretensão recursal demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, que é vedado pelo verbete 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça; *in verbis*: "O recurso especial cuja inadmissão vedou o acesso da ora recorrente à obtenção de futura reforma do acórdão que afastou o direito ao benefício previdenciário, como afirma o acórdão recorrido e a sentença, em dupla conformidade, estava fadado ao não conhecimento, mas por força do enunciado 7/STJ". Não seria, assim, dado à Corte alterar as conclusões das instâncias ordinárias acerca do direito de a autora perceber benefícios acidentários, sobretudo enfrentando argumentos que perpassam a prova pericial.

Vê-se, sem maiores dificuldades, que o Superior Tribunal de Justiça, nada obstante tenha reconhecido o dano, o ato ilícito e até mesmo o nexo de causalidade, concluiu pela ausência de chance real e séria de a autora lograr êxito com o recurso especial, ante a existência de óbice sumular para o seu conhecimento. Não restou, portanto, caracterizado o requisito específico da perda da chance apto a gerar o dever de os advogados indenizarem o cliente.

5. CONCLUSÃO

Destarte, chega-se à conclusão de que a teoria da perda de uma chance é aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro e tem sido aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, sempre com parcimônia, cautela e ampla fundamentação. Percebe-se pela leitura dos julgados citados que os Ministros estão preparados para o enfrentamento dos assuntos que possam circundar a aplicação da teoria da perda de uma chance, o que é positivo para a sedimentação da jurisprudência da Corte nesse quesito. Fundamental que o Superior Tribunal de Justiça permaneça exercendo sua vocação de bem julgar, enfrentando temas como o aqui tratado, que reclamam de seus julgadores formação jurídica sólida e extraordinária capacidade criativa na aplicação do direito à espécie, cada dia mais elevando o nome e o conceito do Tribunal da Cidadania.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: *Direito civil:* diálogos entre a doutrina e a jurisprudência, coordenado por Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce. São Paulo: Atlas, 2018.

ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: *Responsabilidade Civil e inadimplemento no direito brasileiro*, coordenado por Fátima Nancy Andrighi, São Paulo: Atlas, 2014.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, vol. 922, 2012.

_____. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: a álea e a técnica, São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance, *Revista dos Tribunais*, vol. 840, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro* – responsabilidade civil, vol. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. A fixação do dano na jurisprudência arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. IX, n. 36, 2012.

STEINER, Renata. *Reparação de danos*: interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Arbitragem, os Precedentes e a Ordem Pública

Ruy Rosado de Aguiar
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

ARBITRAGEM, OS PRECEDENTES E A ORDEM PÚBLICA[1]

Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior[2]

1ª PARTE

1. A questão dos precedentes, assim como regulada na Constituição da República e nas leis, é um tema peculiar ao direito brasileiro.

Os precedentes jurisprudenciais existem, com maior ou menor força obrigatória, em todos os sistemas, com variantes entre o modelo anglo-saxão e o continental. Mas nenhum desses ordenamentos tem, como o nosso, preceito constitucional dispondo sobre um sistema de precedentes vinculantes.

A questão que examino é a seguinte: como deve decidir *o juiz* diante dos precedentes; e, como deve decidir *o árbitro* diante de precedentes.

2. Inicialmente, observo que precedente, genericamente, é todo o julgado que pode ser usado na fundamentação de arrazoado ou decisão. É um argumento de autoridade, com maior ou menor grau de convencimento.

Precedente, em sentido estrito, é o que, por lei, tem alguma força obrigatória, com diferentes graus de obrigatoriedade.

---

[1] Texto básico de palestra realizada na I Conferência Nacional de Arbitragem, promovida pela OAB Federal, em São Paulo, 9.11.2018.

[2] Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

3. Vejamos qual é o nosso sistema de precedentes

1 – Súmula vinculante do STF. Art. 988, III do CPC. – 927, II, e o art. 103-A, da Constituição: o Supremo poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que a partir de sua publicação terá efeito vinculante;

2 – decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade. Art. 988, III do CPC. – 927, I. Art. 102, § 2º da Constituição;

3 – julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas. Art. 927, III, do Código de Processo Civil;

4 – julgamento de incidente de assunção de competência. Art. 927, III, do Código de Processo Civil;

5 – julgamentos de recursos extraordinário ou especial repetitivos. Art. 927, III, art. 928, II, e art. 1.036, § 5º, do Código de Processo Civil;

6 – súmulas do STF em matéria constitucional. Art. 927, IV, do Código de Processo Civil;

7 – súmulas do STJ em matéria infraconstitucional. Art. 927, IV, do Código de Processo Civil;

8 – orientação do plenário ou do órgão especial vinculante dos órgãos julgadores ao qual estiverem vinculados. Art. 927, V, do Código de Processo Civil.

4. As Súmulas vinculantes do STF e as decisões de controle concentrado da constitucionalidade não exigem maior explicitação.

Tais enunciados e decisões têm força vinculativa máxima e admitem reclamação ao STF.

5. Examino os outros tipos

(A) A assunção de competência (art. 947) é admissível quando o julgamento de recurso envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social e para prevenir divergências (§ 4º).

O incidente será julgado (§ 1º) pelo órgão colegiado indicado pelo regimento.

O acórdão vinculará (§ 3º) os juízes e os órgãos fracionários.

(B) É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976) quando houver, simultaneamente: a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (976, I) e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O julgamento vincula (art. 985). Não observada a tese, caberá reclamação (art. 985, § 1º).

O julgamento pelo tribunal local admite recurso especial ou extraordinário. Uma vez julgado esse recurso, a tese adotada pelo STF ou STJ aplica-se em todo o território nacional. (art. 987).

Nos termos do art. 1.029, § 4º, do Código de Processo Civil, o Pres. do STF ou do STJ podem suspender os processos em todo o território nacional, até decisão do recurso extraordinário, ou do especial a ser interposto (art. 271-A, do Regimento Interno do STJ).

Nesse caso, o incidente de resolução de demanda repetitiva é instaurado no Tribunal local.

Mas o mesmo incidente também pode ser suscitado no STJ ou no STF.

6. Para processar os repetitivos, extraordinários ou especiais repetitivos, o presidente do tribunal local selecionará o recurso representativo de controvérsia repetitiva.

Depois desse julgamento pelo tribunal superior, o tribunal local examinará o seu recurso e acolherá o julgado do superior ou manterá sua decisão, caso em que o recurso extraordinário ou o recurso especial será remetido ao respectivo tribunal superior – art. 1.041 (quer dizer – aquela decisão não é vinculante).

7. O Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução n. 235/2016, padronizando os procedimentos administrativos no STJ e em outros Tribunais sobre os processos com repercussão geral, repetitivos, e incidentes de assunção de competência. A Emenda Regimental n. 26, de 13.12.2016, criou no STJ a Comissão Gestora de Precedentes, que tem produzido excelentes resultados.

8. Efeitos dos precedentes

Nos termos do art. 988 do Código de Processo Civil, caberá reclamação para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e de incidente de assunção de competência.

9. Admitem reclamação: o julgamento em incidente de resolução de demanda repetitiva (art. 988, IV); o julgamento em incidente de assunção de competência (art. 988, IV). Os julgamentos de recursos repetitivos, em recurso extraordinário e em recurso especial, são equiparados aos incidentes repetitivos e admitem reclamação.[3]

10. Não autorizam reclamação as súmulas comuns do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em tema infraconstitucional), embora possam ter outros efeitos processuais. As orientações do plenário dos Tribunais também não admitem reclamação.

Entre esses outros efeitos, menciona-se o disposto no art. 1.030, inciso I, segundo o qual o presidente do tribunal recorrido negará seguimento (a) a recurso em que se discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral; (b) deverá negar seguimento a recurso extraordinário ou recurso especial de acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou do STJ, exarado em regime de recursos repetitivos. Assim, é também efeito do julgamento em repetitivo: impedir o seguimento de recurso extraordinário ou de recurso especial.

---

[3] AgInt nos EDcl na Reclamação n. 34.454 – SP (2017/0179376-8) – "Preenchendo, a reclamação os requisitos de cabimento previstos no artigo 988, § 5º, I e II, do Código de Processo Civil de 2015, a apontada divergência entre o acórdão reclamado e o paradigma repetitivo foi analisada [...].". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Reclamação n. 34.454 – SP. Segunda Seção.* Agravante: Renan Siqueira Antonio. Agravado: Cifra S.A. Credito, Financiamento e Investimento. Reclamado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Acórdão de 14 mar. 2018.

Julgamento modulado

11. Uma situação especial existe relativamente ao julgamento de modulação da declaração sobre a constitucionalidade pelo STF.

O art. 27 da Lei 9.868/99, sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, permite que o STF, por 2/3 de seus membros, tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração ou decida que só tenha eficácia após o trânsito em julgado ou a partir de uma certa data.

12. A questão é: o juiz pode desconsiderar a modulação, que está prevista apenas na lei? Embora se trate de restrição prevista apenas na lei, o certo é que a limitação integra o julgamento concentrado de inconstitucionalidade e deve seguir o mesmo regime, isto é, vincula.

2ª PARTE

13. Visto o sistema de precedentes e seus efeitos, passo a um segundo ponto.

A decisão do juiz que descumpre os precedentes vinculantes pode ser afastada mediante recurso ou reclamação.

A decisão do árbitro não é passível de recurso, nem de reclamação.

14. Nos termos do art. 32 da Lei de Arbitragem, (Lei 9.307, de 23.9.1996), a sentença pode ser anulada em juízo nos casos de nulidade da convenção, nomeação de árbitro que não poderia exercer a função; sentença proferida sem os requisitos do art. 26 (relatório, fundamentos, dispositivo, data); fora dos limites da convenção de arbitragem; proferida por prevaricação, concussão ou corrupção; exarada fora do prazo; ou desrespeitados os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre convencimento.

Não está prevista a possibilidade de anulação da sentença por ofensa à lei. O que seria caso de recurso procedente, no juízo estatal, não se replica na arbitragem.

Também não está prevista a possibilidade de anulação de sentença arbitral por descumprir precedente jurisprudencial.

Mas pode o árbitro decidir contra um precedente vinculante?

O sistema de precedentes

15. Nesse ponto, devo lembrar que o sistema de precedentes obrigatórios foi instituído no Brasil com diferentes propósitos: uniformizar a jurisprudência, dar segurança jurídica, possibilitar maior celeridade nos julgamentos.

O sistema recebeu assento constitucional, quanto às sumulas e ao controle da constitucionalidade pelo STF, e está regulado na lei para os demais casos. Tem sido amplamente aplicado pelos tribunais superiores e já é significativo o número de julgamentos em processos repetitivos.

O precedente forte

16. De todos os precedentes, os de mais forte subordinação do juiz são a súmula vinculante e o julgamento de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF. Nenhum juiz poderá decidir contrariamente ao estabelecido nesses enunciados e, para deixar de aplicá-lo, deverá demonstrar que ele não incide no caso em apreço, fazendo a devida distinção.

Pergunto: e quanto ao árbitro?

Dou dois exemplos: a Súmula vinculante n. 2, do STF, afirma ser inconstitucional a lei estadual sobre consórcios e sorteios.

Outro caso: a Súmula 12 do STF proíbe a cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas.

Se o árbitro decidir a arbitragem com base na lei estadual, ou deferir a cobrança da taxa de matrícula, a sua decisão contraria diretamente súmula vinculante.

No juízo estatal, esses julgados seriam passíveis de reclamação. Na arbitragem, essa providência não está prevista, nem é compatível com o seu

procedimento. Também da sentença arbitral não cabe recurso. Além disso, no art. 32 da Lei de Arbitragem, que trata da ação de anulação de sentença arbitral, não está prevista como causa de anulação a ofensa à lei e, também, não prevista por descumprimento de súmula.

Então fica a pergunta: as decisões arbitrais contrárias a súmulas vinculantes do STF são válidas, à luz da ordem jurídica nacional? Podem ser de algum modo atacadas? Se não o forem, é possível então conviver com dois regimes sobre precedentes vinculantes, um o que subordina a justiça estatal e a Administração Pública, outro, a que pode ser seguida pelo Tribunal Arbitral?

Conclusão

17. Posso chegar a uma primeira conclusão: o árbitro está submetido ao sistema de precedentes vinculantes oriundos do Supremo Tribunal Federal, com assento na Constituição da República.

Assim, no que diz com esses enunciados, que existem para aplicar e respeitar a Constituição, que sempre são de repercussão geral (pressuposto para o conhecimento do recurso), penso que os árbitros devem respeitá-los, sob pena de ação de anulação.

Não me parece razoável que existam no país duas ordens jurídicas, uma que decorre da decisão do STF, que a todos obriga, juízes e Administração Pública, e outra que venha a ser estabelecida livremente pelo árbitro, que resolve a causa sem examinar o enunciado vinculante.

A lei declarada inconstitucional em controle concentrado de inconstitucionalidade pelo STF não pode ser aplicada pelo árbitro sem ofensa à ordem pública constitucional. De outra parte, não pode ele deixar de aplicar Súmula vinculante do STF.

E quanto aos demais precedentes?

18. Os precedentes que não têm previsão constitucional, admitam ou não reclamação, têm a mesma hierarquia normativa da lei.

19. No âmbito da justiça estatal, seu descumprimento autoriza recurso ou reclamação. No campo da arbitragem, não há recurso nem reclamação.[4]

As únicas vias para atingir a sentença arbitral são a ação de anulação prevista e regulada nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), e a impugnação à execução (neste caso, apenas para as hipóteses enumeradas no art. 475-L do Código de Processo Civil/73, restritas ao processo de execução):

> Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
>
> I - for nula a convenção de arbitragem;
>
> II - emanou de quem não podia ser árbitro;
>
> III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
>
> IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
>
> VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
>
> VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
>
> VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.
>
> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.
>
> [...]
>
> § 3º A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L da Lei

[4] Márcio Bellocchi sustenta que os precedentes obrigatórios vinculam os árbitros: "Não nos parece plausível outra resposta a essa indagação que não a positiva, ou seja, somos pela vinculação do Tribunal Arbitral, nessas circunstâncias, ao precedente obrigatório." (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na Convenção de Arbitragem.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 190). Quando a arbitragem seguir a ordem jurídica brasileira, os árbitros devem cuidar de aplicar a lei e também os precedentes, mas o descumprimento, penso, não será causa de anulação, sanção prevista para os casos previstos na lei de arbitragem, entre eles o de ofensa à ordem pública. Isto é, o descumprimento ao precedente obrigatório ensejará a anulação quando expressar princípio de ordem pública.

> 5.869/73 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial. (art. 525/CPC – 2015).
>
> Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:
>
> I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
>
> II – inexigibilidade do título;
>
> III – penhora incorreta ou avaliação errônea;
>
> IV – ilegitimidade das partes;
>
> V – excesso de execução;
>
> VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Por isso, o descumprimento de outros precedentes, que não aqueles dois do STF, não é causa de ação de anulação, salvo se expressar princípio de ordem pública, que será o tema a seguir examinado.

3ª PARTE
A ORDEM PÚBLICA

20. Aliada a essa questão de controle da sentença judicial está a da ordem pública, justamente o princípio mais geral que justifica o controle jurisdicional sobre a sentença arbitral.[5] [6]

Sua natureza é a de uma cláusula geral, difícil de dizer em que ela consiste[7] e como atua sobre o processo de arbitragem.

---

[5] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 50.

[6] "De qualquer sorte, eventual questão relacionada à atividade do árbitro que extrapole os limites e condições dentro dos quais a arbitragem é admitida entre nós e não se encaixe nas demais hipóteses de controle previstas na Lei de Arbitragem e na Convenção de Nova Iorque poderá ser controlada com base na hipótese de ofensa à ordem pública." (MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 276).

[7] É uma noção proteiforme, impossível de definir – LOQUIN, Éric. Propos introductifs. In: L'ORDRE PUBLIC ET L'ARBITRAGE, 2013, Dijon. [Actes du Colloque]. Sous la direction de Éric Loquin et de Sébastien Manciaux. Paris: Lexis Nexis, 2014. p. 1.

É uma cláusula geral, e por isso de conteúdo indeterminado, cabendo à doutrina e ao juiz integrá-lo e densificá-lo.[8] Enuncia um princípio, o qual expressa valores.

O princípio é o da prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Limita-se a autonomia privada, diante do interesse público.

Os valores são de diversa natureza: *ética* (lealdade, probidade);[9] *social* (proteção dos mais fracos, regras sobre o contrato de adesão; o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 1º diz que seus enunciados são de ordem pública); *econômica*[10] (proibição de concorrência desleal; proteção da propriedade intelectual).

21. Nessa primeira aproximação, posso definir a OP como sendo a ordem que resulta do sistema jurídico, isto é, certa ordem que o Estado considera indispensável para a vida social.

Não é um conceito estático, mas dinâmico e externo, que varia conforme as circunstâncias de tempo e de lugar. É conceito conjuntural. Assim, atualmente, a tutela da dignidade da pessoa humana é de ordem pública, e também o respeito ao meio ambiente, temas novos que agora podem ser considerados como determinantes de questões de ordem pública. O que hoje não é, amanhã poderá sê-lo, como o número de filhos, a transgenia, o uso da internet, etc.

22. A ordem pública, como uma cláusula geral e expressão de valores jurídicos e metajurídicos, autoriza o aplicador a formular uma norma concretizada para o caso, e com ela qualificar condutas, dizendo-as adequadas ou contrárias à ordem pública. Com ela o juiz pode eliminar certos direitos e impor obrigações, independente de lei, mas, mesmo assim, serem contrários à ordem pública.

---

[8] CARAMELO, António Sampaio. *Temas de direito de arbitragem.* Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p. 295.

[9] Caso do Kênia. Em arbitragem internacional, o Tribunal decidiu que o suborno é contrário à ordem pública. (Sentença CIRDI, n. ARB/007, de 4.10.2006, n. 157. Sobre o julgado, ver: RDAI 2008, n. 4, p. 459).

[10] CARAMELO, António Sampaio. *Temas de direito de arbitragem.* Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p. 78.

23. Se o ordenamento jurídico predefine o que é ordem pública, não há dificuldade para o intérprete, que dessa disposição apenas deve extrair os efeitos. Ocorre que nem sempre o legislador menciona que a nova lei é de ordem pública, ou que tais ou quais questões sejam de ordem pública. Surge então a dificuldade para a qualificação do objeto.

24. Ao tratar do conceito de leis de ordem pública, Clóvis BEVILAQUA definiu: "[...] são as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito".[11] Ao que acrescentou SERPA LOPES: "O seu característico principal é a inderrogabilidade: não pode ser afastada pela vontade do interessado".[12]

No direito material, são arroladas como sendo de ordem pública as leis sobre a cidadania, o direito de família, os direitos da coletividade, as leis fiscais, o Código de Defesa do Consumidor, etc.

25. STRENGER, ao distinguir ordem pública interna de ordem pública internacional, explicou:

> Uma lei é de ordem pública interna sempre que o acordo entre as partes não pode afastar suas consequências; sempre que estas são inarredáveis ainda que as partes diretamente interessadas no litígio o desejem.[13]

MAXIMILIANO, na sua obra clássica, acentuou a importância do interesse público para a compreensão do tema:

> A distinção entre prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras, o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que

---

[11] BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil.* Rio de Janeiro: F. Alves, 1908. p. 15.

[12] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à lei de introdução ao código Civil.* 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1. p. 28.

[13] STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado.* Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 510.

> apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do indivíduo constitui o objetivo primordial. Os limites de uma e de outra espécie têm algo de impreciso [...]. Consideram-se de ordem pública as disposições que se enquadram nos domínios do Direito Público; entram, portanto, naquela categoria as constitucionais, as administrativas, as penais, as processuais, as de polícia e segurança, e as de organização judiciária.[14] [15]

26. Essas lições todas, apesar de sua generalidade e da preocupação em distinguir normas de diferente natureza, fornecem dois indicativos que nos servem para a definição de questão de ordem pública: a indisponibilidade e o interesse da sociedade. O cerne do conceito de ordem pública está na inderrogabilidade ou na indisponibilidade da lei ou do direito pela parte, com a presença do interesse público predominante.

Assim, a) seriam questões de ordem pública aquelas que versam sobre regras inderrogáveis pelas partes; b) indo um pouco adiante, poderia dizer que são inderrogáveis as normas cuja proteção deve ser feita *de ofício* pelo juiz, independentemente de manifestação das partes.

27. Em resumo, posso dizer que é de ordem pública a questão que versa sobre matéria inderrogável e inafastável pelas partes, em razão do interesse público prevalente que nela se expressa, reconhecível do ofício pelo juiz.

28. Entre as normas de ordem pública há uma hierarquia, de forma piramidal: na base, a interna; depois, a internacional, acima, a transnacional.[16]

---

[14] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1933.

[15] TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito.* São Paulo: Landy, 2003. p. 211.

[16] Racine reconhece uma ordem pública arbitral, que é a OP própria da arbitragem. (RACINE, Jean-Baptiste. Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international. In:

29. A OP interna é aquela que expressa os valores consagrados no ordenamento jurídico nacional, ordinariamente manifestada nos princípios constitucionais, a qual deve ser atendida pelo árbitro nas arbitragens regidas pelo direito nacional.

30. A OP internacional funciona como um filtro para a homologação de sentenças estrangeiras:[17] não serão homologadas as sentenças estrangeiras que ofendam a ordem pública nacional, pondo em risco os valores expressos pela nossa soberania. O conceito é mais estreito, mais tolerante que o da OP interna:[18] o Tribunal pode homologar sentença que aplicou um modelo jurídico diferente do nosso como no caso de sentença estrangeira de um júri civil, adotado nos EEUU (SEC 4.415, STF, ac. de 11.12.1996, rel. Min. Francisco Rezek),[19] ou homologar sentença estrangeira fundada em dívida de jogo (AgRg na CR 3.198, de 30.6.2008).[20]

A OP internacional seria constituída pelo conjunto dos valores que se consideram fundamentais para se opor como obstáculo à aplicação da lei estrangeira na ordem interna.[21]

A Conferência de Nova Delhi, de 2002, convocada pela International Law Association, fez constar, na Recomendação 1(d): "A

L'ORDRE PUBLIC ET L'ARBITRAGE, 2013, Dijon. [Actes du Colloque]. Sous la direction de Éric Loquin et de Sébastien Manciaux. Paris: Lexis Nexis, 2014. p. 30).

[17] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

[18] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 54.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sentença Estrangeira Contestada* n. 4.415-5 – US. Plenário. Requerente: Minpeco S/A. Requerido: Naji Robert Nahas. Relator: Ministro Francisco Rezek. Acórdão de 11 dez. 1996.

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 3.198 – US.* Corte Especial. Agravante: Abraham Orenstein. Agravado: Trump TM Mahal Associates. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Acórdão de 30 jun. 2008.

[21] Sebastian Manciaux cita M. Forteau. Caso Kenya. (MANCIAUX, Sébatien. L'ordre public international et l'arbitrage d'investissement. In: L'ORDRE PUBLIC ET L'ARBITRAGE, 2013, Dijon. [Actes du Colloque]. Sous la direction de Éric Loquin et de Sébastien Manciaux. Paris: Lexis Nexis, 2014. p. 41).

international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the States wisches to protect even when it is not directly concerned".[22] E, na Recomendação 1 (e) deu como exemplo de princípios substantivos fundamentais a proibição do abuso de direito, as regras antitruste, a proibição de corrupção e os princípios de boa-fé.

Para definir OP Internacional é preciso verificar quais os preceitos de ordem pública que o Brasil adota em suas relações internacionais,[23] porque a ordem pública internacional "[...] tem um âmbito mais restringido que o de ordem pública interna, e alcançaria unicamente aqueles princípios imperativos do ordenamento jurídico que deve manter-se no tráfico jurídico com o estrangeiro".[24]

O defeito da sentença estrangeira não será conhecido de ofício pelo Tribunal se for daqueles sanáveis de acordo com a nossa lei, como ocorre com o vício da convenção (art. 337, § 5º, do Código de Processo Civil). Porém, tratando-se de ofensa a princípios fundamentais do processo, assim como enumerados no art. 32 da Lei de Arbitragem, a matéria pode ser conhecida de ofício.[25]

31. A OP transacional, constituída de preceitos internacionalmente aceitos nas negociações internacionais, tais como os tratados, a *Lex Mercatoria* e a prática comercial. Os regulamentos dos centros de arbitragem também são fontes de direito processual internacional,[26] aplicáveis pelos árbitros nas arbitragens internacionais.

---

[22] NEW DELHI CONFERENCE. LEGAL ASPECTS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT, New Delhi, 2002. Commercial Arbitration Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. International Law Association; Committee on International Commercial: New Delhi, 2002. Disponível em: <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1136&StorageFileGuid=6da5d26c-c8ee-4989-95e5-9bd1589282d3>. Acesso em: 19 nov. 2018.

[23] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

[24] LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. *La impugnación del arbitraje.* Madrid: Reus, 2011. p. 173.

[25] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 59.

[26] BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Org.) *Arbitragem comercial*: princípios, instituições e procedimentos: a prática no CAM-CCBC. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 146.

32. São referidas espécies de ordem pública: *constitucional*, decorrente dos preceitos da Constituição da República, que acolhem certos princípios (por exemplo: respeito à coisa julgada); *processual*, ordenadores do processo, como os enumerados no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem; *material* (substancial ou de fundo), incidente sobre as relações de direito público ou privado, como os direitos intangíveis assegurados na Constituição (ex.: não discriminação).[27]

Também se diz que a ordem pública pode ser de proteção, quando passível de renúncia pelo contratante. Na União Europeia, o consumidor deve suscitar perante o juiz, na sua primeira intervenção, o desrespeito às regras de proteção que lhe são destinadas. Assim também no Brasil, pois o STJ tem entendido que a ofensa às regras de consumo não pode ser declarada de ofício pelo Tribunal.

Dominique Vidal faz a classificação entre ordem pública técnica e ordem pública fundamental. A primeira seria examinável com flexibilidade. No Brasil, temos previsão dessa hipótese na própria lei, como se vê do previsto no art. 39, parágrafo único, da LA, que exclui da ofensa à ordem pública a citação feita nos moldes da lei processual do país onde a arbitragem se realizou. A ordem pública fundamental (material), a qual não poderia ser negligenciada.[28]

33. O árbitro não está proibido de conhecer questões de ordem pública. Está proibido de versar sobre direito indisponível.[29]

Diante da questão de ordem pública, o juiz de controle (na ação de anulação ou no processo de homologação) deve expor os fundamentos

---

[27] "Une autre distinction permet de comprendre les manifestations de l'ordre public, distinction entre l'ordre public procédural et l'ordre public de fond (qui n'a au demeurant qu'une valeur principalement pédagogique, les textes ne distinguant pas les deux hypothèses". (RACINE, Jean-Baptiste. Droit de l'arbitrage. Paris: Puf, 2016. p. 595).

[28] VIDAL, Dominique. Droit français de l'arbitrage interne et international. Paris: Gualino, 2012. p. 299.

[29] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 44.

da decisão pelos quais aceita ou rejeita a alegação de violação à OP[30] (assim também o árbitro).

Na ação de anulação, deve conhecer de ofício da ofensa à ordem pública.[31]

34. O controle da ordem pública não pode importar em controle do erro cometido pelo árbitro. "Beaucoup traduisent cette idée en disant que le contrôle ne doit avoir ni pour objet ni pour effet d'aboutir à une révision de la sentence."[32] E, para reconhecer a ofensa à ordem pública, deve o juiz verificar se a situação significa não só atentado sério e concreto contra a disposição imperativa, mas, sobretudo, contra os fins que ela persegue.[33]

Vale lembrar a advertência de J. Almoguera, ilustre professor espanhol:

> […] la acción de abulación no debe ser cauce de comportamientos claramente oportunistas de la parte que ha perdido en un arbitraje. Para evitar que esto ocurra hay que acudir a la naturaleza contractual del arbitraje, al princípio general de la buena fé (y a los demás

---

[30] RACINE, Jean-Baptiste. Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international. In: L'ORDRE PUBLIC ET L'ARBITRAGE, 2013, Dijon. [Actes du Colloque]. Sous la direction de Éric Loquin et de Sébastien Manciaux. Paris: Lexis Nexis, 2014. p. 7.

[31] "Por otro lado, que no se exige esa alegación previa al planteamiento de la acción de anulación ex artículo 41 LA cuando se han producido infracciones de normas imperativas. Em estos supuestos las partes pueden diretamente plantear la anulación sin alegación previq de la norma, no produciéndose, al efecto, la consideración de la renuncia tácita, como en los supuestos anteriores" (VILAR, Silvia Barona. De la anulación y de la revisión del laudo. In: BARONA VILAR, Silvia (Coord). Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011. 2. ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 1.668).

[32] JARROSSON, Charles. L'intensité du contrôle de l'ordre public. In: L'ORDRE PUBLIC ET L'ARBITRAGE, 2013, Dijon. [Actes du Colloque]. Sous la direction de Éric Loquin et de Sébastien Manciaux. Paris: Lexis Nexis, 2014. p. 163.

[33] JARROSSON, Charles. L'intensité du contrôle de l'ordre public. In: L'ORDRE PUBLIC ET L'ARBITRAGE, 2013, Dijon. [Actes du Colloque]. Sous la direction de Éric Loquin et de Sébastien Manciaux. Paris: Lexis Nexis, 2014. p. 174.

> principios que derivan de el, entre los que destaca la prohibición de ir contra los actos propios.[34]

35. A ordem pública está referida na Lei de Arbitragem em dois dispositivos:

> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.
>
> § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. [...]
>
> Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:
>
> I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;
>
> II - a decisão ofende a ordem pública nacional.
>
> Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

A ordem pública do art. 2º é a OP interna; a do art. 39, II, é a OP internacional.

No que diz com a homologação de sentença arbitral estrangeira, não há dúvida sobre a limitação imposta pela ordem pública (ver anexo: STJ – precedentes). Na elaboração da importante Convenção de Nova York, Marike Paulsson observou que:

> [...] sem o art. V (2), os Estados Contratantes não teriam aceitado as obrigações da Convenção; os delegados deixaram claro que seus

---

[34] ALMOGUERA, Jesús. El oportunismo em la acción de anulación del laudo. In: JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo (Coord.). *Anuario de arbitraje 2016.* Madrid: Civitas, 2016. p. 88.

> países deveriam ter o direito de rejeitar sentenças cuja execução violaria as noções de ordem pública do país; os princípios de ordem pública devem ser observados sob a Convenção. Assim, o tribunal de execução pode, de ofício, recusar a execução da sentença [...] cuja execução violar suas noções de ordem pública.[35]

36. Resta examinar a questão da ordem pública e a sentença proferida no Brasil, uma vez que as hipóteses de sua anulação, previstas no art. 32, não contemplam a ordem pública.

Mas, embora essa omissão, a regra do art. 2º, § 1º, proíbe às partes escolherem regras de direito que violem a ordem pública.

Tal dispositivo não autoriza a ação do art. 32 quando houver violação à lei, nem quando constatado o descumprimento de precedente.

Porém, quando a sentença viola lei de conteúdo de ordem pública, ou quando o precedente consiste em enunciado de ordem pública, parece caso de anulação, não com base no disposto no art. 32, mas no art. 2º, § 1º. Não porque desatenda à lei ou ao precedente, mas porque viola a ordem pública.

Portanto, excluídos os precedentes vinculantes do STF, que são imperativos a todos por disposição constitucional, os demais precedentes em princípio não vinculam o árbitro. Só o serão quando a sentença desconhecer ou contrariar o preceito de ordem pública que o precedente eventualmente expressar.

37. Há muitos argumentos contrários à aplicação das súmulas vinculantes do STF ou dos princípios da ordem pública como causa de anulação da sentença interna.

É dito que, tendo os contratantes escolhido a arbitragem, se submeteram voluntariamente ao sistema arbitral, diverso do procedimento judicial. Mas a escolha não pode significar autorização aos árbitros para decidirem contra súmulas do STF, ou contra a ordem pública, nos expressos termos do art. 2º § 1º. Além disso, a escolha pela arbitragem é

---

[35] PAULSSON, Marike. *The 1958 New York Convention in Action.* The Hague: Kluwer, 2016, p. 217.

ordinariamente fundada em outras razões, como a conveniência de inexistir recurso, a confidencialidade, a rapidez.[36]

Diz-se que o sistema da arbitragem é autônomo e fechado em si, não se submetendo nem aplicando os princípios do processo civil. Também aí impende considerar que a própria lei da arbitragem remete aos princípios processuais civis, ao incluir, entre as causas de anulação, a ofensa aos princípios processuais de ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes, livre convencimento (art. 32), e ao fazer remissão às regras do processo de impugnação de sentença (art. 475-L do Código de Processo Civil/73 (art. 33, § 3º). Já a coisa julgada é preceito de natureza processual, protegida por disposição constitucional (art. 5º, XXXVI).

Há também justificada preocupação com a abertura de via ampla para a contestação das sentenças arbitrais perante o Judiciário, o que enfraqueceria o sistema. Mas a anulação por ofensa à ordem pública somente deve ser decretada em situação excepcional, diante de violação manifesta (art. 963, inc. VI, do Código de Processo Civil) e grave dos princípios da ordem pública e dos valores que ela quer preservar. Cabe ao Judiciário estabelecer esses limites, e o STJ tem atuado com especial prudência, quando se invoca a ordem pública.

A demora no processamento da ação ordinária de anulação realmente é uma perspectiva concreta, mas não pode ser causa de vedação de acesso ao Judiciário para garantir direitos subjetivos, e muito especialmente quando se cuida de interesse de ordem pública. Esse inconveniente, aliás, poderia ser sanado, *de lege ferenda*, com a instituição de um procedimento expedito, diretamente ao tribunal competente.

38. Juiz do controle deve se limitar a verificar se a sentença arbitral ofendeu, manifesta e gravemente, os objetivos das regras de ordem pública aplicáveis ao caso.[37]

---

[36] DELANOY, Louis Christophe. Le controle de l'ordre publica au ford par le juge de l'annulation. *Revue de l'Arbitrage,* Paris, p. 177-221, 2007.

[37] CARAMELO, António Sampaio. *A impugnação da sentença arbitral.* Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 101.

Lecionou Francisco José Cahali: "Existindo vícios na convenção, com ou sem arguição, por se revestirem, em princípio, de exigências consideradas de ordem pública, escapam da disponibilidade das partes, impedindo o seu saneamento por omissão".[38]

Na França, é intenso o debate entre minimalistas e maximalistas, aqueles sustentando que o juiz não deve entravar a eficácia das sentenças arbitrais, apenas cuidando de evitar atentados graves aos valores fundamentais, enquanto estes estão preocupados com a orientação jurisprudencial mais flexível, que permitirá violações à ordem pública, assim contraindo a regra legal. Mas é certo que:

> [...] ni la doctrine majoritaire, ni la jurisprudence française ne préconise la suppression pure et simple du controle de la conformité à l'ordre public des sentences appelées à la recoconnaissance ou à l'exécution sur le territoire français.[39]

Desde o arrêt Thalès (2004) concernente a uma sentença internacional, a Corte de Apelação de Paris decidiu que a violação à ordem pública internacional deve ser *flagrante, efetiva e concreta*.[40] Diante das críticas, a orientação talvez hoje predominante limitou a exigência de ser *efetiva e concreta.*

No Brasil, temos a regra do art. 963, inc. VI, do Código de Processo Civil, segundo a qual é requisito para a homologação de decisão estrangeira, "[...] não conter manifesta ofensa à ordem pública". A adjetivação somente consta nessa regra, mas deve servir de norte para todo o julgamento sobre a incidência do princípio da ordem pública.

39. A extensão da hipótese de anulação de sentença arbitral por grave ofensa à ordem pública não pode ser desconhecida, sob pena de

---

[38] CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 256.

[39] DELANOY, Louis Christophe. Le controle de l'ordre publica au ford par le juge de l'annulation. *Revue de l'Arbitrage,* Paris, p. 177-221, 2007.

[40] RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l'arbitrage*. Paris: Puf, 2016. p. 600.

gerar julgamentos contraditórios: não pode o juiz do STJ, em um dia, deixar de homologar sentença estrangeira porque ofensiva à ordem pública nacional; em outro, ao julgar recurso de ação de anulação de sentença local impugnada pelo mesmo motivo, afirmar que a ordem pública interna nesse caso pode ser descumprida, como se para as relações exteriores houvesse um ordenamento jurídico, a afastar a sentença estrangeira, enquanto a proferida no Brasil, com o mesmo defeito, é inatingível.[41] Nesse ponto, vale lembrar lúcidas lições dos autores do projeto da lei de arbitragem: "Concluo que não teria cabimento que o legislador se preocupasse em repelir ataques à ordem pública vindos de laudos proferidos no exterior, mantendo aberto o flanco às sentenças arbitrais nacionais".[42] No mesmo sentido a assertiva de Pedro A.B. Martins: "Se assim é, parece-me inaceitável que se controle a ordem pública em sentenças estrangeiras e o mesmo não aconteça naquelas exaradas em nossa própria jurisdição".[43]

40. Há o risco de ser fragilizada a autonomia da jurisdição arbitral se a qualquer tempo pudesse ser arguida a nulidade por ofensa à ordem pública. Para evitar essa situação prejudicial ao sistema, há de se impor, para o reconhecimento da ordem pública, excepcional gravidade da ofensa que não pode subsistir validamente no ordenamento jurídico. Cabe aos tribunais zelar para que isso não aconteça, que assim fortalecerão o respeito à arbitragem e preservarão a segurança jurídica.

41. Ainda observo que, estando a competência da jurisdição arbitral restrita aos direitos disponíveis, a maioria das situações em que poderia surgir a questão da ordem pública já está contemplada nos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem.

---

[41] O que contraria a própria natureza das duas ordens, porquanto a que deve ser observada na homologação de sentença estrangeira é mais aberta, e a de sentença interna, mais rígida.

[42] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 417.

[43] MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem.* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 319.

42. O respeito que deve ser dispensado à ordem pública é consagrado em legislações estrangeiras, assim como consta do Anexo, onde estão referidas normas nacionais e internacionais que consideram a ordem pública causa de anulação, da sentença interna, ou de recusa de homologação, da sentença estrangeira.[44]

Segundo Racine:

> Um arbitre qui entend assurer l'efficacité de as sentence est porte à rendre une sentence conforme à l'ordre oublic. De plus, il en va de la pérennité de l'institution arbitrale. L'arbitrage n'est une justice legitime que si elle permet de garantir les intérêts couverts par l'ordre public... Les arbitres ont donc un devoir de respecter l'ordre public dans leur acte de juger.[45]

43. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido nesse sentido:

> SEC 9.412/US (Abengoa x Ometto) – "A imparcialidade do juiz é princípio fundante do Judiciário brasileiro e se este concluir que, num caso de sentença submetida a processo de homologação para produção de efeitos em território brasileiro, esta rigorosa imparcialidade não está presente, a homologação deve ser negada por contrariedade à ordem pública, nos termos do art. 39 da Lei 9.307/96."[46]

---

[44] Interessante e esclarecedor o levantamento efetuado por Ricardo Almeida: nos Estados Unidos, a jurisprudência sobre a "manifest disregard of the law", a partir de um julgamento da Corte Suprema de 1953; na Inglaterra, a previsão de recurso ao juiz de decisão manifestamente errada. (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 262).

[45] RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l'arbitrage.* Paris: Puf, 2016. p. 506.

[46] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 – US.* Corte Especial. Requerente: Asa Bioenergy Holding A G.; Abengoa Bioenergia Agrícola Ltda.; Abengoa Bioenergia São Joao Ltda.; Abengoa Bioenergia São Luiz S/A.; Abengoa Bioenergia Santa Fé Ltda. Requerido: Adriano Giannetti Dedini Ometto; Adriano Ometto Agricola Ltda. Relator: Ministro Felix Fischer. Relator p/ acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Acórdão de 19 abr. 2017.

SEC 2.410/EX – "Consoante entendimento predominante do STJ, a cumulação da correção monetária com a variação cambial ofende a ordem pública nacional."[47]

AgInt SEC 11.845/EX – "Por essa razão (não há disposição sobre direito de visitas e sobre alimentos), a homologação se restringe à separação do casal. As disposições acerca do direito de guarda e do dever de pagar alimentos, por não terem sido claras, não podem ser homologadas em face da manutenção da ordem pública."[48]

SEC 854/EX – "Deferimento, em parte, da homologação, excluída apenas a ordem de desistência do processo nacional e a sanção penal, ante a ofensa à ordem pública pela parte excluída."[49]

SEC 5.543/EX – "Homologação de sentença estrangeira. Adoção. Contestação. Pai residente no Brasil. Ausência de citação. Ofensa à ordem pública."[50]

SEC 12.236/EX – "7. Nos termos dos artigos 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ e do art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é requisito indispensável à homologação de sentença estrangeira ter sido proferida por

---

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada n. 2.410 – EX.* Corte Espacial. Requerente: Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S/A.; Caf Brasil Indústria e Comércio S/A. Requerido: Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S/A. Relator: Ministro Francisco Falcão. Relatora p/ acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 18 dez. 2013.

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno na Sentença Estrangeira Contestada n. 11.845 – EX.* Corte Especial. Agravante: P P N C. Agravado: F L R. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Acórdão de 5 set. 2018.

[49] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada n. 854 – EX.* Corte Especial. Requerente: GE Medical Systems Information Technologies Inc. Requerido: Paramedics Electromedicina Comercial Ltda.; Paulo Iran Fagundes Werlang. Relator: Ministro Massami Uyeda. Relator p/ acórdão: Ministro Sidnei Beneti. Acórdão de 16 out. 2013.

[50] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada n. 5.543 – EX.* Corte Especial. Requerente: F G A. Requerido: A A. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 20 fev. 2013.

autoridade competente. 8. Pedido de homologação indeferido."[51]

44. Em conclusão: o árbitro deve aplicar a Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e o julgamento concentrado de controle da constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, o que não fará, se demonstrar sua não incidência; a sentença não pode decidir contra a ordem pública nacional; nos casos acima referidos, caberá ação de anulação da sentença, com base no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem; o sistema de arbitragem é peculiar e autônomo, mas não está no espaço, e sim inserido no ordenamento jurídico nacional, que deve respeitar naquilo que este tem de indispensável ao interesse público e inderrogável pelas partes; esse regime é o adotado pelas legislações estrangeiras e normas de direito internacional.

Anexo
Direito Comparado
Arbitragem e Ordem Pública

Quadro organizado pela Mestranda Inaê Oliveira

Convenções Internacionais

Convenção de Nova Iorque (1958) Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002.	Artigo V 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: [...]
	b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

[51] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada n. 12.236 – EX.* Corte Especial. Requerente: Thyssenkrupp Steel Europe AG. Requerido: Companhia Siderúrgica Nacional CSN. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Acórdão de 16 dez. 2015.

Convenção do Panamá (1975) Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 1.902, de 9 de maio de 1996.	Artigo 5 2. Poder-se-á também denegar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral, se a autoridade competente do Estado em que se pedir o reconhecimento e a execução comprovar: [...] b) que o reconhecimento ou a execução da sentença seriam contrárias à ordem pública do mesmo Estado.
Convenção de Montevidéu (1979) Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 2.411, de 2 de dezembro de 1997.	Artigo 2 As sentenças, os laudos arbitrais e as decisões jurisdicionais estrangeiros a que se refere o artigo 1 terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes, se reunirem as seguintes condições: [...] h) se não contrariarem manifestamente os princípios e as leis de ordem pública no Estado em que se pedir o reconhecimento ou o cumprimento.

Legislação estrangeira

Argentina *Ley de Arbitraje Comercial Internacional* (Ley n. 27.449, de 4 de julho de 2018).	*Capítulo 1 – Petición de Nulidad* Art. 98. Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los artículos 99 y 100. Art. 99. El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 13 cuando: […] b) El tribunal compruebe: […] II. Que el laudo es contrario al orden público argentino.
Bélgica	*Chapitre VII – Recours contre la sentence arbitrale*

Code Judiciaire de 10 de outubro de 1967, com alterações da Lei de 24 de junho de 2013.	Art. 1.717. […] § 3. La sentence arbitrale ne peut être annulée que si: […] b) le tribunal de première instance constate: ii) que la sentence est contraire à l'ordre public; *Chapitre VIII – Reconnaissance et exécution des sentences arbitrale* Art. 1.721. §1er. Le tribunal de première instance ne refuse la reconnaissance et la déclaration exécutoire d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, que dans les circonstances suivantes : […] b) si le tribunal de première instance constate : […] ii) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public.
Chile *Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional* (Ley n. 19.971, de 29 de setembro de 2004).	*Capítulo VII – Impugnación del laudo* *Artículo 34 – La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral* […] 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando: […] b) El tribunal compruebe: […] ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile. *Capítulo VIII – Reconocimiento y ejecución de los laudos* *Artículo 36 – Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución*

	1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: […] b) Cuando el tribunal compruebe: […] ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile.
Colômbia *Estatuto de Arbitraje Nacional y internacional* (Ley n. 1.563, de 12 de julho de 2012).	*Artículo 108 – Causales de anulación* La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio: […] 2. De oficio, cuando: […] b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.
Espanha *Ley de Arbitraje* (Ley n. 60/2003, com alterações em 2009 e 2011).	*Título VII – De la anulación y de la revisión del laudo* *Artículo 41 – Motivos* 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: […] f) Que el laudo es contrario al orden público. 2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.
França *Code de procédure civile*, com alterações do Decreto n. 2.011-48, de 13 de janeiro de 2011.	*Titre Ier: L'arbitrage interne.* *Chapitre V – L'Exequatur* Article 1.488. L'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public. L'ordonnance qui refuse l'exequatur est motivée.

	Chapitre VI: Les voies de recours Section 2: Le recours en annulation Article 1.492. Le recours en annulation n'est ouvert que si : […] 5° La sentence est contraire à l'ordre public;
	Titre II: L'arbitrage international. *Chapitre III: La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international* Article 1.514. Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international. *Chapitre IV: Les voies de recours* Article 1.520. Le recours en annulation n'est ouvert que si: […] 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.
Itália *Codice di procedura civile*, com alterações do Decreto n. 40, de 2 de fevereiro de 2006.	*Capo V: Delle Impugnazioni* *Art. 828. (1)* *(Impugnazione per nullità)* L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti: [...] L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. E' ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico. *Capo VII: Dei Lodi Stranieri*

	Art. 839. (1) *(Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri)* Il presidente della corte d'appello, accertata la regolarità formale del lodo, dichiara con decreto l'efficacia del lodo straniero nella Repubblica, salvoché: [...] 2) il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico.
Peru *Ley de Arbitraje* (Decreto Legislativo n. 1.071, de 27 de junho de 2008).	*Título VI – Anulación y Ejecución del Laudo* *Artículo 63 – Causales de anulación* 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: […] f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional. […] 6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
	Título VIII - Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros *Artículo 75 – Causales de denegación* […] 3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba: […] b. Que el laudo es contrario al orden público internacional.

Portugal Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro de 2011).	*Capítulo VII – Da impugnação da sentença arbitral* *Artigo 46.º – Pedido de anulação* [...] 3 - A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: b) O tribunal verificar que: [...] ii) O conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.
	Capítulo IX – Da arbitragem internacional *Artigo 54.º – Ordem pública internacional* A sentença proferida em Portugal, numa arbitragem internacional em que haja sido aplicado direito não português ao fundo da causa pode ser anulada com os fundamentos previstos no artigo 46.º e ainda, caso deva ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional.
	Capítulo X – Do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras *Artigo 56.º – Fundamentos de recusa do reconhecimento e execução* 1 - O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro só podem ser recusados: [...] b) Se o tribunal verificar que: [...] ii) O reconhecimento ou a execução da sentença conduz a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português.

Suíça *Loi fédérale sur le droit international privé*, de 18 de dezembro de 1967.	*Chapitre 12 – Arbitrage international* *Art. 190* 1. La sentence est définitive dès sa communication. 2 Elle ne peut être attaquée que: […] e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public.
Uruguai Ley de Arbitraje Comercial Internacional (Ley n. 19.636, de 26 de julho de 2018).	*Capítulo VIII – Impugnación del Laudo* *Artículo 39 – La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral* […] 2) El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: b) el tribunal compruebe: […] ii) que el laudo es contrario al orden público internacional de la República.

Lei Modelo da Uncitral

Lei Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, com as alterações adotadas em 2006.	*Capítulo VII – Recurso contra a sentença arbitral* *Artigo 34.º. Pedido de anulação como recurso exclusivo contra a sentença arbitral* (1) O recurso interposto contra uma sentença arbitral perante um tribunal estatal só pode revestir a forma de um pedido de anulação, nos termos dos parágrafos 2.º e 3.º do presente artigo. (2) A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal referido no artigo 6.º se (a) A parte que faz o pedido fizer prova de que: [...] b) O tribunal estatal constatar: [...]

(ii) Que a sentença arbitral contraria a ordem pública do presente Estado.

Capítulo VIII – Reconhecimento e Execução

Artigo 36.º. Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução: [...]

(b) O tribunal estatal constatar: [...]

(ii) Que o reconhecimento ou a execução da sentença contrariam a ordem pública do presente Estado.

Princípio da Individualização da Pena

Vicente Leal
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ministro Vicente Leal de Araújo

> "*... do mesmo modo que julgardes, sereis também vós julgados e, com a mesma medida com tiverdes medido, também vós sereis medidos*" (Mateus 7, 1-2).

1. INTRODUÇÃO

O Iluminismo, movimento cultural e espiritual que se desenvolveu no Século XVIII — o século das luzes —, foi o grande responsável pela transformação do Direito Penal contemporâneo.

O espírito das constituições demarcou esse novo tempo, animado da ideia de fixar limites à ação dos agentes do Estado, em face do temor do perigo sempre presente do despotismo, estigma dos costumes políticos que ensejaram a eclosão da Revolução Francesa de 1792.

Nesse cenário de movimentos de transformação, acendeu-se um farol que veio marcar uma nova era na história do Direito Penal: a obra de Cesare Bonesane, Marquês de Beccaria. Dei Delitti e Delle Pene, editada em 1764. Nela foram fincadas as vigas mestras de uma concepção humanista sobre o direito de punir e sobre o sentido das penas.

Sob a influência de Beccaria, foi promulgado o Código Penal Francês de 1810, no qual se firmaram os fundamentos do Direito Penal moderno, com princípios basilares intangíveis, como o *nullum crimen,*

nulla poena sine lege, a racionalização das penas, a proporcionalidade destas ao ato delituoso cometido, a humanização das penas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789, inseriu no seu texto regra preciosa, afirmando que "toda a sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição" (art. 16). A partir desse marco histórico, os povos civilizados buscaram situar as bases do sistema penal no bojo das franquias constitucionais. É que a função punitiva é a mais poderosa intervenção do Estado na vida do indivíduo.

O *jus puniendi* é, sem dúvida, o mais vigoroso instrumento de controle social. No exercício desse poder, no qual se coloca em depuração o *status libertatis*, de magnânima relevância para a vida, deve o Estado, por seus agentes, atuar com profunda cautela. Qualquer restrição ao direito de liberdade deve ser concebida com os olhos postos na grave repercussão que essa medida provoca na existência do ser humano.

Privado da liberdade por disposição do Estado, o homem é afastado do seu trabalho, da sua família, do seu espaço social, restando impedido de conquistar seus sonhos, de realizar cursos, de buscar novas oportunidades profissionais. Transforma-se em um número, titular de uma cela, personagem de um drama de miséria e de vergonha.

E a desonra de um sentenciado é medida pelo tempo de sua permanência no presídio. Quanto maior o período de clausura, maior é a ignomínia, o opróbrio, a degradação. É tempo negado ao convívio com os filhos, o cônjuge, os pais, os irmãos, os amigos. É um corte doloroso, irreversível e irremediável no prêmio divino da vida.

Com os olhos postos na magnanimidade do *jus libertatis*, os construtores do sistema adotaram um valioso modelo para definir, com justa precisão, o tempo de privação de liberdade de um homem como resposta à prática de um ato lesivo a bens relevantes.

Esse modelo é formado por um leque de princípios, na sua maioria inscritos no capítulo das garantias constitucionais. Nossa Carta Magna estabeleceu um precioso quadro de princípios que expressam vigorosas garantias ao cidadão em face do poder punitivo estatal.

Tais princípios, com moldura implícita ou explícita no texto constitucional, ora são dirigidos ao legislador ordinário, que deverá pautar a sua atividade legiferante na construção de um sistema fundado na valoração dos direitos humanos e na ideia de um direito penal mínimo e garantista, ora são dirigidos ao juiz, que, na sua magna e difícil função de aplicar a sanção ao infrator da lei penal, terá de humanizar valores dicotômicos, como sejam, a segurança da sociedade e a dignidade da pessoa humana.

A literatura jurídico-penal é rica na catalogação desses princípios. Cada autor, à sua visão exegética, estabelece um rol que não se esgota. O nosso estudo será, no entanto, centrado no Princípio da Individualização da Pena, com sumárias referências a outros princípios que se situam no mesmo plano teleológico de resguardo do *status libertatis*.

A relevância do tema decorre do seu enorme reflexo na realização da Justiça no campo do Direito Penal. A exata compreensão desse princípio é a pedra de toque para a realização do *jus puniendi* em harmonia com as ideias do humanismo.

2. CONCEITO E DOUTRINA

Individualizar é tornar individual, é caracterizar, é especializar, é distinguir (Aurélio).

Individualizar a sanção penal é situá-la com absoluta precisão na sua exata extensão, à luz do fato e das circunstâncias e nos termos do regramento aplicável, tomando-se sempre em conta a finalidade da pena e a pessoa do apenado concebida em sua plenitude individual, ele, que como ser humano, na expressão de René Ariel Dotti, "deve ser a medida primeira e última das coisas".

A individualização da pena se contrapõe às concepções do *jus puniendi* do passado, quando a fixação da pena situava-se no plano do puro arbítrio do juiz, evoluindo, num passo seguinte, para um sistema rígido, sem qualquer consideração sobre a pessoa do apenado e as circunstâncias particulares do delito.

Lombroso, considerado o pai da Antropologia Criminal, foi quem primeiro cuidou do estudo da personalidade do agente e, por isso, é considerado o precursor do princípio da individualização da pena.

Na verdade, o princípio em tela é o reflexo de maior fulgor do pensamento jurídico-penal do Estado contemporâneo, pois impõe limites ao direito de punir. Esses limites se situam nas diversas etapas de atuação dos agentes do Estado. Daí porque a individualização da pena se opera em três fases:

a) fase legislativa, ensejo em que o legislador, na qualidade de representante do pensamento da Nação, elegendo o bem jurídico tutelado, formula o preceito descritivo da conduta vedada (matar alguém) e estabelece a sanção, ou seja, a pena cominada, mensurada, em regra, em tempo de privação da liberdade, estabelecendo balizas entre o máximo e o mínimo do castigo (6 a 20 anos de reclusão);

b) fase judicial, contemplada em nosso sistema com moldura legal exemplar, quando o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e consequências do crime —, fixará aquela aplicável entre as cominadas, em quantidade necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, definindo, também, o regime inicial de cumprimento da sanção prisional;

c) fase executória, em que se conjugam ações judiciais e administrativas, de alta relevância no processo de ressocialização e de reinserção social do condenado, fase em que é de rigor a observância dos direitos fundamentais inerentes ao resguardo da dignidade da pessoa humana.

No estudo do tema, a doutrina é rica em preciosas fórmulas conceituais, que aqui merecem registro pela relevância do instituto como instrumento de garantia jurídica.

Guilherme de Souza Nucci preleciona que individualizar a pena é "*eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores*[1]".

José Antônio Paganella Boschi proclama que individualizar a pena "*implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular*[2]".

E, noutra passagem, o nobre mestre gaúcho acentua que o juiz "*não é livre para escolher qualquer pena, ou para mensurá-la na quantidade que bem entender, subordinado só aos limites cominados em abstrato ... Sendo o processo uma relação jurídica informada por direitos e deveres entre os sujeitos que nela intervêm, a opção qualitativa e quantitativa das penas é atividade regrada e, por isso, não dispensa fundamentação minuciosamente transmitida aos interessados*".

Luiz Vicente Cernicchiaro acentua, com a síntese própria do seu estilo: "*Individualização significa mensurar a pena ao caso concreto. Vários fatores são ponderados. De ordem objetiva e de ordem subjetiva*[3]".

Luiz Luisi afirma que "*O Juiz (...) nos limites que a lei impõe realiza sua tarefa de ajustamento da resposta penal em função não só das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado, e, também, do comportamento da vítima*[4]".

Gilberto Ferreira, culto magistrado paranaense, conceitua, de forma lapidar: "*Individualizar a pena (...) é a função do Juiz consistente em escolher, depois de analisar os elementos que dizem respeito ao fato, ao agente e à vítima, a pena que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*[5]".

E preleciona, em passo seguinte:

> "*Em razão dela, o Juiz é obrigado a meditar profundamente sobre todas as circunstâncias que envolvem o fato (...), analisar a conduta do réu não só presente, mas também passada, avaliando sua personalidade já a partir do seu meio de vida (...), apreciar o comportamento da vítima e medir a sua importância e colaboração no desencadeamento da ação criminosa*".

É valiosa a análise conceitual ao princípio efetuada pelo mestre gaúcho Rogério Zeidan:

> "*O arbítrio do juiz na fixação das penas deve atender além da exigência da legalidade estabelecida, também de finalidade de prevenção e de individualização da pena. Entretanto, a realização do Estado de Direito nessa atividade punitiva se aperfeiçoa, democraticamente, à medida que a observância dos preceitos de direito e ideológicos são*

exteriorizados no ato de sentença. Dessa forma, assegura ao cidadão a claridade e a previsibilidade do Direito[6]".

O Professor Canuto Mendes de Almeida assim definia o princípio:

"*A individualização da pena, no sentido restrito, é tarefa do Juiz, consistente em que, de acordo com as regras da lei, proporciona a pena, dentro dum certo arbítrio, não só ao fato e às circunstâncias objetivas do fato, mas, sobretudo e principalmente, às condições, às qualidades, aos característicos da personalidade do agente*[7]".

Magalhães Noronha, com as luzes do seu talento, esclarece:

"*O julgador não se pode limitar à apreciação exclusiva do caso, mas tem de considerar também à pessoa do criminoso, para individualizar a pena. (...) A pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, há de o Juiz considerar a pessoa de quem praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo de sua personalidade sem olvidar sobretudo a possibilidade de tornar a delinquir, ou a periculosidade*[8]".

Roberto Lyra, um dos monstros sagrados do Direito Penal do Século XX, ao enaltecer o princípio da individualização da pena — que "conquistou o apoio das principais escolas ecléticas ou unitárias e da escola positiva" —, asseverou na alvorada do Código Penal de 1940:

"*Nas mãos dos Juízes, o texto deixa de ser arbitrário, humanizando-se, sensibilizando-se, adaptando-se à vida e à personalidade de cada homem. Portanto, é a lei que renuncia ao seu egoísmo e vai palpitar ao ritmo flagrante do convívio social, através da toga*[9]."

Permanecem atuais os conceitos do grande Bento de Faria:

"*A pena há de consistir na ameaça de um mal como meio tutelar a ordem jurídica com a finalidade de reprimir e prevenir a criminalidade. (...) adequada e idônea, isto é, psicologicamente proporcional ao crime. (...) A pena portanto nem deve ser excessiva, para não correr o risco de se transformar em crueldade ilegítima, nem demasiadamente branda para não se tornar ilusória, em detrimento da justiça (...) E o critério político para se obter esse equilíbrio (...) só encontra ampla superfície na individualização penal, ou seja, a personalização das penas*[10]".

Do contexto de todas essas lições, construtoras de uma visão humanista do *jus puniendi*, tem-se a afirmação de uma doutrina cujas diretrizes apontam para a proteção da dignidade humana, valor fundamental do nosso sistema constitucional, em que não há espaço para a arbitrariedade e a violência estatal.

3. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA PERSPECTIVA HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Para a reflexão que se busca realizar neste artigo, é interessante que se visualize, embora em estreito espaço, a retrospectiva do tema na nossa história constitucional, de modo a sentir a sua evolução até os dias de hoje.

A individualização da pena, como princípio expresso, não constou do quadro de garantias das nossas primeiras quatro constituições.

A Constituição Imperial apenas recomendara, no seu art. 179, XXI, que "*as cadeias serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes*".

A primeira Carta Republicana, promulgada em 24 de janeiro de 1891, nada dispôs sobre o tema, apesar de expressiva e abrangente na afirmação dos direitos concernentes à liberdade (art. 72).

A Constituição de 1934, assim como a Carta do Estado Novo, marcadamente restritivas na formulação das garantias, foram silentes no tocante à individualização da pena.

A excelente Carta Política de 18 de setembro de 1946, afirmativa de um novo tempo, reflexo do sentimento de exorcismo dos males de uma década negra na qual o mundo assistiu o genocídio comandado por Hitler (1939-1945), em que também o Brasil experimentou as dores de uma ditadura de cunho fascista, inscreveu, no capítulo das franquias, preceito inédito em nível constitucional, do seguinte teor: "*A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu*" (art. 141, § 29).

A partir de então, o princípio esteve entronizado nas nossas sucessivas constituições.

A Constituição outorgada em 14 de janeiro de 1967 dispôs sobre o princípio em preceito sintético: "*Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena*" (art. 150, § 13).

A Emenda Constitucional 1/69, que, sem participação do Congresso Nacional, deu nova versão à Carta de 1967, manteve o mesmo preceito, com idêntica expressão, no art. 153, § 13.

4. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 05 de outubro de 1988, inspirada pelos ventos da reabertura democrática que marcou a alvorada da década de 1980 e que, por isso mesmo, conferiu grande importância à dignidade da pessoa humana, deu maior expressão ao princípio em referência, estabelecendo em seu art. 5º, inciso XLVI, os modelos de pena:

> "*A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:*
>
> *a) privação ou restrição da liberdade;*
>
> *b) perda de bens;*
>
> *c) multa;*
>
> *d) prestação social alternativa;*
>
> *e) suspensão ou interdição de direitos*."

E, de logo, consignou norma de relevo pertinente à fase executória: "A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (art. 5º, XLVIII).

Como visto, a Carta atual deu maior elastério ao princípio, agregando ao núcleo as espécies de pena e fixando diretriz para a fase executória. Abriu, com a nova moldura, espaço para um sistema punitivo adequado aos tempos modernos, quebrando o quase exclusivo modelo de encarceramento, reconhecidamente falido e inoperante para os altos desígnios de recuperação e ressocialização do condenado.

Como já mencionado, a Carta de 1988, na montagem de suas colunas, elegeu a dignidade da pessoa humana como pedra angular, como núcleo central de valores. Coerente com essa linha filosófica, os seus

construtores fizeram inserir no rol das franquias um leque de princípios que compõem o espectro de luz orientador dos caminhos do legislador e do juiz na realização das diversas fases da tarefa crucial de individualização da pena.

Entre tais princípios, merecem destaque os seguintes:

a) Princípio da legalidade

Definido em expressão lapidar em nossa Carta (*"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*" - art. 5º, XXXIX), o princípio em tela é a pedra de toque do sistema penal. De inspiração iluminista, consagra o clássico axioma do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, reconhecido por todas as nações civilizadas. O seu reflexo no tema enfocado neste estudo — a individualização da pena — se situa no ponto em que impõe ao legislador o dever de formular tipos penais taxativos e fixar penas razoáveis, evitando o uso de tipos abertos, abrangentes ou indeterminados, susceptíveis de subsumirem no seu espaço um largo elenco de fatos e ensejarem a prática de perigosa discricionariedade na realização da justiça penal.

A ideia de proteção da sociedade, hoje erigida em verdadeiro clamor pela mídia, não pode resvalar para a formulação de leis penais com tipos abertos, deixando em desabrigo as garantias individuais.

De outra parte, merece repulsa, à luz da doutrina que se embasa na dignidade da pessoa humana, a cominação de penas graves, com largo espaço entre o mínimo e o máximo, ensejando condenações desproporcionais.

b) Princípio da personalidade

Na individualização da pena, é de inegável relevância que o juiz receba as luzes do princípio da personalidade, também nominado de princípio da pessoalidade, inserido em nossa Carta Magna no capítulo das franquias — CF, art. 5º, XLV —, expresso na oração "*nenhuma pena passará da pessoa do condenado...*".

Tal princípio, conquista dos tempos do humanismo, afasta a possibilidade da extensão da pena a pessoas estranhas ao delito. De outra

parte, impede que sobre o sentenciado sejam desferidos preconceitos de qualquer natureza: sua raça, origem, profissão ou religião, bem como a espécie do crime, as campanhas de mídia, ou a política de segurança, como motivo para exasperação da pena. O juiz deve compreender a pessoa do acusado em seu contexto de vida, numa visão humanitária, porém nunca agravar o seu castigo, no momento da condenação penal, por ser nordestino, por ser filho de marginal, por morar em favela, por ser pobre, preto ou morador de rua.

Além disso, há de considerar, na imposição da pena e do modelo do regime prisional, que os efeitos da sanção prisional atingem inexoravelmente a família do apenado, que, embora não tenha praticado o crime, sofrerá graves consequências.

c) Princípio da isonomia

A tão decantada isonomia jurídica, sonho de todos os pensadores que construíram a doutrina do humanismo, é de alta relevância na concepção do processo de individualização da pena.

Assim como a liberdade, a igualdade é um dos maiores valores que inspiram a democracia. Quando a nossa Carta Magna afirma, na abertura do capítulo das franquias, que "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*" (art. 5º, *caput*) e, no topo do rol dos direitos e garantias, proclama que "*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*" (art. 5º, I), situa a magnitude do princípio da isonomia jurídica, conferindo-lhe a natureza de primado entre todos os dogmas do modelo democrático-republicano.

E, quando se trata da atuação do Estado na restrição da liberdade, o princípio adquire maior expressão, impondo-se que se conceba, além da igualdade das pessoas perante a lei, também a igualdade das pessoas na lei, vedando que esta estabeleça desigualdades.

É relevante acentuar que, na mensuração dos valores, não deve o legislador nem o juiz qualificar em primeiro plano o Estado, no seu papel de mantenedor da segurança e da ordem, mas sempre situar o indivíduo como o destinatário das garantias.

Como o homem não foi feito para o sábado, mas o sábado para o homem, na dicção bíblica, assim também é certo que o Estado foi feito para o indivíduo, e não o indivíduo para o Estado.

Nessa perspectiva, é imperativo que seja contida a onda de criminalização de condutas mais presentes nas camadas miseráveis da sociedade. Vejam-se, por exemplo, as recentes leis que definiram como crime condutas antes tipificadas como contravenção penal, como porte de arma e direção de auto sem habilitação. Daqui a pouco será criminalizada a ocupação desautorizada de terras ou prédios vazios pelos miseráveis sem-terra ou sem-teto, ação própria dos indigentes. Tal postura importará em patente desrespeito à ideia do Direito Penal moderno, que põe em relevo as diferenças individuais, de modo a assegurar o tratamento isonômico de todos perante a lei.

Um outro exemplo de desrespeito ao princípio da isonomia na individualização da pena encontrava-se presente na regra do parágrafo 1º do inciso II do art. 2º da Lei 8.072/1990 vigente até março de 2007, que vedava a progressão do regime prisional aos condenados por prática dos chamados crimes hediondos. A crítica a tal preceito era unissonante em todos os espaços da atividade jurídica e sobre o tema voltaremos em capítulo posterior deste estudo.

d) Princípio da proporcionalidade

Embora sem expressa previsão no texto da Carta Magna, o princípio da proporcionalidade exsurge da compreensão exegética do sistema de garantias e representa no direito moderno dogma maior de hermenêutica, dirigido à busca do equilíbrio entre o exercício do Poder Estatal e a preservação dos direitos fundamentais do homem.

Em matéria penal, esse princípio apresenta-se em expressão de magnitude, pois é com os olhos nele que tanto o legislador como o juiz realiza a aferição dos valores para uma razoável e adequada cominação da pena (o legislador) e uma necessária e suficiente fixação da pena (juiz).

A medida do justo e do razoável na formulação das leis penais deve, necessariamente, considerar os valores espirituais e morais inerentes

à pessoa humana, sem a deturpada influência de campanhas midiáticas de ocasião, nem a inspiração de setores retrógrados da comunidade jurídica.

Não seria lógico, nem razoável, nem justo, nem humano que se editasse lei definindo como crime a ação de "ultrapassar o semáforo com luz vermelha" e se cominasse a esse "crime" a pena de 4 a 8 anos de reclusão. De outra parte, seria desumano que se condenasse a cumprir pena de prisão uma pobre mulher por ter sido surpreendida pela segurança do supermercado quando tentava subtrair uma lata de leite para alimentar o filho faminto.

Daí a magna importância do princípio da proporcionalidade, quando o Estado-Legislador ou o Estado-Juiz manejam sua atuação na individualização da pena. E, nesse momento, tem grande relevo o papel da jurisprudência. O juiz, no momento de marcar o castigo estatal sobre o infrator da lei penal, deverá visualizar, em primeiro plano, o conjunto de valores constitucionais que colocam em pedestal a dignidade da pessoa humana, após o que, de modo razoável e proporcional, concretizará a justa pena.

Merece repulsa, por outro lado, a linha de pensamento de determinados segmentos da cena coletiva que defendem uma Política Judiciária de extremo rigor punitivo, sem o devido apreço pelos direitos constitucionais do réu. Tal política, que se expressa na construção de uma jurisprudência repressiva e pugna pela elaboração de leis penais introdutoras de novos tipos e de penas mais graves, encontra-se de costas para os avanços da civilização moderna e parece querer retornar ao medievo período da vingança pública.

Dentro dessa perspectiva, é de se reconhecer que o princípio da proporcionalidade aponta, inexoravelmente, para a imperiosa observância do primado da Constituição no que concerne aos direitos e garantias fundamentais.

e) Princípio da humanidade

A Carta de 1988, no seu portal de entrada, colocou em trono de ouro o princípio da humanidade ao proclamar como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana.

Nessa linha filosófica, a Constituição brasileira, uma das mais avançadas da atualidade na seara do humanismo, inscreveu no seu bojo um expressivo leque de princípios em matéria penal.

Sem dúvida, nela se adotou o pensamento afirmativo do chamado direito penal de humanidade, de origem iluminista e inspirado na doutrina dos novos tempos, concebida e difundida a partir da edição da obra clássica de Cesare Beccaria - Dei Delitti e Delle Pene.

A marca do culto ao humanismo em nossa Carta encontra-se firmada em diversos cânones, sendo relevante destacar, no ponto em que interessa ao presente estudo, as seguintes disposições, insertas no capítulo das franquias:

> "*Art. 5º, XLVII - Não haverá penas:*
>
> *a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
>
> *b) de caráter perpétuo;*
>
> *c) de trabalhos forçados;*
>
> *d) de banimento;*
>
> *e) cruéis;*"

Tais disposições, que parecem dirigidas apenas ao legislador, são, todavia, dogmas de permanente reflexão para os juízes no momento de fixação da pena.

Outras garantias constitucionais, pertinentes à fase de execução penal, merecem destaque:

> "*Art. 5º:*
>
> *XLVIII - A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.*
>
> *XLIX - É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.*"

Tais garantias permanecem, todavia, apenas no plano ideal, à vista da desumana e degradante situação dos nossos presídios, onde pessoas vivem em deplorável estado de degeneração pessoal, amontoadas em celas fétidas, sem espaço sequer para estenderam o corpo durante o imperioso

sono, em aberrante promiscuidade, onde proliferam os piores males que destroem a dignidade e a integridade física e moral do ser humano.

A situação ignominiosa das nossas prisões não pode ser ignorada pelos juízes de qualquer instância no momento crucial em que realizam a individualização da pena, operação essa que deve ser concebida com profunda cautela, por envolver indagações não apenas de ordem jurídica, mas também de natureza filosófica, sociológica e humanitária.

f) Princípio da fundamentação das decisões judiciais

Situado fora do capítulo das franquias, o princípio constitucional da imperativa fundamentação das decisões judiciais é, todavia, dogma de magnitude na afirmação do Estado de Direito e tem especial relevância em sede de individualização da pena.

O Estado Democrático de Direito, repita-se essa ideia, não contemporiza com o arbítrio judicial. O autoritarismo que predominou até o século XVIII, quando tinha vigor a expressão "*L´État c'est moi*", de Luís XIV, sucumbiu com a Bastilha. Qualquer ação estatal, para ter legitimidade, deve atender à finalidade pública e, por isso, há de ser aferida por meio de suficiente e adequada motivação, que é a pedra de toque que confere valor à atuação do Estado.

Quem primeiro clamou, entre nós, contra a produção de sentença não fundamentada foi o imortal Rui Barbosa, em defesa formulada perante o Supremo Tribunal Federal, na alvorada da República, verberando que tal exigência é dogma fundamental ao Estado Democrático e indispensável à jurisdição imparcial e ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

As decisões judiciais expressam uma das mais poderosas manifestações do Estado, sempre com expressiva repercussão na vida das pessoas e, por isso, devem ser sobejamente fundamentadas. Assim preceitua o Código de Processo Penal — art. 381, III ("*a sentença conterá (...) a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão*").

Todavia, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais somente foi erigida ao patamar de princípio constitucional com a Carta de 1988, que, em seu art. 93, IX, estabelece, *verbis*:

> "*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...*"

O preceito *sub examen* encontra no estudo da individualização da pena espaço de real importância. É que no nosso sistema, em que as balizas da cominação legal se situam em pontos distantes, a fixação da pena deve ser precedida de um meticuloso exame de cada hipótese do leque de circunstâncias judiciais e legais que molduram o quadro normativo pertinente a essa operação.

É, todavia, deplorável o arraigado costume de considerável parcela de juízes que, na individualização da pena, se limitam apenas a fazer referência nominal às circunstâncias judiciais, sem precisar os fatos que a elas se subsumem. A decantação de cada situação fática e o seu encasamento no preceito regente é fundamental para a validade da sentença.

Segundo o magistério do Professor Antonio Scarance Fernandes, *"a motivação, para que atenda à finalidade inspiradora de sua exigência constitucional, deve ser clara, coerente e completa" sendo inaceitável a motivação implícita, porque insuficiente e imprestável para satisfazer o preceito do art. 93, IX, da Carta Fundamental. E, citando o pensamento de Rogério Lauria Tucci, acentua que a motivação implícita é "aquela em que a fundamentação do julgado carece de um raciocínio lógico e direta, reclamando, para sua compreensão, a análise conjunta de argumentos principais e subsidiários*[11] *".*

O tema, pela sua importância, merece uma análise mais profunda, o que se fará no capítulo seguinte.

5. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. RETROSPECTO HISTÓRICO

Para uma boa compreensão do presente e uma melhor projeção do futuro, é salutar e necessária uma permanente visão do passado.

No período do Brasil-Colônia, tinha vigor entre nós as Ordenações Filipinas, cujo Livro V tratava dos crimes, das penas e do processo penal.

Naqueles tempos, segundo menciona Galdino Siqueira, a lei penal desconhecia o princípio da personalidade da responsabilidade criminal, *"fazendo recair a infâmia do crime na pessoa dos descendentes do*

delinquente" dava "predomínio ao arbítrio judicial, não resguardando a liberdade individual dos abusos, consagrava um sistema de penalidade que, inspirado nas ideias de expiação e de intimidação, se distinguia pela crueldade, prodigalizando-se as penas infamantes e de morte, requintada a crueza na sua execução e no emprego da tortura para a obtenção de confissões[12] *".*

Com a Independência e o Império, buscou a nova Nação organizar o seu quadro normativo, por expressa recomendação da Assembleia Nacional Constituinte.

Veio a lume, então, o Código Penal do Império, segundo Nelson Hungria, o primeiro código autônomo da América, já inspirado pelos bons ventos do Iluminismo, abrandando o rigor das penas. Sem expressa referência ao termo individualização, já estabelecia regras sobre a maneira "como se hão de impor e cumprir" as penas. Merecem registro, a propósito, os seguintes artigos:

> "*Art. 33 - Nenhum crime será punido com penas que não sejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grão máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos Juízes se permitir o arbítrio*."
>
> "*Art. 63 - Quando este código não impõe pena determinada, fixando somente o máximo e o mínimo, considerar-se-ão três grãos nos crimes, com atenção ás suas circunstancias agravantes ou atenuantes, sendo o máximo o de maior gravidade, á que se imporá o máximo da pena; o mínimo, o da menor gravidade, á que se imporá a pena mínima; o médio o que fica entre o máximo e o mínimo, a que se imporá a pena no termo entre os dons extremos e os dados*."

Ainda tinha vigor o sistema de penas fixas e se permitia a imposição de penas ao arbítrio do juiz, sem balizamento legal.

O Código Penal de 1890, o primeiro da República (Decreto 847, de 11/10/1890), também não dispôs, expressamente, sobre o processo de individualização da pena. Todavia, introduziu em vários preceitos noções dirigidas a uma justa fixação da pena e a sua execução.

Em longo título, arrolou circunstâncias agravantes e atenuantes, merecendo destaque a atenuação da pena "quando o criminoso não estiver

em condições de compreender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e consequências de sua responsabilidade" (art. 38, § 2º, d).

Ao dispor sobre a fixação da pena, seguiu, na essência, o modelo do Código de 1830, assim estabelecendo, *verbis*:

> "*Art. 62 - Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o máximo e o mínimo, considerar-se-ão três graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais serão aplicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:*
>
> *§ 1º. No concurso de circunstâncias agravantes e atenuante que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena será aplicada no grau médio.*
>
> *§ 2º. Na preponderância das agravantes a pena será aplicada entre os graus médio e máximo, e na das atenuantes entre o médio e o mínimo.*
>
> *§ 3º. Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstâncias agravantes sem alguma atenuante, a pena será aplicada no máximo, e no mínimo se for acompanhada de uma ou mais circunstancias atenuantes sem nenhuma agravante*."

E, no tocante à execução da pena, o Código Republicano introduziu excelente regra de individualização no seu art. 53: "*Ao condenado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir pena, trabalho adaptado às suas habilitações e precedentes ocupações*".

Quanto à progressão de regime prisional, dispunha que o condenado à prisão celular por mais de seis anos, mostrando bom comportamento, poderia ser transferido para uma penitenciária agrícola para cumprir a última metade da pena (art. 50).

Também previa a concessão de livramento condicional (art. 51).

Como exsurge dos preceitos transcritos e referenciados, é de se reconhecer que o Código Penal de 1890, embora de forma tímida, introduziu no sistema a ideia de individualização da pena, seja na fase de fixação, seja na fase de execução.

Vale registrar que, na vigência desse Código, foi introduzido pelo Decreto 16.588, de 06/09/1924, o instituto da suspensão condicional da pena, segundo o modelo francês do "*sursis à l´execution de la peine*".

No texto da Consolidação das Leis Penais, organizada pelo Desembargador Vicente Piragibe e aprovada pelo Decreto 22.213, de 14/12/1932, não ocorreu nenhuma novidade no quadro normativo.

Somente no Código Penal de 1940 (Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940) foi efetivamente introduzido o princípio da individualização da pena, concebido na seguinte moldura legal:

> "*Art. 42 - Compete ao Juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:*
>
> *I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;*
>
> *II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável*" (redação original)

O novo regramento, considerado então uma grande conquista e um largo passo na modernização do Direito Penal brasileiro, afastou o critério aritmético do Código de 1890 e impôs limites ao poder discricionário do juiz.

Nos arts. 44 e 48, alargou o espectro das circunstâncias legais e, nos arts. 49 e 50, introduziu regras aplicáveis aos casos de concurso de circunstâncias e de causas de aumento ou diminuição de penas, pondo em destaque os motivos determinantes do crime e a personalidade do agente. São cânones que buscam, em essência, a adequada individualização judiciária da pena.

Na opinião de Roberto Lyra, à época, *"o art. 42 é o mais importante do Código, não só pela decisiva influência de sua aplicação na defesa social e na tutela individual, como pela conquista em que importa para a evolução do nosso direito penal" pois no mencionado preceito foram traçados "os roteiros fundamentais para a determinação qualificativa e quantitativa da pena*[9]".

Por último, adveio a reforma penal introduzida pela Lei 7.209/1984, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal.

6. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO ATUAL

Com a Reforma Penal de 1984, que deu nova redação à Parte Geral do nosso Código, concebida sob as luzes do constitucionalismo e das doutrinas afirmativas dos ideais de liberdade e de democracia, conferiu-se ao princípio maior expressão, sendo moldado em preceitos lapidares que bem refletem o ideário de se promover uma política criminal humanitária, voltada essencialmente para as finalidades da pena.

A reforma alcançou também o sistema penitenciário, sistematizado pela Lei 7.210/84, que deu novo modelo à execução penal, entronizando como primado "*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado*" (art. 1º).

Além da pena privativa de liberdade, introduziram-se outras espécies de sanção, que no modelo anterior tinham natureza acessória, apontando-se, assim, para a ideia de reduzir o espaço da pena prisional, considerada por todos os estudiosos do assunto como um instrumento fracassado e ineficaz.

Os construtores do projeto da Reforma, juristas de escola (Assis Toledo, Ariel Dotti, Lauria Tucci, Reale Junior, entre outros), conceberam um modelo de longo alcance, com diretrizes expressas num espectro abrangente, composto de forma lapidar em dois dispositivos básicos:

> "*Art. 59 - O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*
>
> *I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;*
>
> *II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*
>
> *III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;*
>
> *IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento*."

O primeiro preceito — art. 59 — estabelece o roteiro preciso a ser seguido pelo juiz no processo de individualização da pena, num encadeamento lógico que deve ser decantado ponto por ponto, atendendo ao dogma maior da imperativa fundamentação do julgamento.

Por primeiro, deve o juiz aferir, à luz da verdade real provada no processo, a presença das chamadas circunstâncias judiciais de natureza subjetiva, assim arroladas:

Culpabilidade - Envolve o estudo do comportamento do agente no momento da prática do delito, quando se afere o grau de censurabilidade de sua postura, a situação concreta em que se desenvolveu a sua ação, a maior ou menor exigibilidade de outra conduta, a eventual premeditação, bem como a maior ou menor consciência da ilicitude de seu ato;

Antecedentes - Devem ser concebidos como a história do agente, a chamada vida pregressa, as suas ações no espaço em que pontifica, que podem ser qualificadas como boas ou más. Neste ponto, é relevante que não se conceituem como maus antecedentes a existência de inquéritos policiais arquivados, absolvições criminais ou prescrições de pretensão punitiva. De outra parte, não podem ser consideradas condenações anteriores que se situam noutro lugar, sob o título de reincidência (arts. 63 e 64);

Conduta social - É o modo de vida e o conceito do agente no seu meio social, familiar e profissional, com os seus méritos ou os seus deméritos;

Personalidade - É o retrato moral do agente, sua boa ou má índole, seu modo de ser e de agir na rotina da vida, seu caráter.

No passo seguinte, com os olhos postos na realidade comprovada nos autos, o juiz examinará as circunstâncias judiciais de natureza objetiva, exaustivamente alistadas na norma regente, que são:

a) Motivos do crime - Compreendidos como as razões que levaram o agente ao cometimento do ilícito penal, ou, na expressão de Cezar Roberto Bitencourt, "*constituem a fonte propulsora da vontade criminosa*[13]". Na verdade, é o motivo que torna o ato criminoso tolerável ou execrável;

b) Circunstâncias - São as situações de fato que conferem características à ação criminosa, como o modo de agir, o meio utilizado,

as condições de tempo e de lugar, não abrangendo, todavia, nenhuma daquelas circunstâncias legais arroladas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal;

c) Consequências do crime - É o dano, em sua extensão, causado ao bem jurídico tutelado, seja, a dimensão do mal provocado, sem, contudo, abranger o fato típico;

d) Comportamento da vítima - Consubstancia matéria nova, introduzida no modelo em razão da relevância que pode ensejar para a incidência da lei penal a postura da vítima, podendo minimizar ou até afastar a culpa do réu. Sublinhe-se que, na Exposição de Motivos da Reforma de 1984, ficou consignado que o comportamento da vítima pode ser "*erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa*".

Examinadas, medidas e sopesadas essas circunstâncias, o juiz, em sequência, fará a opção por uma pena, fixada no espaço da cominação prevista para o tipo, seja, entre o mínimo e o máximo marcados na lei, "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

A parte final do preceito identifica a visão teleológica do nosso sistema penal, que adotou a teoria Militarista ou preventiva, afirmativa do brocardo latino *punitur et ne peccetur* (pune-se para que não mais peque), aliando-se as finalidades preventiva e repressiva, que se conjugam com a finalidade ressocializadora, expressamente recomendada no art. 1º da Lei de Execução Penal.

O binômio reprovação e prevenção deve constituir ponto de grave reflexão no momento final de eleição da pena-base, para que a sanção imposta não resvale para os tenebrosos caminhos retributivos (*punitur cuia peccatum est*), sob o impulso de qualquer preconceito ou sob o ânimo ou a pressão de campanhas midiáticas que patrocinam, de forma sub-reptícia e disfarçada, a adoção de uma política criminal marcada pelo retrocesso, com desprezo pelas conquistas democráticas e pelo sentimento humanitário, resultado de tantas lutas empreendidas por homens e mulheres de espírito iluminado que espargiram nos diversos recantos da terra a mensagem divina do amor ao próximo.

Fixada a pena-base, segue-se o exame da eventual existência das chamadas circunstâncias legais, as agravantes — arroladas nos arts. 61 e 62 do Código — e as atenuantes — especificadas nos arts. 65 e 66 —, constituindo esta a segunda fase da chamada dosimetria da pena.

Essa sequência, de natureza imperativa, é expressa com clareza solar na regra do art. 68 do Código, retrotranscrita, considerado o preceito de maior perfeição do sistema, que adotou em definitivo o sistema trifásico, sepultando a histórica divergência doutrinária entre Nelson Hungria e Roberto Lyra, os maiores expoentes do nosso Direito Penal no passado.

O último passo do processo de individualização da pena, de magna importância para os objetivos de reeducação e de reinserção social do apenado, é a definição do regime inicial de cumprimento da pena prisional, ensejo em que, se for o caso, também, se decidirá sobre a substituição desta por outra espécie de sanção.

Completa-se, assim, o ciclo de individualização judiciária da pena. E, nas sucessivas etapas, deve o juiz situar no centro de suas reflexões as luzes de outros princípios constitucionais que interagem e que conferem efetividade ao princípio de que trata este estudo, e que foram objeto de sucinta referência em capítulo anterior, com destaque para os princípios da proporcionalidade e da fundamentação das decisões judiciais.

Com efeito, a jurisprudência nacional e a doutrina autorizada são unissonantes no sentido de que, em cada etapa do processo de individualização da pena, é imperativa a necessidade de demonstração motivada do seu balizamento, com decantação da incidência de cada circunstância à luz dos fatos provados, não se admitindo colocações genéricas, desprovidas de precisa e adequada fundamentação.

7. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência é a fonte mais preciosa do direito porque reflete o pensamento resultante da experiência concreta da lei, porque traduz o árduo labor daqueles que efetivam a Justiça. O grande debate da vida do homem no momento doloroso em que se depara com uma relação conflituosa é desencadeado no Judiciário, para onde se dirigem os clamores da existência humana.

Apesar da magnitude do papel da jurisprudência na organização e pacificação da vida, ela — a jurisprudência — sempre caminha a passos lentos. Muitas vezes um tema de grande importância levado a juízo permanece no campo das divergências por longos anos até que seja dada a palavra final.

Em matéria penal, tal fenômeno também é ocorrente, causando sempre graves prejuízos ao direito de liberdade. As leis, até mesmo a Constituição, demoram a se afirmar na cabeça dos operadores do direito.

O princípio da individualização da pena, apesar de expressamente previsto em nosso sistema desde 1940, tem sido concebido sem grande prestígio e até com desprezo no espaço da toga.

O Superior Tribunal de Justiça tem sido o grande luminar na afirmação desse princípio, consolidando, a cada julgamento, a relevância e a extensão do tema, seja pela sua dignidade constitucional, seja pelo seu reflexo na garantia do direito de liberdade.

Merecem, a propósito dessas considerações, que se registrem no espaço deste estudo alguns precedentes daquele Superior Tribunal, expressivos do seu pensamento exegético:

> "*Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e consequências do crime —, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente abrandada, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade.*
>
> *- A relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser concebida como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recuperação moral e social do réu.*" (REsp 90.171-SP, Sexta Turma, Relator LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator para acórdão Ministro VICENTE LEAL, *in* DJ de 12/08/1997, p. 36.287, RT 745-528.)

"*1. Os elementos que informam a individualização judicial da pena, na sentença, estão contidos, por inteiro, no art. 59 do Código Penal, compreendidas, pois, as denominadas "circunstâncias judiciais" que outras não são que não aqueles mesmos elementos, quando a lei penal não lhes atribui função obrigatória como circunstância legal, agravante ou atenuante, ou causa de aumento e diminuição, e cuja função deve ser determinada pelo juiz, caso a caso.*

2. Por certo, assim, nenhuma diferença ontológica há entre as circunstâncias judiciais, legais e as causas de aumento ou de diminuição de pena, assinalando, como assinalam, tão só, funções dos elementos de individualização de resposta penal.

3. Não é menos correto, por outro lado, que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

4. A imposição de regime mais gravoso, entre os admitidos em lei, requisita, necessariamente, fundamentação específica (Constituição Federal, artigo 93, inciso XI)." (HC 40.093-RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, *in* DJ de 12/09/2005, p. 375.)

"*2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33 c/c o art. 59, ambos do Código Penal.*

3. Esta Corte firmou o entendimento de que "o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias

judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República" (STJ, 5ª T, HC 241.599/MT, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 26/03/14).

4. No caso, o magistrado singular, ao exasperar a pena-base em 1 (um) ano e considerar desfavoráveis as condições pessoais da paciente valeu-se tão somente da gravidade abstrata do crime e de argumentos abstratos e inerentes ao próprio tipo penal, fixando, ao final, o regime fechado com base na hediondez do delito. A Corte a quo fixou o regime fechado, com base na natureza e na quantidade da droga (5 pedras de crack, pesando 0,6g), não apontando elementos concretos a justificar o regime inicial fechado.

5. Em que pese a natureza da droga apreendida, a quantidade é pequena, de modo que não subsiste fundamentação idônea a amparar a aplicação do regime mais gravoso, uma vez que, tanto o Juízo sentenciante como o Tribunal de origem não indicaram motivos concretos e idôneos que extrapolem a subsunção do fato criminoso. Soma-se a isso a ausência de fundamentação suficiente para exasperar a pena-base, medida que implica, consoante entendimento desta Corte, a sua fixação no mínimo legal, o que não é possível no caso dos autos, uma vez ocorrido o trânsito em julgado.

6. Considerando a ausência de fundamentação idônea para a exasperação da pena-base, o fato de a paciente ser primária e o quantum da pena aplicada - 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa -, deve ser fixado o regime semiaberto para o início da expiação da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção imposta." (HC 328.593/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 15/12/2015)

"*VI - Quanto à fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena, verifica-se que foi determinado tão somente com base na*

> *gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.*
>
> *VII - Desse modo, sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto, para o início de resgate da pena do paciente, e para suspender os efeitos da execução provisória até o esgotamento das vias recursais ordinárias, mantidos os demais termos da condenação*." (HC 490.914/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 03/04/2019)

O Supremo Tribunal Federal, a instância excelsa das franquias democráticas, tem afirmado e consolidado, em centenas de julgados, a alta dignidade do princípio sob enfoque. Citem-se, para fins de ilustração, excertos de alguns acórdãos:

> "*Ementa: Individualização da pena: regime de cumprimento de pena: critério legal. A gravidade do crime, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada ao tipo. Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei. Precedentes do Tribunal, de ambas as Turmas, e agora do Plenário (HC 77.682, 22/10/98)*." (RHC 80.970-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *in* DJ de 10/08/2001.)
>
> "*Ementa: Recurso ordinário em habeas corpus. Paciente condenado por crime contra a ordem tributária. Alegada nulidade na dosimetria da pena. Impossibilidade de considerar-se como maus antecedentes a existência de processos criminais pendentes de julgamento, com o*

consequente aumento da pena-base. Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação, determinar que nova decisão seja proferida, com a observância dos parâmetros legais." (RHC 83.493-PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, *in* DJ de 13/02/2004.)

"*Ementa: I. Sentença condenatória: motivação bastante da participação no crime atribuída ao paciente, não se prestando o procedimento sumário e documental do habeas corpus para responder à indagação sobre o ajustamento de fundamentação ao conjunto da prova. II. Individualização da pena: limites da chamada "discricionariedade judicial": fixação da pena no triplo do mínimo cominado ao crime que se funda exclusivamente nos resultados potenciais de um crime de mera conduta, como o de guarda de substância entorpecente, ainda que em grande quantidade: nulidade parcial da condenação*." (RHC 84.082-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *in* DJ de 04/06/2004.)

"*Ementa: Recurso em habeas corpus. Penal. Processo penal. Recurso do Ministério Público. Crime de extorsão qualificada. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Falta de fundamentação. 1. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer quer como parte, quer como fiscal da lei. Poderá fazê-lo, inclusive, em favor do réu. 2. É nulo o acórdão que reconhece o crime de extorsão qualificada, fixa a pena-base acima do mínimo legal e não desenvolve a necessária fundamentação. Desatendimento do método trifásico na individualização da pena-base. O acórdão do STJ deve ser anulado em relação aos réus cuja decisão foi denegatória. Outro deve ser proferido com a necessária fundamentação. Recurso conhecido e provido em parte*." (RHC 80.077-RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, *in* DJ de 21/09/2001.)

Como anotado em trechos deste estudo, o nosso sistema penal caminha no sentido da humanização do *jus puniendi* e situa como objetivo principal a reforma do delinquente para que ele seja reinserido no seu anterior espaço familiar, profissional e social.

Daí por que integra o nosso modelo penal o instituto da progressão do regime prisional, corolário do princípio da individualização da pena.

A fixação do regime inicial regula-se pela compreensão sistemática do art. 33, § 2º, e do art. 59, ambos do Código Penal, com a integração do critério relativo ao *quantum* da pena fixada e do critério pertinente às circunstâncias judiciais. Satisfeitas as condições previstas na lei, o apenado passa de um regime gravoso para o subsequente mais atenuado. Este o modelo geral para todos os que se encontrem submetidos a uma pena prisional.

Todavia, em 1990 foi editada uma norma dissonante, inserida na Lei 8.072/1990, que instituiu o cumprimento de pena integralmente em regime fechado, sem possibilidade de progressão, para os condenados pela prática dos chamados crimes hediondos.

Ora, à toda evidência, tal preceito afrontava os princípios constitucionais da individualização da pena, da igualdade e da humanidade.

Apesar das críticas de diversos setores do mundo jurídico, o indigitado preceito sobreviveu por longos 15 anos.

Em 2005, um novo sol brilhou no horizonte da liberdade. Após preciosos debates, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prestigiando a posição do Ministro Nilson Naves, concedeu *habeas corpus* para afastar a vedação contida no § 2º do inciso II do art. 1º da Lei 8.072/1990, merecendo destaque do acórdão que condensou o julgamento os seguintes excertos:

> "*1. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria ao insucesso.*
>
> *2. Já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade de todos perante a lei e o da individualização da pena. O da individualização convive conosco desde o Código de 1830.*
>
> *3. É disposição eminentemente proibitiva e eminentemente excepcional a lei dos crimes denominados hediondos, portanto, proposição prescritiva e interpretação/exegese estrita.*
>
> *4. Em bom momento e em louvável procedimento, o legislador de 1984 editou proposição segundo a qual "a pena privativa de liberdade será*

> *executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso".*" (HC 36.985-MG, Relator Ministro Nilson Naves, *in* DJ de 10/10/2005, p. 440.)

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, por expressiva maioria, quando do julgamento do HC 82.959-SP, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do inciso II do art. 2º da Lei 8.072/1990, na linha do voto do Relator, o ilustre Ministro Marco Aurélio, em sessão de 23 de fevereiro de 2006.

O legislador, buscando adequar a norma legal à referida decisão do Supremo Tribunal Federal, editou a Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/1990, o qual passou a prever a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, nos seguintes termos:

> "*II – fiança.*
>
> *§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.*
>
> *§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.*
>
> *§ 3º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.*
>
> *§ 4º. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade*."

Por último, em 27 de junho de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 (com a redação dada pela Lei 11.464/2007), o qual determina a obrigatoriedade do regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena em razão da prática de crimes hediondos e equiparados. Eis o teor da ementa do referido acórdão:

"*EMENTA. Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n. 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n. 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado*." (DJU de 17/12/2013)

Expungiu-se, assim, do sistema, normas esdrúxulas, destoantes de toda a ideia de individualização da pena na fase de execução, a primeira

que retirava do condenado qualquer esperança de antecipar a sua liberdade pelo mérito, fator de rebeliões e crises nos presídios, e a última que mitigava a efetiva aplicação do princípio da individualização da pena ao impor o regime inicial fechado para o cumprimento de condenações pelos crimes hediondos e equiparados, não exigindo a devida fundamentação em conformidade com as garantias constitucionais.

8. CONCLUSÃO

Na epígrafe deste estudo, buscou-se no evangelista Mateus inspiração para traduzir, em síntese, a grandeza da missão de julgar semelhantes. No texto das Escrituras Sagradas, são inúmeras as referências que são feitas ao sublime ato de julgar, de empunhar a balança, símbolo sagrado da Justiça.

No ofício judicial, a mais árdua das missões é certamente aquela em que o Juiz, ser humano, aplica uma sanção penal a outro ser humano, fixando um tempo em que deverá permanecer no cárcere, segregado, fora do mundo, proscrito, como se mergulhado no escuro de sua existência. É nesse momento grave de sua atuação jurisdicional que deve o juiz buscar, com todas as energias do seu espírito o supremo ideal do justo e situá-lo sob o prisma do humano para decidir qual a pena aplicável. E nessa operação deve extrair do insípido relato dos autos a singularidade do caso, numa perspectiva sociológica que tenha por enfoque, além do fato criminoso com suas circunstâncias e consequências, o agente do ilícito penal na sua individualidade, com sua história de graças e desgraças, desde a vida intrauterina.

O juiz verdadeiramente comprometido com o ideal de justiça deve fazer permanente referência ao princípio da individualização da pena.

De todo o contexto deste modesto estudo é possível extrair algumas afirmações que nos parecem irretorquíveis e que, por isso, devem constituir pontos de permanente reflexão por todos que atuam no dia a dia da justiça criminal:

1 - O nosso sistema constitucional-penal colocou o homem (indivíduo) submetido a uma acusação criminal como destinatário de inúmeras garantias, que são dogmas de observância obrigatória, na linha

da concepção filosófica que coloca a dignidade da pessoa humana como valor supremo, coluna central e fundamento básico da República.

2 - Nessa perspectiva dogmático-constitucional, que guarda sintonia com os princípios consagrados em importantes compromissos internacionais — Carta da Organização dos Estados Americanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Convenção Americana sobre Direitos Humanos —, o nosso sistema deve consolidar no campo da produção legislativa e da jurisprudência a afirmação dessas garantias. Não é tolerável o retrocesso que se delineia em influentes segmentos da mídia, pugnando nos espaços do Poder pela adoção de políticas do terror, similares aos tempos de Talião, sob o falso argumento de combate à criminalidade emergente.

3 - A construção legislativa que toma vigor no Congresso Nacional, que se caracteriza pela extravagante ideia de agravamento de penas e de proliferação de novos tipos penais, com absoluto desapreço aos princípios da proporcionalidade e da humanidade, ao lado do chamado Movimento da Lei e da Ordem, apologista da exacerbação de acusações e condenações criminais, não se harmoniza, em absoluto, com o Estado Democrático de Direito emoldurado em nossa Carta Magna, à luz das garantias nela inscritas.

4 - A cada dia a doutrina e a jurisprudência proclamam *urbi et orbi* a imperatividade do primado da Constituição na área dos direitos fundamentais e das garantias processuais, entre os quais se situa, em plano de primeira grandeza, o princípio da individualização da pena pelo seu efetivo reflexo no sacrossanto direito de liberdade.

Há valores que são universais e atemporais, que se situam em altos patamares, extrapolando campos de interesses limitados às concepções de escolas ou de culturas. A liberdade do homem, assim como a vida, em todos os tempos, em todos espaços do planeta, desde o princípio da humanidade, sempre foi colocada como primado na escala dos bens e dos valores mais preciosos. Todas as guerras, todas as conquistas, todas as campanhas, todos os discursos, todos os esforços do homem, nessa eterna caminhada empreendida em todos os dias e em todas as noites, foram animados pela defesa e pela garantia da liberdade.

Por isso, quando o Estado atua restringindo ou privando a liberdade do homem deve, por seus agentes, preservar esses valores eternos. Um dia a mais de privação da liberdade de um homem, consequente de erro ou imperfeição no ato judicial de fixação da pena prisional é causa de dano pessoal irreparável, insusceptível de recomposição, pois aquelas vinte e quatro horas subtraídas do convívio livre com o seu mundo não mais poderão ser vividas. Na vida, o tempo não vivido não é vida, é tempo perdido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

2. BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

3. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal na Constituição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

4. LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

5. FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

6. ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi*, Estado e direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

7. ALMEIDA, Canuto Mendes de. A individualização da pena e o Direito Judiciário. RF, apud Gilberto Ferreira.

8. MAGALHÃES, Noronha. Direito Penal. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1.

9. LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. II.

10. FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro (Comentado). Rio de Janeiro: Record, 1961.

11. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

12. SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brazileiro. Edição histórica. Senado Federal, 2003.

13. BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

Sistema de Precedentes no NCPC. Reflexões sobre os Artigos 926 e 927 do NCPC. A Importância dos Precedentes Judiciais na Aplicação do Direito Material e Formal

José Delgado
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SISTEMA DE PRECEDENTES NO NCPC. REFLEXÕES SOBRE OS ARTIGOS 926 E 927 DO NCPC. A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DO DIREITO MATERIAL E FORMAL

Ministro José Augusto Delgado[1]

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A doutrina tem discutido, com profundidade, a instituição da obrigação dos magistrados observarem as regras de obediência instituídas pelo NCPC, nos artigos 926 e 927, incluindo-se os seus parágrafos e incisos.

O objetivo do presente trabalho é de registrar reflexões efetuadas sobre o tema a partir das considerações até agora desenvolvidas por doutrinadores, destacando as suas conclusões que, com certeza, influenciarão a fixação de entendimento jurisprudencial a respeito.

---

[1] JOSÉ AUGUSTO DELGADO – Parecerista. Consultor. Advogado. Magistrado durante 43 anos. Ministro Aposentado do STJ. Ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Doutor Honoris Causa pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Idem pela Universidade Potiguar do RN. Acadêmico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Integrante da Academia de Direito Tributário das Américas. Acadêmico da Academia Norte-rio-grandense de Letras. Acadêmico da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. Professor Aposentado da UFRN. Professor Convidado do Curso de Especialização do CEUB - Brasília. Ex-Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Ex-Juiz Estadual. Ex-Juiz Federal. Do Instituto dos Advogados de Brasília-DF. Autor de mais de 200 artigos jurídicos. Autor de 4 livros jurídicos. Coautor em mais de 20 obras coletivas.

De início, registramos parte do contido na Exposição de Motivos ao NCPC, elaborada pela Comissão de Juristas que elaborou o seu anteprojeto, justificando a inovação introduzida em nosso ordenamento jurídico processual civil, tendo como base a necessidade de serem seguidos dois princípios básicos, entre outros, que sustentam o Estado Democrático de Direito: o da segurança jurídica e o da proteção da confiança.

Eis o teor do pronunciamento da mencionada Exposição de Motivos sobre o assunto:

> ...situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isso porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos *ex tunc*. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso.
>
> Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: "A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas".
>
> E, ainda, com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: "Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver *modulação* dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica" (grifo nosso).
>
> Esse princípio tem relevantes consequências práticas, como, por exemplo, a não rescindibilidade de sentenças transitadas em julgado baseadas na orientação abandonada pelo Tribunal. Também em nome da segurança jurídica, reduziu-se para um ano, como regra geral, o prazo decadencial dentro do qual pode ser proposta a ação rescisória.
>
> Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.
>
> O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas

dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando "segura" a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de "surpresas", podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.

Em sequência, está na mencionada Exposição de Motivos que:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização[2] dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais[3] de um Estado Democrático de Direito.[4]

---

[2] Essencial que se faça menção a efetiva satisfação, pois, a partir da dita terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos.

[3] Isto é, aquelas que regem, eminentemente, as relações das partes entre si, entre elas e o juiz e, também, entre elas e terceiros, de que são exemplos a imparcialidade do juiz, o contraditório, a demanda, como ensinam CAPPELLETTI e VIGORITI (I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. *Rivista di diritto processuale*, II serie, v. 26, p. 604-650, Padova, Cedam, 1971, p. 605).

[4] Os princípios e garantias processuais inseridos no ordenamento constitucional, por conta desse movimento de "constitucionalização do processo", não se limitam, no dizer de LUIGI PAOLO

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.[5]

Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.

A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1994, a inclusão no sistema do instituto da **antecipação de tutela**; em 1995, a alteração do regime do **agravo**; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e

COMOGLIO, a "reforçar do exterior uma mera 'reserva legislativa' para a regulamentação desse método [em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo" (Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Studi in onore di Luigi Montesano*, v. II, p. 87-127, Padova, Cedam, 1997, p. 92).

[5] É o que explica, com a clareza que lhe é peculiar, BARBOSA MOREIRA: "Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material" (Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181).

gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.

Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver **problemas**. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam **valores constitucionais**.[6]

Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica. Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada.

---

[6] SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, em texto emblemático sobre a nova ordem trazida pela Constituição Federal de 1988, disse, acertadamente, que, apesar de suas vicissitudes, "nenhum texto constitucional valorizou tanto a 'Justiça', tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de 'vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu', mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social" (O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92, p. 80).

Se o sistema recursal, que havia no Código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou, inegavelmente, muito mais complexo.

Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade.

De fato, essa é uma preocupação presente, mas que já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo.

A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais.

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo,[7] porque mais rente às necessidades sociais[8] e muito menos complexo.[9]

A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer

---

[7] Atentando para a advertência, acertada, de que não o processo, além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, e portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles *standards* previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento da garantia do *due process of law* (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

[8] Lembrando, com BARBOSA MOREIRA, que "não se promove uma sociedade mais justa, ao menos primariamente, por obra do aparelho judicial. É todo o edifício, desde as fundações, que para tanto precisa ser revisto e reformado. Pelo prisma jurídico, a tarefa básica inscreve-se no plano do direito material" (*Por um processo socialmente efetivo*, p. 181).

[9] Trata-se, portanto, de mais um passo decisivo para afastar os obstáculos para o acesso à Justiça, a que comumente se alude, isto é, a duração do processo, seu alto custo e a excessiva formalidade.

que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Esta Exposição de Motivos obedece à ordem dos objetivos acima alistados.

1) A necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à* ***Constituição Federal da República***[10] fez com que se incluíssem no Código, expressamente, **princípios** constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com *contraditório* e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou "às avessas"[11].

---

[10] Hoje, costuma-se dizer que o processo civil **constitucionalizou-se**. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.

[11] O Novo CPC prevê expressamente que, antecedida de contraditório e produção de provas, haja decisão sobre a desconsideração da pessoa jurídica, com o redirecionamento da ação, na dimensão de sua patrimonialidade, e também sobre a consideração dita inversa, nos casos em que se abusa da sociedade, para usá-la indevidamente com o fito de camuflar o patrimônio pessoal do sócio. Essa alteração está de acordo com o pensamento que, entre nós, ganhou projeção ímpar na obra de J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA. Com efeito, há três décadas, o brilhante civilista já advertia ser essencial o predomínio da realidade sobre a aparência, quando "em verdade [é] uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas" (*A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 613).

Não obstante a expressiva justificação elaborada pela Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do NCPC defendendo, em forma de sistema, a instituição da obrigação de cumprimento dos precedentes judiciais nos julgamentos das lides discutidas pelo Poder Judiciário, os dispositivos que regulam tal forma de decidir vêm recebendo análises doutrinárias que formam correntes com pensamentos e conclusões diversas, conforme será demonstrado em sequência.

2. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS CONTIDAS NO NCPC SOBRE A TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O novo CPC, em seu Livro III, Título I (DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS), Capítulo I (DISPOSIÇÕES GERAIS) determina:

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
>
> § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
>
> § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.
>
> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

> § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.
>
> § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
>
> § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
>
> § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
>
> § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.
>
> Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
>
> I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
>
> II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
>
> Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Verifica-se, do regramento acima exposto, os seguintes preceitos que deverão ser obedecidos pelos juízes e tribunais por ocasião do proferimento de suas decisões:

a) a obrigatoriedade dos tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente;

b) os tribunais deverão editar enunciados de súmula, elaborando-as de acordo com as circunstâncias fáticas dos precedentes examinados e que motivaram sua criação;

c) os juízes e tribunais deverão observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução e demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados;

d) os juízes e tribunais deverão observar o disposto no artigo 10 (*Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*) e no art. 489, § 1º (*Art. 489. São elementos essenciais da sentença:*);

e) a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a sua rediscussão;

f) a modulação dos efeitos da decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal e pelos tribunais superiores em caso de alteração de jurisprudência dominante ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos só pode ser feita por motivo de alteração no interesse social e no da segurança jurídica;

g) a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de causos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia;

h) serão considerados como julgamentos de casos repetitivos as decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas, em recursos especial e extraordinário repetitivo;

i) o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

O conjunto das regras impostas pelo NCPC para valorizar a obediência aos precedentes judiciais, em obediência aos princípios da

segurança jurídica e da proteção da confiança nas decisões emitidas pelo Poder Judiciário, formam, no nosso entendimento, um sistema especial instituído pelo legislador e próprio do nosso ordenamento jurídico formal, conforme apregoado na Exposição de Motivos do NCPC elaborada pela Comissão de Juristas que elaborou o seu anteprojeto.

3. DE ALGUMAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DA VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O sistema especial de precedentes instituído pelo NCPC, conforme ditames legais acima especificados, tem merecido destacado debate no campo doutrinário. O exame das reflexões emitidas pelos doutrinadores sobre o tema deve ser feito com o máximo de compreensão porque projetam colaboração para que a jurisprudência adote posicionamento a seu respeito impondo segurança jurídica e estabilização de confiança nas decisões emitidas pelo Poder Judiciário.

Na apreciação das manifestações doutrinárias a seguir examinadas, com registro de suas conclusões, devemos ter em consideração os ensinamentos de Goffredo Telles Junior, conforme assinalado em vários momentos de sua obra jurídica, de que "*As leis nascem da vida; as leis nascem como a erva do campo e é preciso então ir buscar as leis nas suas fontes e não fazê-las descer de aéreos parlamentos, desligados da vida autêntica da nação. E para isto, parece-me, seria preciso abandonar o mito do povo-massa.*" Goffredo Telles Junior (16/5/1915 – 27/6/2009).

O nosso primeiro destaque doutrinário é para o artigo intitulado "O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?", datado de 18 de agosto de 2016, da autoria de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, publicado via internet no site Consultor Jurídico[12], de onde extraímos as observações seguintes:

Os mencionados doutrinadores com absoluta razão, segundo o nosso entendimento, apresentam, inicialmente, alguns questionamentos sobre o assunto assim alinhados:

---

[12] In: https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc, acessado em 07 de dezembro de 2018.

> Alguns questionamentos mínimos: O "sistema de precedentes" passa a ser o paradigma de aplicação do processo civil? O processo penal também sofre essa revolução paradigmática? Processo do trabalho? Administrativo? Tributário? Esses questionamentos se impõem porque: *qual seria a justificativa de se imaginar que apenas para o direito processual civil teria havido uma mudança paradigmática? Um "sistema" regionalizado?* Afinal, se estamos falando de um *sistema* de precedentes, este não pode se limitar a apenas um segmento do ordenamento jurídico. Outra coisa: que "sistema" é esse em que a aplicação do CPC (artigo 15) é subsidiário e complementar para alguns (nem todos) os ramos do direito? Que "novo sistema" é esse em que o próprio CPC elenca, ao lado dos precedentes, coisas como súmulas vinculantes, súmulas do STJ, etc?.

As perguntas acima formuladas deverão merecer o mais detido exame pelas decisões judiciais a serem emitidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe zelar pela aplicação uniforme do direito infraconstitucional em todo território brasileiro e pela expressão de sua autoridade. Com tal objetivo, entendemos que merece consideração a opinião dos doutrinadores acima referidos no sentido de que "os provimentos colocados no artigo 927 devem ser lidos como provimentos judiciais legalmente vinculantes, ou seja, textos normativos redutores de complexidade para o enfrentamento das nossas lides repetitivas".

Registramos, neste segundo momento, que a doutrina no exame dos efeitos dos artigos 926 e 927 do NCPC tem pregado que:

I – O instituto da obrigatoriedade do precedente judicial foi motivo de debate na XXIII Conferência Nacional da Advocacia, realizada em São Paulo, conforme informa o site da CONJUR, que, em dado momento, apontou críticas à nova legislação, a saber:

> Scarpinella Bueno, por exemplo, declarou que um dos defeitos do sistema de precedentes é enfraquecer o juiz de primeira instância: o artigo 489 do código, segundo ele, engessa a atividade de magistrados ao impedir que decidam algo diferente da jurisprudência. Embora o texto brasileiro tente seguir a linha do *common law* americano, o professor acredita que no Brasil esse tipo de prática tem sido

> aplicado de forma equivocada, sem avaliar o caso concreto. Joaquim Felipe Spadoni, conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil, também entende que o magistrado está sem liberdade de convencimento.

II – Em sentido contrário ao posicionamento acima acentuado, o advogado José Rogerio Cruz e Tucci, professor titular e diretor da Faculdade de Direito da USP, defendeu o modelo quando procurado pela ConJur, fora do evento, afirmando:

> "Num sistema de governo federalizado, o Poder Judiciário é organizado a partir de uma hierarquia de graus de jurisdição. Assim, o precedente judicial com eficácia vertical deve ser seguido pelos juízes de primeiro grau. Esse fenômeno não acarreta qualquer intromissão na convicção do juiz". O eminente Professor entende "adequado exigir que juiz siga teses já definidas em graus superiores", por considerar que a magistratura de primeira e segunda instância "tem o dever institucional de se nortear pelo precedente do tribunal superior", para gerar "segurança, igualdade e previsibilidade das decisões judiciais".

III – O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça, declarou em setembro à ConJur que *os precedentes não substituem o papel do legislador, mas apenas reproduzem a estrutura da norma jurídica tradicional, a partir da interpretação. Afirma: "Fixar normas gerais com caráter prospectivo continua papel do legislador. Precisamos reconhecer que o juiz tem um papel criativo, cria normas individuais concretas para cada caso e essas normas têm eficácia que pode ser vinculante."*

IV – O advogado e professor Nelson Nery Junior teceu uma série de críticas em entrevista à ConJur: ele considera a novidade inconstitucional, por entender que dá competência aos tribunais que não está prevista na Constituição Federal, embora faça sugestão de que questionar a validade do precedente não é boa estratégia para advogados.

V – "*No Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargadores já demonstraram em sessões receio no sentido contrário: de que advogados usem os IRDRs como estratégia para protelar a decisão final, quando sabem que terão*

uma sentença desfavorável. Com a admissão de um tema específico, outros processos com solução certa ficariam parados".

VI – Anote-se a observação feita por Felipe Luchete, em 30 de setembro de 2017, no site CONJUR, sobre o tema:

> O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça, preferiu ser realista ao iniciar palestra na capital paulista, nesta sexta-feira (29/9): declarou que litígios de massa são um grave problema no Judiciário brasileiro e definiu como utopia a ideia de que chegaremos a um "processo cooperativo", no qual juízes, advogados e membros do Ministério Público teriam simetria, compartilhando responsabilidades e satisfações.
>
> Cueva, no entanto, disse que não pretendia deixar amarga a sobremesa que seria servida nos próximos minutos, no fim de almoço organizado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. Segundo ele, o Código de Processo Civil de 2015 criou um cenário de otimismo com a ideia de que tribunais superiores precisam agir como cortes de precedentes, trocando a eficácia meramente persuasiva pela eficácia vinculante.
>
> "Nós temos de ter certo otimismo com a injeção de vigor de um DNA alheio ao nosso sistema, que é o DNA da common law. Isso certamente trará algum benefício. Nossos sistemas são convergentes, as diferenças entre os sistemas são mais de grau do que de natureza."
>
> O Ministro defendeu o modelo de precedentes como a "pedra angular" da reforma do código, no qual decisões judiciais deixam de ser exemplo e passam a ser encarados como norma. Enunciados e súmulas, na sua avaliação, tornam-se instrumentos necessários nesse cenário.
>
> Questionado pela ConJur se enunciados substituem o papel do legislador, ele respondeu que apenas reproduzem a estrutura da norma jurídica tradicional, a partir da interpretação. "Fixar normas gerais com caráter prospectivo continua papel do legislador. Precisamos reconhecer que o juiz tem um papel criativo, cria normas individuais concretas para cada caso e essas normas têm eficácia que pode ser vinculante."

Villas Bôas Cueva reconheceu que esse modelo pode gerar uma espécie de efeito colateral: criar um sistema sumular "tão complexo, tão desenvolvido, que se torne réplica do ordenamento positivo" — como num conto do escritor argentino Jorge Luis Borges, em que a cartografia desenvolve-se a ponto de retratar um país em mapa do tamanho do próprio território.

Para o Ministro, uma forma de aperfeiçoar o Judiciário seria tornar obrigatória a mediação pré-processual. Embora tenha considerado distante a possibilidade de alcançarmos a um processo colaborativo, afirmou que esse modelo pode funcionar como "princípio regulador que possa impedir um dos abusos mais egrégios do sistema de Justiça: o uso predatório".

Ele ainda elogiou dispositivos do novo CPC que flexibilizam procedimentos, como o artigo 191, que permite comum acordo entre o juiz e as partes para fixar calendário dos atos processuais.

O presidente do IASP, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, também entende que seguir enunciados não é incoerente com respeitar a lei. "Do ponto de vista da ciência jurídica, tenho a concepção de que a norma tem facetas: pode ser lei tanto a lei como o contrato entre as partes e a decisão judicial. O conceito de norma é algo que deve ser respeitado."

4. O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DE DIREITO

O doutrinador Felipe Quintella Machado de Carvalho (Coautor do Curso Didático de Direito Civil com Elpídio Donizetti. Professor titular de Direito Civil dos cursos de pós-graduação do IUNIB, professor convidado de Direito Civil do curso de pós-graduação da Anhanguera e professor voluntário de Direito Civil da FD UFMG. Mestrando em Direito e Justiça na UFMG. Consultor jurídico e advogado), em excelente artigo intitulado "Os precedentes judiciais como fonte do Direito: a lição do direito anglo-saxão", publicado via internet[13], defende que os precedentes judiciais servem para contribuir com a evolução do Direito, afirmando:

[13] In: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5903, acessado em 07.12.2018.

2.5. O raciocínio que se deve fazer na aplicação dos precedentes judiciais

Na obra *An Introduction to Legal Reasoning*, Edward H. Levi cuidou com precisão do raciocínio que se deve fazer na aplicação dos precedentes judiciais, que será um raciocínio por exemplo (analógico):

> O padrão básico de raciocínio é o raciocínio por exemplo [analógico]. É raciocínio de caso a caso. É um processo de três fases descrito pela doutrina do precedente em que uma proposição descritiva do primeiro caso se torna uma regra jurídica e então é aplicada à próxima situação similar. Os passos são estes: vê-se a similaridade entre os casos; então, a regra jurídica inerente ao primeiro caso é anunciada; e, por fim, a regra jurídica se torna aplicável ao segundo caso. Esse é um método de raciocínio necessário para o direito, mas que tem características as quais, em outras circunstâncias, seriam consideradas imperfeições.
>
> Essas características se tornam evidentes quando se concebe o processo jurídico como se fosse um método de aplicação de regras jurídicas gerais aos fatos diversos — em resumo, como se a doutrina do precedente significasse que regras gerais, uma vez propriamente determinadas, permanecessem imutáveis, e fossem então aplicáveis, embora imperfeitamente, aos casos posteriores. Se essa fosse a doutrina, seria perturbador descobrir que as regras mudam de caso a caso, e que são refeitas com cada caso. Ainda assim essa mudança nas regras é a qualidade indispensável do direito. Ocorre porque o escopo de uma regra jurídica, e, portanto, o seu significado, depende da determinação de quais fatos serão considerados similares àqueles presentes quando a regra foi primeiro anunciada. O encontro da similaridade ou diferença é o passo chave no processo jurídico.

O professor explica, então, o papel do juiz, que não é o de repetir o que os seus antecessores julgaram, mas de verificar a existência

de similaridades e diferenças relevantes entre vários casos, que o convençam de como deve decidir. "Para chegar ao seu resultado, ele [o juiz] irá ignorar o que o passado considerou importante; ele enfatizará fatos que os juízes anteriores teriam achado que não faziam diferença"[38].

Nesse sentido, é preciso que as partes participem ativamente do processo, apresentando exemplos, ou seja, diferentes decisões passadas, sempre tentando convencer o juiz das semelhanças entre estas e o caso em análise. "Nesse sentido, as partes, assim como a corte, participam da criação do Direito. Nesse sentido, também, os advogados representam mais do que os litigantes."[39]

Vê-se, claramente, que a aplicação da doutrina do precedente não engessa o sistema, nem torna o julgamento uma operação matemática. Ao contrário, como pontuou LEVI, cada vez que o raciocínio é aplicado, o Direito evolui.

5. ENTRE OUTROS INÚMEROS ARTIGOS DOUTRINÁRIOS SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL INSTITUÍDO OBRIGATORIAMENTE PELO NCPC, ENTENDEMOS SER MERECEDORES DE ANÁLISE DETALHADA CUJAS CONCLUSÕES PASSAM A SER REGISTRADAS:

IGOR LÚCIO DANTAS ARAÚJO CALDAS (Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Membro do Núcleo de Gestão e Enfrentamento das Demandas de Massa - NUGEDEM/TJBA. Professor Universitário e de Cursos Preparatórios para concursos públicos. Palestrante.), em sua tese de mestrado intitulada "DOS PRECEDENTES JUDICIAIS ÀS SÚMULAS VINCULANTES: ANÁLISE DA VERTICALIZAÇÃO DO PODER E DO DISCURSO JUDICIAL PADRONIZADO[14]", firmou conclusões, após exaustivo e objetivo estudo sobre a evolução dos precedentes judiciais no direito estrangeiro, que devem projetar exaustivas reflexões pelos agentes jurídicos brasileiros que têm por missão formar opiniões com seus ensinamentos

[14] In: https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11395, acessado em 07.12.2018.

doutrinários ou por via da entrega da prestação jurisdicional como representantes do Estado no exercício das funções do cargo de magistrado. Passamos a enumerar as referidas conclusões pelo merecimento que projetam para a missão de fortalecer a cultura da obrigatoriedade dos precedentes judiciais na aplicação do direito constitucional e infraconstitucional às situações concretas que cabem ao Poder Judiciário decidir.

Ei-las:

CONCLUSÕES

1. De referência ao termo "efeito vinculante", o mesmo ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por adoção do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade de lei. Ao Supremo Tribunal Federal lhe foi reconhecido apenas o poder de declarar a inconstitucionalidade de forma difusa de uma lei, negando a adoção do *stare decisis*.

2. A Reforma do Judiciário ocorrente em 2004 modificou significativamente a realidade jurídica brasileira. Tal reforma deve ter a sua importância reconhecida, mas um dos fins para o seu lançamento, especificamente tratou da questão da celeridade processual *versus* morosidade do Poder Judiciário, contudo, no que tange ao desafogamento do referido Poder, tal acontecimento está muito longe de chegar.

3. De referência aos precedentes judiciais do *common law*, nota-se que são diferentes das súmulas vinculantes brasileiras. Os precedentes judiciais no *Common Law* são reconhecidos enquanto fontes do Direito, uma vez que a sentença lançada por um magistrado não revela tão somente o Direito, porquanto possui a função constitutiva do mesmo.

4. Adoção da vinculação pelo Brasil, cujo sistema é o *civil law* ocasionou a existência de confusões provocadas pelas confluências de atributos pertencentes a esse sistema e os atributos do *common law*, criando-se inconsistências valorativas dentro do Direito brasileiro, principalmente no que tange à afronta de princípios constitucionais.

5. No caso dos precedentes judiciais, o sistema comporta maior flexibilidade, porquanto se verifica a possibilidade de distinguir um

caso precedente de outro caso, em análise, confrontando a regra que é "seguir o que já foi previamente julgado".

6. As técnicas de superação dos precedentes (o *overruling* e o *overriding*) denotam a possibilidade de superação do precedente, espelhando aspectos evolutivos do *stare decisis*, na medida em que é uma forma de demonstrar que o caso anterior pode ter sido decidido de forma errônea ou contrária à razão. Destarte, as novas vertentes da doutrina do *stare decisis* não exige a obediência pura às decisões passadas. Há uma permissão notória quanto ao desenvolvimento da atividade judicial promovida pelos tribunais, de forma que se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitando os antecedentes judiciais que sejam desarrazoados ou errôneos.

7. No *civil law*, a principal fonte do direito é a lei, porquanto o aludido sistema é baseado em preceitos previamente expressos. Desta forma, a fixação de direitos subjetivos e a imposição de deveres são previstas pelas leis, sendo que nenhum outro instrumento teria amplos poderes para inovar a ordem jurídica.

8. Ressalte-se a clara distinção do sistema de *common law*, principalmente no que diz respeito à teoria do *stare decisis*, posto que os países integrantes da tradição do *civil law* partem da premissa essencial de que as leis são os caminhos que orientam a vida social, sendo o papel estrito do juiz a aplicação das normas e, em casos excepcionais, a possibilidade de que o mesmo adapte as normas abstratas aos casos em julgamento.

9. Com efeito, as técnicas utilizadas pelos juízes da realidade do *common law*, no que se refere à teoria dos precedentes judiciais, são cada vez mais utilizadas pelos juristas brasileiros, como forma de elucidação do papel criativo das decisões judiciais, no que tange à formação de normas jurídicas.

10. As consequências advindas da formação eclética do sistema jurídico brasileiro situam-se de um lado, no fortalecimento das Cortes de justiça, elevando-se o seu poder hierárquico, e de outro, a significativa restrição da liberdade jurisdicional dos magistrados de

piso, que são vinculados de pronto pelos precedentes obrigatórios emitidos pelas Cortes superiores.

11. As súmulas de um modo geral devem ser visualizadas enquanto texto de orientação, de maneira que do exercício da sua interpretação, extrai-se a norma formalizada pela decisão judicial.

12. Não há como deixar de reconhecer que a possibilidade de emissão dos enunciados de súmula está totalmente distante da prática de uma função atípica do Poder Judiciário, no quesito legislar, haja vista que a súmula vinculante padroniza os julgados, vinculando os magistrados dos demais tribunais e os magistrados de piso, com caráter, como antes analisado, de obrigatoriedade.

13. A aplicação das súmulas pelo método subsuntivo, enquanto prescrição de uma norma geral e regulamentadora de situações futuras, impondo-se pela sua força obrigatória, denota a sua disposição legislativa. Reforçam ainda mais, o seu caráter legislativo, os trâmites existentes para a sua adoção, revisão ou cancelamento, em contraposição ao ideal da função jurisdicional, que é protegida pela imutabilidade da coisa julgada como pilar dos ideais da segurança jurídica e da estabilidade de um ordenamento.

14. No âmbito do Poder Judiciário, verifica-se uma verticalização da interpretação proporcionada pelo enunciado de súmula vinculante. Portanto, se a súmula é o produto extraído de uma determinada interpretação da Corte, a sua aplicação nada mais é do que a reiteração do entendimento previamente e hierarquicamente determinado em relação vertical.

15. A Administração Pública, em termos práticos, recebeu os maiores efeitos da vinculação supracitada, tendo em vista o controle da atividade interpretativa em âmbito administrativo, das normas legais, o que de fato, restringe a criação de situações em oposição ao enunciado sumular, situação semelhante quando das decisões proferidas em sede de ação de controle de constitucionalidade.

16. Uma das principais defesas para a inclusão da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro seria a diminuição de ações idênticas propostas perante o STF, conforme o disposto no artigo 103-A da Constituição Federal. Todavia, a possibilidade

de interposição da reclamação constitucional para se garantir a efetividade da súmula vinculante, atua em sentido oposto ao desafogamento da Corte constitucional, posto que detém a competência originária para julgar a referida ação, que poderá alcançar o mesmo número de interposições dos recursos ordinário e extraordinário.

17. A reclamação, instrumento de garantida da SV possui natureza jurídica de ação constitucional autônoma, prescindível de outra ação, possuindo partes legítimas, causa de pedir própria e pedido específico que consiste na desconstituição de decisão judicial ou ato administrativo emitido em contrariedade à súmula vinculante, com função implícita de natureza recursal.

18. Observando-se as estatísticas do Supremo Tribunal Federal, verificou-se que no ano de 2006, ano em que a LSV foi promulgada, foram distribuídas no Supremo Tribunal Federal cerca de 830 (oitocentos e trinta) reclamações, passando para 1.886 (mil oitocentos e oitenta e seis) no ano de 2012. Em 2013, nos dois primeiros meses já se tem o montante de 253 (duzentos e cinquenta e três) reclamações distribuídas, no universo de 67.741 (sessenta e sete mil, setecentos e quarenta e um) feitos que estão submetidos à apreciação da máxima Corte brasileira.

19. Verifica-se que era totalmente previsível o aumento considerável do acervo processual do Supremo, posto que o número de Ministros continuou o mesmo, mas com uma carga processual ainda maior, haja vista que a decisão que julga a reclamação, ainda pode ser apreciada em sede de embargos declaratórios ou agravo regimental.

20. A súmula vinculante provoca a usurpação da função típica de legislar, inerente ao Poder Legislativo, com grau ainda maior, uma vez que como a sua aprovação resulta no produto final de interpretação e aplicação da lei anteriormente promulgada, a mesma configuraria em instituto especial.

21. A súmula vinculante, da forma como foi concebida no ordenamento jurídico brasileiro, viola substancialmente o quanto disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, porquanto limitaria o acesso dos jurisdicionados à justiça.

22. Com o advento da súmula vinculante, a independência funcional do magistrado se encontra alijada no momento em que determinado magistrado deixa de explicitar o seu convencimento para dirimir determinado conflito, o que poderá ocasionar lesões às partes.

23. A proposta da súmula vinculante é salutar, ao se destacar a celeridade processual e o desafogamento dos tribunais, mas por outra via, solidifica o poder dos tribunais sobre as leis, quando emitem enunciados sumulares "perfeitos e acabados" sobre determinada previsão legal.

24. O art. 103-A reputa-se inconstitucional por sua afronta expressa a princípios estabelecidos na Constituição, estando incompatível com dispositivos que defendem, principalmente, a democracia, bem como por afrontar, direitos e garantias constitucionais tão valorizados pela sociedade brasileira pós-redemocratização.

25. Como medida de limitação da padronização decisória, os magistrados possuem o direito de revisarem aquilo que produzem, aquilo que argumentam e que fundamentam. O Direito não pode ser alvo de produção e aplicação engessada, ainda que a obrigatoriedade de justificação seja para ratificar a emissão legislativa.

26. Assim, a instituição da *ratio* é justamente o efeito obtido pela aplicação da lei ou a solução oferecida pelo juiz. Não seria uma regra pendente de conclusão do aplicador. Não deve fazer parte da criação jurisdicional a simples justificação de que a decisão deve ser proferida enquanto tal, pelas mesmas razões ou descrições fáticas padronizadas, descritas anteriormente em provimento jurisdicional precedente.

27. A padronização decisória, derivada da formalização das súmulas vinculantes, pode ocasionar em uma nítida estagnação da jurisprudência, em função do fato de ficarem os juízes vinculados aos limites dos seus enunciados. Nesse caso, verifica-se que as decisões judiciais passam a ser modelos de produção judicial, deixando a produção jurídica "rasteira" e submetendo o provimento jurisdicional aos ditames fechados dos enunciados superiores.

28. A imprecisão visualizada para a padronização judicial seria a dificuldade de se manter a mesma *ratio decidendi* em mais de um conflito existente. A decisão judicial é específica para cada caso que é posto em julgamento, seja pela diferença dos juízos, das competências, dos sujeitos processuais. Cada ser humano é específico. Cada lide ocasionada por seres humanos é específica. Desta forma, a conclusão não seria divergente dessas construções, a saber, cada decisão judicial guarda uma nítida particularidade, que só será disposta naquela determinada construção.

29. A preocupação com a formação dos elementos decisórios fixos, caracteriza-se como um novo viés problematizado no âmbito do pós-positivismo, na medida em que a decisão judicial deve cumprir um papel eminentemente exclusivo no provimento jurisdicional.

30. O discurso do magistrado, *a priori*, é um discurso justificado a partir das normas provenientes do Estado de Direito, consubstanciado pelas leis, que certamente, através de suas disposições normativas, regulamentam as resoluções das situações de fato. O problema surge, quando o diploma legal não regulamenta tais resoluções, levando à criação de um discurso imparcial, principalmente na fundamentação.

31. A interpretação padronizada e aplicação de enunciados de súmulas com efeito vinculante, derivada da formação de precedentes judiciais de um determinado órgão de poder, pode ocasionar em uma nítida estagnação da atividade judicial, em função do fato de ficarem os magistrados vinculados aos limites das decisões anteriores, principalmente no sistema brasileiro, enquadrado na dinâmica romano-germânica, ou seja, no *civil law*.

32. A imprecisão visualizada para a interpretação padronizada, que culmina na padronização judicial, seria a dificuldade de se manter a mesma *ratio decidendi* em mais de um conflito existente. A decisão judicial é específica para cada caso que é posto em julgamento, seja pela diferença dos juízos, das competências, dos sujeitos processuais.

33. É notório, ao se perceber a realidade jurídica brasileira, que nenhum argumento até o presente momento, lançado em contraposição à referida súmula, teve a força suficiente para impedir a emissão dos enunciados, haja vista que atualmente, já foram

emitidas 32 súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

34. Nos dias atuais, 8 anos se passaram e as reclamações são as mesmas: morosidade do Poder Judiciário e acúmulo de processos e respectivos recursos nos tribunais. Tal situação se deve à uma questão lógica: reformar a competência, não é reformar a essência, a realidade.

35. O legislador derivado, supostamente influenciado por questões, e por lógica, de natureza política, por vezes, deixa de analisar a realidade da sociedade à qual a norma jurídica será lançada. É dizer: na realidade legislativa brasileira, emite-se a norma para depois verificar as consequências práticas advindas pela emissão da mesma.

36. O Legislativo lançou às escuras, de forma indireta, o seu poder legiferante ao Poder Judiciário, que agora legisla ao emitir normas no âmbito abstrato e genérico, capaz de vincular toda a sua estrutura, além da estrutura administrativa, órgãos que representam o Poder Executivo da Federação brasileira.

37. A possibilidade de concentração dos poderes nos tribunais, especificamente, no Supremo Tribunal Federal, no que tange à criação de normas que de forma direta ou indireta orientam a convivência em sociedade, implica em nítido perigo dessas cortes em controlarem o próprio meio social pelas suas emissões, acarretando assim, em prejuízos significativos para a defesa das liberdades já conquistadas pelo povo brasileiro.

38. O Estado de Direito com essas premissas, passa a ser nitidamente um Estado de Direito Judicial, com dois poderes dotados da função típica legislativa. E a contradição, diante do princípio da separação dos poderes, é que a sociedade não investe os membros do judiciário em mandato a partir do pleito democrático. A democracia seria pela via mais que indireta, haja vista que são os representantes eleitos em mandato eletivo que escolhem os representantes da cúpula judiciária, logo, não se poderia dizer que houve vontade do povo nessa escolha.

39. A modificação substancial das legislações processuais no Brasil é de extrema relevância para a solidificação do princípio da celeridade processual, adequando-as à realidade presente. Talvez, se a Reforma

do Judiciário tivesse como norte as legislações defasadas, que culminam na morosidade do respectivo Poder, inclusive a legislação processual civil, não se estaria aqui discutindo sobre a emissão de enunciados de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

40. Destarte, os problemas permanecerão, uma vez que controlar a atividade judicante, verticalizando a justiça, não acarretará na diminuição dos processos e dos recursos nos tribunais. Essa é uma realidade que dificilmente restará resolvida nem a médio e nem a longo prazo.

6. CONCLUSÃO

O tema, como demonstrado, está a projetar formação de correntes diversas a respeito da sua viabilidade em nosso ordenamento jurídico. O objetivo deste trabalho está centrado na ideia de fixar alguns dos pronunciamentos doutrinários a seu respeito, abrindo espaço para que pela via do debate acadêmico possa se construir entendimentos uniformes que facilitem o entendimento jurisprudencial sobre o seu alcance. Adiantamos que estamos aliados aos que atribuem plena existência jurídica, validade, eficácia e produção de todos os efeitos visados pelo instituto processual denominado de precedentes judiciais. Entendemos que a obediência vertical aos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão responsável por interpretar e aplicar à Constituição Federal, e pelo Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua função constitucional de zelar pela aplicação uniforme do direito infraconstitucional em todo território nacional e pela sua autoridade, não ofendem qualquer postulado, princípio e regra da Constituição Federal. Pelo Contrário. A instituição do precedente judicial em nosso ordenamento jurídico processual harmoniza-se com os ditames fixados pelos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança que são elementos rigorosos que, quando obedecidos, aperfeiçoam o Estado Democrático de Direito por valorizar a cidadania e respeitar a sua dignidade.

No particular, aumentam as responsabilidades dos Cursos Jurídicos, das Escolas da Magistratura, da doutrina e da jurisprudência para a abertura de espaços que fomentem debates visando construir uma

sólida cultura de obediência, por todos os Juízes e Tribunais, da aplicação dos precedentes judiciais.

A Dosimetria das Sanções por Improbidade Administrativa

Gilson Dipp
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A DOSIMETRIA DAS SANÇÕES POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ministro Gilson Langaro Dipp[1]

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal criou uma nova esfera de responsabilização: a improbidade administrativa. Com isso, o constituinte visou instituir novo mecanismo de punição aos agentes públicos e terceiros que pratiquem ilícitos contra a Administração Pública, a fim de coibir desvios éticos e proteger o princípio constitucional da moralidade administrativa. A rigor, a responsabilização por improbidade administrativa não se enquadra em nenhuma das espécies clássicas de responsabilidade: penal, civil, política ou administrativa. Tem um pouco de cada uma delas. Dessa forma, o agente público pode, em tese, ser processado politicamente (crime de responsabilidade), penalmente (Código Penal e legislação extravagante), civilmente (ressarcimento), administrativamente (estatutos dos servidores e normas disciplinares) e, também, por improbidade administrativa.[2]

---

[1] Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

[2] FIGUEIREDO, Marcelo. Comentário ao art. 37, § 4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 894.

A Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, que regulamentou o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, não delimitou com precisão o conceito de ato de improbidade administrativa. O projeto de lei advindo do Executivo Federal disciplinava sanções aos agentes públicos que se enriquecessem ilicitamente no exercício do cargo ou função (art. 9º), conforme indica a ementa da lei. As hipóteses de vantagem patrimonial, embora muito graves, tendem a ser de mais fácil identificação e quantificação. Durante o processo legislativo, contudo, foram incorporados ao projeto inicial os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e também os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Especialmente esse último tipo de ato de improbidade administrativa é de enorme abstração, o que é criticável quando se trata de direito administrativo sancionador. Além disso, o legislador optou por adotar técnica não usual na configuração das condutas ao incluir no *caput* de cada um desses dispositivos as condutas genéricas, trazendo as condutas específicas nos incisos que, contudo, afirmou serem meramente exemplificativas. Com isso, a Lei de Improbidade Administrativa abarcou (i) hipóteses bastante genéricas e abstratas e (ii) hipóteses muito diferentes entre si, seja pela gravidade da conduta, seja pela repercussão.

Com efeito, encontram-se na jurisprudência condenações por atos de improbidade administrativa que envolvem desde o mero atraso na entrega de prestação de contas pelo gestor público, ainda que posteriormente aprovadas pelo órgão competente, ou mesmo a contratação emergencial de poucos servidores públicos para áreas sensíveis como saúde e educação de determinado Município, até esquemas nacionais de enriquecimento ilícito de agentes públicos envolvendo vultosos contratos com a Administração Pública. A esse respeito, já destacamos em anterior artigo a preocupação com a banalização do conceito de improbidade administrativa, que é prejudicial à Administração Pública, por resultar em nuvens de incerteza e suspeitas de desonestidade sobre todos os atos administrativos, e também é prejudicial à própria sociedade, que perde o referencial de gravidade, deixando de diferenciar a má-fé dos atos efetivamente ímprobos em relação às irregularidades sem qualquer gravidade.[3]

---

[3] DIPP, Gilson. CARNEIRO, Rafael. Banalização do conceito de improbidade administrativa é

A situação torna-se ainda mais complexa pelo fato de que a Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu a possibilidade, a critério do magistrado, de aplicação das mesmas sanções para todos os diferentes tipos de atos de improbidade administrativa, desde os mais aos menos graves, com pequenas variações de intensidade. Destarte, as sanções previstas pela lei, inclusive as mais severas de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, podem em tese ser fixadas tanto na hipótese de enriquecimento ilícito como também em caso de ofensa genérica a um princípio, sem qualquer prejuízo ao erário ou vantagem patrimonial, a depender da discricionariedade do juiz na apreciação do caso concreto.

Nesse contexto, o presente artigo volta-se para o tema da dosimetria das sanções previstas na Lei n. 8.429/92. Percebendo que, ao contrário do que constantemente ocorre no Direito Penal, a dosimetria das sanções não é objeto de maiores preocupações da doutrina e jurisprudência no que se refere à Lei de Improbidade Administrativa, este artigo objetiva trazer reflexões sobre a necessidade de responsabilização adequada e proporcional no âmbito da ação de improbidade administrativa, a partir de criteriosa dosimetria das sanções.

2. SANÇÕES PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 12 da Lei n. 8.429/92 elenca as seguintes sanções que podem ser aplicadas judicialmente por ato de improbidade administrativa: (i) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, (ii) ressarcimento integral do dano, (iii) perda da função pública, (iv) suspensão dos direitos políticos, (v) pagamento de multa civil e (vi) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

No casos de atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), as possíveis sanções são de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do

prejudicial a todos. https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos.

dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Nas hipóteses de atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário (art. 10), a lei estabelece a possibilidade de aplicação das seguintes sanções: ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Quanto aos casos de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), a lei permite a aplicação das sanções de ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Como se percebe, exceto em relação à perda dos valores acrescidos ilicitamente e ressarcimento ao erário, que dependem da ocorrência dos pressupostos fáticos que as justificam – enriquecimento ilícito e lesão ao erário, todas as sanções podem ser aplicadas aos diferentes tipos de atos de improbidade, variando algumas delas apenas na duração (suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público) ou na base de cálculo (multa civil).

A perda dos bens acrescidos ilicitamente e o ressarcimento integral do dano representam mera recondução à situação anterior à prática do ilícito. Por tal motivo, respeitável parte da doutrina entende

que essas sanções sequer são reprimendas propriamente ditas, pois visam unicamente à recomposição do *status quo*.[4] De qualquer maneira, essas duas consequências podem ser categorizadas em grau mínimo de gravidade em comparação com as demais sanções.

Por sua vez, a multa civil consiste em sanção pecuniária que atinge o patrimônio do ímprobo, visando coibir a reiteração da conduta. A lei buscou estabelecer uma correlação entre os tipos de atos de improbidade administrativa e a base de cálculo da multa civil: no caso de enriquecimento ilícito, a multa levará em conta o montante do proveito obtido; no dano ao patrimônio público, a base de cálculo será o valor do prejuízo causado; e na violação aos princípios da Administração Pública, tem-se como critério de quantificação da multa a remuneração percebida pelo agente.

Já a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios representa penalidade administrativa com efeitos pecuniários indiretos, retirando a idoneidade necessária do condenado para contratar com a Administração Pública, o que impede, inclusive a participação em licitações.

A perda da função pública, por sua vez, põe fim definitivo ao vínculo jurídico do agente com a Administração Pública. Trata-se de sanção com alta carga de severidade, pois extingue a atividade laborativa lícita e a fonte de renda e de subsistência do agente público. A perda da função pública traz contornos mais controvertidos quando envolve detentores de mandato eletivo, posto que ainda não existe consenso na jurisprudência se a perda do cargo público atinge todo e qualquer vínculo do agente político com o Poder Público. Em razão da alongada tramitação das ações de improbidade administrativa, não é incomum que a conclusão da demanda ocorra quando o agente político detém mandato eletivo distinto daquele ocupado quando da prática do ato.

A suspensão dos direitos políticos restringe os direitos ativos e passivos garantidos constitucionalmente ao cidadão, impedindo-lhe, ainda que temporariamente, de participar no processo político como um todo.

---

[4] GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 735.

Suspende-se o direito ao sufrágio – direito de votar e de participar em iniciativas populares, plebiscitos e referendos – e o direito de ser votado, bem como o direito de ajuizar ações populares e de ser filiado a partido político. A suspensão dos direitos políticos é, assim, sanção bastante drástica.

O art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para a aplicação das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, exatamente em função do alto grau de severidade dessas sanções. Cabe ressaltar, entretanto, que a Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) deu efeitos imediatos, para fins eleitorais, à suspensão dos direitos políticos em condenação por órgão colegiado por ato doloso de improbidade administrativa, podendo resultar em inelegibilidade independentemente do trânsito em julgado do título condenatório.

3. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 12, *caput*, da Lei n. 8.429/92 estabelece que as sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do dano. Assim, a regra geral é a *não aplicação cumulativa* das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, cabendo ao julgador, a partir da análise do caso concreto, aplicar as sanções de forma proporcional.

A escolha de *cada uma das sanções* impostas deve ser devidamente fundamentada pelo magistrado, nos termos do princípio da motivação previsto no art. 93, X, da Constituição Federal, bem como em respeito ao art. 20 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB), com a redação dada Lei n. 13.655/2018, que exige a motivação acerca da necessidade e a adequação da medida imposta.

A primeira fase da dosimetria das sanções pode ser denominada *fixação qualitativa das sanções* e consiste na escolha de qual ou quais penalidades o magistrado deve aplicar conforme a lesividade e a reprovabilidade da conduta do agente ímprobo. A teoria dos degraus (*Stufentheorie*) facilita essa tarefa a partir da sistemática de fixação das sanções

em degraus, iniciando-se com as sanções menos lesivas e ascendendo para as sanções mais severas.

Inicialmente tem-se que a perda dos bens acrescidos ilicitamente e o ressarcimento integral do dano resultam apenas no retorno ao *status quo* e devem sempre ser aplicados quando presentes os atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito e lesão ao erário, respectivamente.

As demais sanções, entretanto, não podem ser aplicadas automaticamente e devem ser justificadas, uma a uma, no caso concreto. Seguindo-se em ordem crescente de severidade, tem-se a sanção de condenação ao pagamento de multa civil, com efeitos pecuniários, e em seguida a sanção administrativa de proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios. Em determinadas situações a limitação da pessoa jurídica a contratar com o Poder Público em todo o território nacional pode ser de extrema potencialidade a depender da atividade exercida pela empresa, o que justificará a análise acurada do julgador na solução do caso concreto.

Por fim, a sanção de perda da função pública que, além de efeitos pecuniários, impede o exercício de função pública legitimamente alcançada, até se alcançar a sanção mais drástica de suspensão dos direitos políticos, que atinge os direitos fundamentais do cidadão constitucionalmente protegidos.

Nesse sentido, merece destaque recente precedente do STJ:

> "As sanções de perda do cargo e/ou função pública, assim como a de suspensão dos direitos políticos constituem as mais drásticas das penalidades estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa, devendo, por isso, serem aplicadas apenas em casos graves, sempre levando em conta a extensão do dano". (AREsp 1.013.434, Min. Og Fernandes, DJe 31/03/2017)

A discricionariedade do magistrado quanto à escolha das sanções não é ilimitada e está restringida pelos critérios fixados na legislação. O parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa traz como parâmetros para a aplicação das sanções apenas a extensão do dano

causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. Essa economia da lei, contudo, deve ser suprida pelo art. 22 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB), que dispõe que na aplicação das sanções serão consideradas "a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente".

Também merecem destaque os critérios fixados pela Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que podem ser aplicados supletivamente às ações de improbidade administrativa por igualmente cuidar de sanções por atos ilícitos contra a Administração Pública. Segundo o art. 7º dessa lei, os seguintes fatores são capazes de influir na fixação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.[5]

Na mesma linha do entendimento acima esposado, o anteprojeto de reforma da Lei n. 8.429/92 elaborado pela Comissão de Juristas criada pela Presidência da Câmara dos Deputados e presidida pelo Ministro Mauro Campbell sugere a aplicação apenas da multa em casos menos graves, a partir da inclusão do § 7º ao art. 12 com a seguinte redação: "em se tratando de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta lei, além do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, a sanção se limitará à aplicação de multa."

A segunda etapa da dosimetria das sanções pode ser denominada *fixação quantitativa das sanções* e consistirá na escolha da duração e base de cálculos das sanções às quais a lei estabeleceu limites máximos

---

[5] DIPP, Gilson. CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. Comentários sobre a Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2016, p. 57.

e mínimos. Dessa forma, caberá ao juiz fixar o prazo de suspensão dos direitos políticos, o prazo de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, bem como a base de cálculo da multa civil a partir dos limites fixados na lei.

Ainda cabe destacar que a dosimetria das sanções deve ser analisada separadamente em relação a cada um dos que figurem no polo passivo da demanda, a partir da atuação individual e específica de cada qual, seja ele agente público ou o terceiro que haja concorrido ou se beneficiado da prática do ato ímprobo. Essa premissa decorre do princípio da personalização da pena, insculpido no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado, bem como do próprio conceito de improbidade administrativa, que exige o elemento volitivo, portanto individual, para a sua caracterização do ato de improbidade administrativa. Logo, não é possível a cominação *automática* das mesmas sanções para todas as partes envolvidas, cabendo a motivação individual para cada sujeito imputado.

4. CONCLUSÕES

Passados 26 anos de sua vigência, a Lei n. 8.429/92 ainda é objeto de inúmeras controvérsias que decorrem, em primeiro lugar, do sentido amplo e genérico do conceito de improbidade administrativa. Ao deixar de definir o conteúdo jurídico da improbidade administrativa, a lei acabou por facilitar que atos administrativos ilegais, praticados muitas vezes sem prejuízo ao erário ou vantagem patrimonial, venham a ser confundidos com atos de improbidade administrativa, conforme bem assinalado pelo Ministro Dias Toffoli[6]. Fato é que existem milhares de ações de improbidade administrativa em trâmite no Brasil – a partir de dados do Conselho Nacional de Justiça, tem-se o número de quase 44 mil ações ajuizadas apenas pelo Ministério Público até o ano de 2011[7], sem contar as demandas intentadas pela própria Administração Pública Direta ou Indireta.

---

[6] Nesse sentido é voto do Ministro Dias Toffoli no RE n. 656.558/SP, STF, p. 6.

[7] https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/lei-improbidade-aperfeicou-gestao-ministro-campbell-marques

As preocupações quanto à banalização das ações de improbidade administrativa aumentam diante do fato de que a Lei n. 8.429/92 estabeleceu a possibilidade de aplicação das mesmas sanções, com pequenas variações de intensidade, para todos os tipos de atos de improbidade, que diferem bastante entre si quanto à lesividade e reprovabilidade das condutas. Assim, o artigo buscou lançar olhares para um tema muito corriqueiro no Direito Penal, porém ainda pouco discutido no âmbito da improbidade administrativa: a dosimetria das sanções. Dada a gravidade da imputação de improbidade e das consequências previstas na lei, o julgador deve fundamentar a aplicação de cada uma das penalidades a partir da análise pormenorizada dos critérios de dosimetria estabelecidos na legislação e do grau de severidade das sanções.

5. BIBLIOGRAFIA

CAMPBELL MARQUES, Mauro (Org.). Improbidade Administrativa. Temas atuais e controvertidos. São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIPP, Gilson. CARNEIRO, Rafael. Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos. https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos.

DIPP, Gilson. CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. Comentários sobre a Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. Comentário ao art. 37, § 4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Direitos e garantias fundamentais na jurisdição sancionadora. Fortaleza: Imprece, 2018.

A Política de Combate à Corrupção no Brasil

Eliana Calmon
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

A POLÍTICA DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

*Ministra Eliana Calmon Alves**

No momento histórico em que vivemos, faz-se necessária uma reflexão sobre as razões que desencadearam os resultados da eleição de outubro de 2018, mudando inteiramente a composição partidária das duas casas do Congresso Nacional, especialmente o Senado Federal.

Ao longo de toda a República, mesmo depois da Constituição de 88, permaneceu o país com vetustos valores políticos, capitaneados pelo poder econômico. E as regras jurídicas editadas deixavam as digitais de um país atrasado, elitista e preconceituoso.

A percepção dos males desse modelo, sem limites precisos entre o público e o privado, era de tal fragilidade que a sociedade brasileira se acostumou a aceitar como normal e culturalmente justificável práticas já superadas, há muito, nos países desenvolvidos, tais como nepotismo, apadrinhamento, vultosos salários para os cargos em comissão – estes em número exacerbado –, conchavos políticos, entre outras práticas deletérias.

Esse estado letárgico contribuiu para afastar o interesse dos brasileiros pelos rumos da política, enquanto os grupos econômicos encastelavam-se nas esferas do poder estatal, a tal ponto que, em 2015, o Instituto Data Folha de Pesquisa constatou estarem os brasileiros, até

* Advogada.

2013, sem noção de que a corrupção do Governo era um grave problema nacional. Somente em 2016 é que se passou a encarar a corrupção como sendo o problema número um do país. A alienação era tamanha que mereceu o seguinte comentário do cineasta José Padilha: "**A corrupção não é um acidente na democracia brasileira. Ela é a lógica da democracia brasileira**" (**Revista Veja, 21/3/2018**).

Nesse contexto, as eleições para os cargos governamentais, o mais expressivo momento da democracia, eram financiadas pelos mesmos grupos econômicos que buscavam, depois, recompor o que despenderam nas campanhas eleitorais, por via de obras superfaturadas, com o aval dos políticos eleitos por representação popular.

A prática desenvolveu-se por longos e longos anos, atravessou a velha e a nova república, desafiou a ordem constitucional instalada em 88 e aprofundou-se à medida em que o país se desenvolvia, aportando grandes investimentos. Nesse momento agregou-se ao modelo posto mais um ingrediente: o dinheiro vindo das empreiteiras não só financiava as eleições mas também deixava sobras, muitas vezes vultosas, enriquecendo os políticos. Era uma espécie de troca do dinheiro da campanha pelas benesses governamentais, naturalmente a serviço dos financiadores.

Bem a propósito da afirmação, na delação de um dos donos da empresa Odebrecht, ofereceu Emílio Odebrecht, quando estava preso em Curitiba, um dramático relato histórico sobre a corrupção política no país: "**O que nós temos no Brasil não é um negócio de cinco anos, dez anos. Nós estamos falando de trinta anos atrás**" (**Revista Veja, 26/4/2017**).

Para o colaborador, a democracia brasileira já nasceu ferida pela corrupção e, por trinta anos, nenhuma instituição de controle estatal, fosse Polícia, Ministério Público, Justiça ou Tribunal de Contas, foi capaz de penetrar nas entranhas que corroíam o sistema democrático.

Tomando por base a informação desse delator como uma espécie de guia para se conhecer a origem do problema, podemos encontrá-la na política, onde foram as empreiteiras transformadas em fortalezas do pérfido sistema.

Tudo indica que o país despertou do seu sono letárgico em junho de 2013, quando a população brasileira foi para as ruas sem o comando

tradicional dos partidos políticos, sem liderança específica e sem que se identificasse, a princípio, quais eram as reivindicações. O movimento de 2013, denominado Passe Livre, começou em São Paulo, provocado pela insatisfação dos estudantes quanto ao aumento do transporte coletivo. Rapidamente se espraiou por todo o Brasil, ampliando-se as reivindicações: pedia saúde, educação, segurança, combate à corrupção e um sistema político acessível à sociedade.

O atípico movimento pegou todos de surpresa, não se estava entendendo o que acontecia no país. A primeira tentativa do Executivo foi reprimir as manifestações, o que foi inteiramente inócuo.

O endurecimento da força popular levou a um recuo do governo, passando a Presidência da República a derramar-se em promessas nunca cumpridas: prometeu trazer médicos para o SUS, recursos do petróleo para a educação e uma ampla reforma política, precedida de uma constituinte que depois transformou-se em plebiscito.

O Legislativo, por seu turno, rapidamente derrubou a PEC 37, a qual retirava do Ministério Público o poder de investigação, aprovou às pressas projeto destinando *royalties* do petróleo para a educação e a saúde, aprovou o Senado uma Agenda Positiva de votação, com projetos que dormiam nas prateleiras há mais de quinze anos, tais como: o da majoração das penas para os crimes de corrupção; o fim do voto secreto para a cassação de mandatos; enquadramento da corrupção como crime hediondo e outros tantos. Registre-se que muitos dos projetos não saíram do papel, alguns em nada alteraram a realidade das coisas, enquanto outros foram aprovados no susto, mas na certeza de que ficariam no rol daquelas "leis que não pegam".

Ao fim e ao cabo, podemos dizer que pretenderam os poderes republicanos, Executivo e Legislativo, acalmar a população, sem o compromisso de mudanças efetivas. Em outras palavras, disseram que haveria mudança para atender aos reclames populares, mas nada mudou na estrutura do poder, nem sequer na forma de priorizarem os projetos.

Constata-se hoje que o maior legado das manifestações de 2013 foi inocular na sociedade brasileira a ideia de força popular como instrumento de mudança política. Nas palavras do cientista social Humberto Laudares,

> foi deixar claro que o cidadão, empunhado de seu telefone, pode se organizar e fazer política. Nesse sentido, 2013 foi um grande grito de insatisfação com a representação política, com as mais diferentes mensagens e sotaques. No entanto, encorajou muitos movimentos da sociedade civil, com diferentes pautas e vertentes ideológicas, a se manifestar nos anos seguintes. Diria que inspirou também outros movimentos a se organizarem para atuar em rede. (Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/06/17/O-que-foram-afinal-as-Jornadas-de-Junho-de-2013.-E-no-que-elas-deram).

Esse movimento espontâneo, despido de ideologia e de partidarismo, deu início a um novo momento em que o povo brasileiro passou a pedir aos governantes compostura, moralidade, valores na condução da nação, sentimento materializado no apoio popular maciço dado, logo depois, à Operação Lava Jato, conduzida na Justiça Federal do Estado do Paraná.

Assim começamos a escrever uma nova história, na qual as empresas estão sendo chamadas a atuar como agentes transformadores da sociedade, propagando valores expressos em responsabilidade e transparência, unindo desenvolvimento econômico a fortalecimento dos pilares sociais, tornando-se, assim, parceiros do Estado, e não mais do governo.

Neste novo momento, o Poder Judiciário, como fiador da ordem jurídica, está como protagonista principal. Esse enfrentamento teve início com os magistrados de primeiro grau, passou pelos tribunais intermediários com o mesmo perfil de modernidade – defender o patrimônio moral e os cofres públicos –, pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, e chegou ao Supremo Tribunal Federal onde nascem os processos dos réus detentores de foro especial.

O Supremo Tribunal Federal, estruturado para defender a Constituição Federal, sempre esteve atento na defesa dos direitos fundamentais, direcionando as suas preocupações na rígida manutenção do devido processo legal, do contraditório e do amplo direito de defesa. Assim permanece, como guardião dos direitos individuais, inclusive afastando-se um pouco dos novos instrumentais legislativos, trazidos para

o direito brasileiro com o esforço da diplomacia internacional, que, de forma sistemática, vem pressionando os países em desenvolvimento a aderir com maior intensidade ao combate à corrupção.

Se bem analisados os fatos sociopolíticos antecedentes ao movimento de rua de 2013, vamos verificar que o início de tudo veio a partir da Constituição de 88, quando se tornou possível entender o país como nação civilizada; deflagrou-se, então, de forma lenta e gradual, um ataque ao mais deletério mal para a democracia: a corrupção.

Esse momento de regularidade política brasileira, com a Constituição Cidadã, coincide com a tomada de posição dos países mais desenvolvidos, ao decidirem reprimir a corrupção nas suas negociações internacionais. Até então, a corrupção era vista como traço cultural dos países em desenvolvimento, e com esse viés não se proibia, por exemplo, o pagamento de propina, abatida do imposto de renda como despesa operacional.

Sem limites legais e/ou éticos, a corrupção crescia no mundo inteiro até se conscientizarem as nações mais desenvolvidas da necessidade de abolir práticas comerciais que estimulassem ou tolerassem a corrupção, o que ocorreu na segunda metade da década de 1990.

Essa conscientização não ocorreu por um acaso, e sim pela necessidade de se fazer um severo combate ao terrorismo, que se alastrava pelo mundo, financiado pelo dinheiro sujo oriundo dos crimes transnacionais (tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, contrabando, etc.).

O Brasil foi signatário da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos, de iniciativa da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o que deu origem ao Decreto n. 3.678/2000, destinado a prevenir e combater internamente o crime de corrupção de funcionários públicos, e inaugurou, a partir daí, um amplo rol legislativo.

O segundo grande instrumento legal de combate à corrupção foi a Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, **Lei n. 9.613/1998**, obtida por pressão internacional. Afinal o Brasil funcionava como uma grande lavanderia, onde se fazia o branqueamento do dinheiro sujo via empresas

dirigidas por laranjas, favorecidos ainda por uma posição geográfica estratégica, a tríplice fronteira, facilitadora de ingresso e fuga sem maiores fiscalizações.

Pela primeira vez no país foi possível punir quem ocultasse valores de origem criminosa, inclusive obtidos com corrupção dentro dos órgãos estatais. Assim, transformou-se esse diploma legal em um dos principais instrumentos de combate aos crimes financeiros e à corrupção.

Essa foi uma lei fundamental e serviu para colocar o sistema jurídico em harmonia com as regras internacionais sobre a matéria. E, na medida em que os países foram trocando informações financeiras sobre contas bancárias ou aplicações no exterior sem registro dos seus titulares nos países de origem, a Lei de Lavagem foi ganhando importância e é hoje instrumento indispensável no combate às organizações criminosas.

Um importantíssimo órgão de rastreamento de valores foi inserido na estrutura do Ministério da Fazenda pela Lei de Lavagem: o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o qual tem como atividades precípuas produzir inteligência financeira e proteger os setores econômicos do governo contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

A **Lei n. 9.613/1998**, considerada diploma legal de segunda geração, quatorze anos depois sofreu importantíssima alteração para modernizar-se e então tornar-se diploma de terceira geração.

Pela lei de origem só era possível configurar-se crime de lavagem quando se identificasse a existência de um crime antecedente, elencado no rol constante do seu artigo 1º.

A **Lei n. 12.683/2012** alterou substancialmente a tipificação do crime, abolindo a enumeração dos delitos antecedentes. Assim, a partir da nova lei, qualquer infração penal, seja crime seja contravenção, quando capaz de gerar ativos de origem ilícita, é julgada válida como antecedente para a configuração do tipo lavagem de dinheiro, considerado crime acessório (depende sempre da existência de uma infração penal anterior que produza dinheiro, bem ou valor oculto).

A partir da Lei de Lavagem, o Brasil muniu-se de importantes instrumentos legislativos focados no combate a corrupção, tais como a

Lei de Combate às Organizações Criminosas (**Leis n. 9.034/1995, 10.217/2001 e 12.850/2013**), a Lei de Responsabilidade Fiscal (**Lei Complementar n. 101/2001**), a Lei da Ficha Limpa (**Lei Complementar n. 135/2010**), a Lei de Acesso à Informação (**Lei n. 12.527/2011**) e, por fim, a Lei da Empresa Limpa, também conhecida como Lei Anticorrupção (**Lei n. 12.846/2013**).

De todas as leis, a que mais contribuiu para o enfrentamento da corrupção sistêmica foi a última. Primeiro porque ela mudou o foco da repressão para também punir o corruptor; segundo porque não se ateve apenas ao direito penal e seus incidentes: interferiu, de forma significativa, na estrutura do processo penal, protagonizando maior dinâmica na coleta e na avaliação da prova.

A Lei Anticorrupção está apoiada em quatro eixos principais: extraterritorialidade, retroatividade, responsabilidade objetiva e despersonalização da pessoa jurídica, o que faz toda a diferença para que possa a Justiça, sem as amarras da velha legislação penal, dinamizar o processo.

A extraterritorialidade está em sintonia com os novos tempos. O mundo globalizou-se e os crimes financeiros tornaram-se transnacionais, praticados de um país para outro em um apertar de botões. O mundo do crime hodierno não tem fronteiras, dispensa o deslocamento físico do sujeito ou sujeitos passivos e são praticados digitalmente, deixando poucos vestígios. É de todo pertinente, portanto, a extraterritorialidade.

A retroatividade da lei ora analisada se fez oportuna diante do tipo de crime de que se cuida, ou seja, cometido o crime antes da lei nova, mas ainda " in fieri" a sua tipificação, pela ocultação dos valores, presente está a atualidade delitiva, o que enseja a aplicação da lei nova, vigente quando vem à tona a ocultação.

De referência ao elemento subjetivo, temos no Brasil a lei penal substantiva que está ainda hoje a exigir prova da vontade livre e consciente do agente, de forma a configurar o dolo, ou em alguns casos a possibilidade de punir por culpa. Ora, no mundo da era digital não há espaço para que se busque imputar a responsabilidade subjetiva em crimes cujos resultados financeiros são de absoluta visibilidade em favor do ou dos agentes (administradores e/ou responsáveis pela pessoa jurídica). Se de

algum modo houve para a empresa benefício econômico com a transação ilícita, há responsabilidade objetiva para a pessoa física responsável.

Por fim, a despersonalização ou desconsideração da pessoa jurídica, prática utilizada pela legislação cível e consumeirista, a exigir o reconhecimento por decisão judicial, na Lei Anticorrupção veio permitida de forma simplificada, de modo que a pessoa física, beneficiada economicamente com o agir da pessoa jurídica, jamais poderia ignorar os seus ganhos. Isso significa que, ao se beneficiar, estará automaticamente incriminado como autor.

Outro grande diferencial da **Lei n. 12.846/2013** são os tipos de punição nela previstos, praticamente todos de cunho patrimonial. Dividem-se em penas em pecuniárias (pesadíssimas multas) e econômicas: perdimento de bens, suspensão das atividades, dissolução compulsória da empresa e proibição de receber vantagens de entidades públicas.

Entretanto, o ponto mais expressivo dessa lei está na utilização de dois grandes institutos jurídicos voltados para a facilitação da coleta de provas: o acordo de leniência e a delação ou colaboração premiada.

Ambos os institutos, já previstos em leis antecedentes, passaram a ter maior aplicação e visibilidade na apuração dos crimes de corrupção.

O acordo de leniência consubstancia a confissão da empresa, por via do seu representante legal, da prática de atos escusos com o objetivo de angariar lucros em detrimento dos cofres públicos, com a promessa de não mais voltar a pessoa jurídica a utilizar-se de tais mecanismos e a obrigação de indenizar o governo no montante do prejuízo causado.

A delação premiada é uma espécie de confissão, com a acusação de terceiras pessoas, feitas pelo colaborador, com o intuito de ampliar o universo probatório da investigação, com pesadas consequências para quem faltar com a verdade e/ou incriminar levianamente outrem.

A Operação Lava Jato foi a mais importante investigação a utilizar a delação premiada e muito se assemelhou à Operação Mãos Limpas, realizada na Itália há trinta anos, a qual desencadeou uma devassa sem precedentes no seio da Máfia, infiltrada no Executivo e no Parlamento daquele país.

Assim como o congênere italiano, a Lava Jato mexeu com o alto empresariado brasileiro, desnudou a atuação criminosa do segundo e do terceiro escalão das empresas estatais e, pela primeira vez uma investigação policial chegou com sucesso ao âmago do Poder Legislativo, abrindo as entranhas do poder apodrecido por uma prática corriqueira e bem antiga: negociata do dinheiro público em transações cujos corretores eram as autoridades eleitas democraticamente com o dinheiro do empresariado, mediante financiamento de campanha.

Revelado o procedimento ilícito, identificado o escandaloso volume de recursos públicos envolvidos, confessados os crimes, delatadas as autorias e coautorias em inúmeras delações, assumidos os mais diversos crimes em alguns, mas significativos, acordos de leniência, com o pagamento de assombrosas quantias, centenas de processos foram instaurados, dando origem a grande número de condenações, de modo que empresários, servidores de alto escalão e políticos foram alvejados pela ação da Justiça de primeiro e segundo graus, sob os aplausos de uma nação que se colocou de forma incondicional em favor da moralidade pública.

As teses da defesa, praticamente todas elas inseridas no emaranhado processualístico que sempre foi o apanágio da impunidade, foram caindo como um castelo de cartas, porque no centro de tudo estava, de concreto, algo que não mais foi possível esconder: o ataque aos cofres das empresas públicos, gulosamente saqueados não só por políticos mas pelos partidos políticos contaminados com a cultura da corrupção endêmica.

A atuação do Supremo em relação à Lava Jato, lenta e reflexiva como é próprio de uma Corte Constitucional, diante do peso das evidências, começa a mudar, afastando lentamente, aqui e ali, a política de liberalidade que sempre dominou aquele Tribunal. Ainda desconfiado das informações trazidas pelos colaboradores, mostrando com nitidez o formalismo procedimental, deixa a Corte Maior, em atuação vagarosa na avaliação das provas, a sua maior atenção à defesa dos direitos individuais, derramando sobre a nação a preocupação maior: que destino será dado a tão grave episódio vivenciado ao longo desses quatro anos?

Infelizmente, não são infundadas as inquietações. Afinal, estamos lembrados do que ocorreu na Itália em processo similar – Operação

Mãos Limpas. Com mais de 5.000 investigados, 1.300 condenações, algumas centenas de prisões, extinção dos dois maiores partidos políticos, exatamente os que davam sustentação ao governo, o que ocasionou uma verdadeira revolução no meio político, deixou a operação um frágil legado na avaliação dos especialistas. Voltou-se praticamente ao começo, de tal forma que, nos dias de hoje, o número de processos por corrupção na Itália chega a ser menor do que os existentes na Finlândia, país considerado no ranking mundial como o menos corrupto do mundo.

O exemplo italiano preocupa os brasileiros e, com maior razão, acende um alerta no âmbito de atuação da Força Tarefa que comanda a Lava Jato.

Contudo, quando se examinam os motivos do insucesso da maior operação de combate à corrupção da época, década de 90, verificamos que as causas determinantes do fracasso da Operação Mãos Limpas não se repetem por inteiro no Brasil.

Em entrevista concedida à Revista Veja, há dois anos e meio – março de 2016 –, a socióloga Donatella Della Porta, professora da Escola Normal Superior de Florença, estudiosa do tema corrupção, afirma, referindo-se à Operação Mãos Limpas: "**O grande erro foi acreditar que o Poder Judiciário conseguiria mudar sozinho o corrupto sistema italiano. A chamada 'revolução dos juízes' não tinha força para isso**". E concluiu a doutora Donatella: "**Uma transformação significativa necessitava que uma profunda reforma política fosse feita em paralelo às investigações policiais e às decisões judiciais. E isso não aconteceu**" (**Revista Veja, 30/3/2016**).

Pouco tempo depois da entrevista da Professora, o Juiz aposentado da Corte de Cassação Italiana, membro do pool de procuradores que conduziu a operação Mãos Limpas, **Gherardo Colombo**, em entrevista concedida ao Jornal "O Estado de São Paulo," em 27/3/2016, disse exatamente a mesma coisa: "**A Justiça sozinha é incapaz de derrotar a corrupção. Por meio de uma investigação judiciária, não se pode enfrentar a corrupção, quando ela é tão difusa como na Itália**."

Esse é o ponto de partida para fazermos um paralelo entre as duas situações, a italiana e a brasileira. O diagnóstico dos categorizados italianos

entrevistados nos anima, porque no Brasil já estamos seguindo o caminho por eles ensinado, na medida em que já iniciamos o trabalho de sustentação política da Lava Jato, haja vista o resultado das eleições de 2018.

Demos os primeiros passos com mais facilidade do que os italianos e ainda poderemos manter o fogo sagrado da opinião pública, graças às mídias sociais e jornalística, uma grande aliada, e à atuação de um jornalismo investigativo sério.

Mas não é só. A professora italiana, na entrevista mencionada, termina por pontuar duas lições, a partir do insucesso na Itália. A primeira, em relação ao Judiciário, quando foi a Dra. Donatella enfática:

> **É importante que o Judiciário mantenha sua independência em relação ao poder político e que a opinião pública se mobilize caso o grupo político que porventura venha a assumir o governo tente passar leis com o intuito de enfraquecer a atuação dos investigadores. Mas isso não significa que o Judiciário deve desprezar o apoio político ao seu trabalho. A experiência italiana mostra que um Judiciário isolado, sem nenhum suporte do poder político, não consegue fazer tudo que é preciso**.

A segunda lição foi em relação ao apoio popular: "**A atenção da opinião pública é normalmente curta. Para mantê-la, em casos assim, deve haver a percepção da esperança. As pessoas precisam acreditar que algo pode mudar. Caso contrário, tendem a se distanciar do assunto e a se tornar mais cínicas**".

Muito temos a comemorar. Afinal, depois de mais de cinquenta anos de corrupção sistêmica e até mesmo consentida socialmente, foi possível dar os primeiros passos, um deles passo de gigante, essencial e salutar, representado pela Lava Jato, com a punição de grande número de culpados pela corrupção, até aqui.

O lance seguinte não foi de menor importância porque, ainda que tivéssemos deixado de fazer uma verdadeira reforma do sistema político-eleitoral, foi suficiente a vedação ao financiamento das campanhas pelas empresas particulares e a mobilização popular através da mídia para haver sensível liberdade nas escolhas políticas, como acusaram as urnas em 2018.

Ainda nos resta um amplo e árduo trabalho pela frente, especialmente no terreno da educação política e com ela a cobrança da funcionalidade dos órgãos de controle do Estado, principalmente os que se encontram no ápice da pirâmide, onde está o celeiro multiplicador da corrupção.

Surge então a pergunta: como fazer? A primeira resposta é: **MUDANÇA**; a segunda, **EDUCAÇÃO e INFORMAÇÃO**; a terceira **ÉTICA**, entendendo-se como tal a manutenção de um comportamento civilizatório que nos faça guardiões da coisa pública, cúmplices de uma compromisso com o futuro usando como ferramentas transparência, controle social e institucional e combate ostensivo a todas as formas de corrupção.

O perigo não acabou, ao contrário, parcela considerável da população que se deu bem com a velha política, com maestria tenta minar as práticas que nos levará a um novo Brasil. Não podemos nos iludir, projetos de lei tramitam pelo Congresso Nacional, as tentativas de enfraquecer as instituições, especialmente o Judiciário se faz presente de forma continuada e disfarçada.

O que fazer? Renovemos, como cidadãos, as esperanças de mudança a cada dia, sem nos deixar esmorecer e por fim a recomendação: **ORAI E VIGIAI**.

Ligeiras Considerações sobre Litisconsórcio no Direito Processual Civil Brasileiro

Castro Filho
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

LIGEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE LITISCONSÓRCIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções sobre parte. 3. Conceito de litisconsórcio. 4. Casos de litisconsórcio. 5. Espécies de litisconsórcio. 5.1. Litisconsórcio necessário. 5.2. Litisconsórcio necessário no polo ativo. 6. Dos diversos posicionamentos doutrinários. 7. Nossa posição. 8. Outras modalidades de litisconsórcio. 8.1. Eventual. 8.2. Alternativo. 8.3. Sucessivo. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Na história do Direito, não há uma indicação precisa sobre a época a partir da qual passou-se a admitir a pluralidade de partes num mesmo polo da relação jurídica processual. Chegou-se a supor tivesse ocorrido ainda no Direito Romano, em sua terceira fase, conhecida como fase pós-clássica, no período da chamada *cognitio extra ordinem*, situado entre os anos 200 e 565 da era cristã. Mas é de se ter presente que, ao longo de toda a existência do Processo Romano, não se admitia a cumulação de pessoas, logo não se permitia o litisconsórcio.

Só bem mais tarde, passados alguns séculos dos efeitos da Invasão Bárbara, que culminou com a queda do Império Romano, é que, por influência dos pós-glosadores, passou-se a admitir a pluralidade de partes

num dos lados da relação processual, o que acabou por chegar ao mundo civilizado. Esteve nas Ordenações do Reino e, através delas, veio para o Brasil. Figurou em alguns códigos de processo estaduais, como no da Bahia, e foi acolhida pelos Códigos de Processo Civil de 1939, passou pelo de 1973 (arts. 46 a 49) e se encontra presente em nosso novo diploma processual civil (arts. 113 a 118).

2. NOÇÕES SOBRE *PARTE*

Antes de entrar, propriamente na questão, quase sempre tormentosa, desse complexo fenômeno chamado *litisconsórcio*, é de conveniência dedicar algumas palavras ao que se deve entender, em matéria de processo, por *parte*.

Atento à distinção entre parte na demanda e parte no processo, e se louvando em *Liebman*, *Cândido Rangel Dinamarco*, pluralizando, diz que partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, isto é, os sujeitos interessados da relação processual em cujas esferas jurídicas atuará o provimento a ser emitido pelo juiz.[1]

A distinção entre partes na lide (sentido substancial) e partes no processo (sentido formal), vem de *Carnelutti*.[2] Com isso, porém, não concordam alguns autores brasileiros, segundo os quais não pode haver, por definição, uma lide diversa daquela descrita pela parte em sua petição inicial.

Com efeito, em sentido meramente formal, partes, na verdadeira acepção do vocábulo, devem ser considerados apenas o demandante – aquele que formula o pedido, o autor – e o demandado, o réu – aquele em relação ao qual se pede a tutela jurisdicional. Ou exequente e executado, embargante e embargado, requerente e requerido. Os demais que, eventualmente, integram o processo, são terceiros, ou seja, aqueles que nele ingressam sem, propriamente, integrar à lide. Mas não é desarrazoado chamá-los – como o diz *Dinamarco* – partes secundárias ou acessórias ou, ainda, partes em sentido formal.

---

[1] Litisconsórcio. São Paulo: Palheiros Editores, 2002, p. 20.

[2] Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944, p. 58.

Assim, de outro lado, *terceiros* são aqueles que não são parte (em sentido substancial) no processo, é dizer, são todos aqueles que não figuram na condição de autores ou réus, embargantes ou embargados etc. Se esse "terceiro", contudo, for titular da relação jurídica substancial submetida à apreciação do juiz, e ocorrer alguma das situações preconizadas pelo artigo 114 do novo Código de Processo Civil, deve ser chamado para integrar a lide. A falta de chamamento, tratando-se de litisconsórcio necessário, mesmo que no polo ativo, em determinadas situações, que são raras, impõe a extinção do processo, apesar de haver, neste ponto, ainda algumas controvérsias. Por último, é de se lembrar que, para ser parte, é imprescindível a *legimatio ad causam*, seja para figurar no polo ativo ou no polo passivo da relação processual. Logo, para ser litisconsorte, é necessário ter legitimação, sem a qual a participação do interessado não será permitida, pelo menos nessa condição. Como dizia *Pontes de Miranda*, quem não pode entrar num recinto, por falta de bilhete, logicamente, não pode entrar na condição de acompanhante.

3. CONCEITO DE LITISCONSÓRCIO

Para antigo professor de Portugal, de onde primeiro nos veio o instituto, *Adelmo Palma Carlos*, "Litisconsórcio, em sentido técnico, é pluralidade de partes principais, unidas no mesmo processo para discutirem uma relação jurídica material".[3]

Dinamarco sintetiza o conceito ao dizer: "...é fácil entender o litisconsórcio como a situação caracterizada pela existência de duas ou mais pessoas do lado ativo ou lado passivo da relação processual, ou em ambas as posições".[4]

A conclusão está na linha do entendimento de *Giuseppe Chiovenda* que, ainda no início do século passado, ensinava: "*dicesi litisconsorzio la presenza nello stesso procedimento di più persone nella posizione di attori*

---

[3] Ensaios sobre o litisconsórcio. Lisboa: Centro Tip. Colonial, 1956, p. 126.

[4] Ob. cit, p. 39.

(litisconsorzio ativo) o di convenuti (itisconsozio passivo) o di attoti da un lato e de convenuti dall'altro (litisconsorzio misto)".[5]

Retornando ao sistema lusitano, é de se lembrar que, na atualidade, no direito português contempla-se, ao lado do litisconsórcio, também uma figura conhecida por *coligação*. Embora sem relevância para o presente estudo, mas para ilustrar, salientamos que os autores daquele país traçam um paralelo entre **litisconsórcio, cumulação de pedidos e coligação**. Ao fazerem a distinção, dizem que, na mera cumulação de pedidos, há um só autor e um único réu, mas, vários pedidos; no litisconsórcio, o pedido é um só, porém formulado por vários autores ou em relação a diversos réus; já a coligação tem em comum com a cumulação de pedidos o fato de serem múltiplos os pedidos e, com o litisconsórcio, a circunstância de serem os autores ou os réus mais de um. Assim, chamam de **cumulação** quando há um só autor e um único réu, mas uma pluralidade de pedidos; **litisconsorte**, se há pluralidade de partes e apenas um pedido; **coligação** quando existem multiplicidade de pedidos e pluralidade de autores e de réus. A distinção, entre nós, como dito, não tem relevância, porque, em nossa sistemática inexiste empecilho à cumulação de pedidos também em casos de litisconsórcio, seja ativo, passivo ou misto. Possivelmente, os portugueses ainda não se utilizem de algumas modalidades mais recentes de litisconsórcio, as quais já vem sendo referidas por alguns doutrinadores e, ainda que parcimoniosamente, adotadas por alguns dos nossos tribunais. Sobre elas teceremos rápidas considerações nos itens finais do presente trabalho.

Aliás, por oportuno, é de se lembrar que *Pontes de Miranda*, já em seus Comentários ao Código de Processo Civil, edição de 1973, ao contrário do que entendia a maioria de nossos autores, alertava que as "quatro fontes mencionadas pelo artigo 46 (reproduzido hoje, quase que *ipsis litteris*, pelo artigo 113 do diploma atual) não exauriam as fontes do litisconsórcio".

---

[5] Principii di diritto processuale civile. Napoli: Jovene, 1928.

4. CASOS DE LITISCONSÓRCIO

O Código de 1939, nosso primeiro código nacional de Processo Civil dividia o litisconsórcio em necessário (comunhão de interesses), facultativo irrecusável (conexão de causas) e facultativo recusável (afinidade de questões por um ponto comum de fato e de direito).

Para dispor sobre a matéria, no Código de 1973, inspirou-se o legislador brasileiro na ZPO alemã, não se podendo perder de vista, todavia, a importante alteração ao seu artigo 46 pela Lei 8.952/94, que lhe acrescentou um parágrafo, autorizando o juiz, nos casos de pluralidade multitudinária de partes, a limitar o número dos litigantes do litisconsórcio, desde que facultativo. Com isso, alguns processualistas brasileiros, liderados por *Pontes de Miranda* e *Celso Agrícola Barbi*, entre eles Humberto Theodoro Júnior, passaram a defender, no ponto, a classificação do Código de 1939, no que diz respeito à limitação de partes no litisconsórcio passivo. É dizer, passaram a entender que se devolvera a essa espécie de pluralidade de partes a característica de poder ser recusável ou irrecusável.

A utilização do verbo *poder* no *caput* do artigo 46 (duas ou mais pessoas podem litigar) levou alguns a pensar que esse artigo cuidasse, tão somente, do litisconsórcio facultativo, mas, em verdade, abrangia ele todas as modalidades litisconsorciais. Na sequência, o que fazia o artigo 47 era apenas dispor sobre as situações em que ele era indispensável.

Destarte, para usar a própria linguagem do legislador de então, seria necessário o litisconsórcio quando:

a – assim o dispusesse a lei ou

b – pela natureza da relação jurídica, tivesse o juiz que decidir a lide de igual modo para todas as partes.

Pode-se concluir disso, que o litisconsórcio facultativo já era, como continua sendo, encontrável por exclusão, agora, como antes, se não incidir, no caso concreto, nenhuma das situações acima mencionadas, e havendo pluralidade de partes, num ou em ambos os polos da relação processual, o caso será de litisconsórcio facultativo.

5. ESPÉCIES DE LITISCONSÓRCIO

O vocábulo *litisconsórcio*, embora de fácil compreensão, esconde uma complexidade pouco imaginada. Para se ter uma ideia, consultem-

se os doutos. Veja-se, por exemplo, a excelente obra de *Cândido Rangel Dinamarco*, aqui já mencionada, intitulada *Litisconsórcio*, editada em São Paulo pela Malheiros Editores. Não obstante seja das mais abrangentes, certo não esgota ela todas as situações reveladoras de problemas sérios, que surgem no dia a dia da prática forense.

Litisconsórcio é o gênero; *necessário* e *facultativo* são as espécies, que podem ser ainda compreendidas como *simples* (ou comum) e *unitária* (ou qualificada). Podem haver, também, como *modalidades mais novas*, litisconsórcio ***sucessivo*, *alternativo* e *eventual***. Estas são "modernidades" ainda pouco conhecidas no Brasil, sobre as quais teceremos algumas considerações nos itens 8.1, 8.2 e 8.3.

5.1. Litisconsórcio necessário

O litisconsórcio necessário, na dicção do artigo 114 do Código atual, dá-se ***por disposição de lei ou*** *quando,* ***pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes***. Pouco esclarecedora (para não dizer *confusa* ou, como diz *Didier*, *tautológica*) a redação deste artigo, em seu final. Daí a dificuldade, de certo modo ainda reinante, sobre a indispensabilidade de chamamento ao processo nos casos de pluralidade de interessados no polo ativo da relação jurídica processual, se não estiverem presentes todos já na propositura da demanda.

Na vigência do diploma de 1973, o artigo 47, em seu *caput*, fundia o litisconsórcio necessário com o unitário como se fossem ambos a mesma coisa; definia o litisconsórcio necessário em conformidade, apenas, com as características do litisconsórcio *unitário.* Porém, como alerta a doutrina, o litisconsórcio unitário nem sempre é necessário. São exemplos, muito lembrados pelos autores, a hipótese de condôminos que reivindicam a coisa comum e de credores solidários nos casos de cobrança da dívida única. Ajam em conjunto ou separadamente, o resultado será uniforme para todos os interessados, não obstante não se trate de litisconsórcio obrigatório.

Em contrapartida, como lembra *Humberto Theodoro Jr.*, é de se ter presente que não são poucas as situações em que o litisconsórcio é necessário, mas o resultado não será, forçosamente, o mesmo para todos os

participantes do processo. É o caso, *verbi gratia*, do concurso de credores do devedor insolvente, assim como a participação dos confrontantes nas ações divisórias e demarcatórias. Embora sejam todos, à luz da lei, partes obrigatórias, a decisão da pretensão de uns e outros pode ser diferente.[6]

Luiz Rodrigues Wambier, *Flávio Renato Correia de Almeida* e *Eduardo Talamini* lembram, também, um caso por demais esclarecedor: o da ação de usucapião. Ali, por força de lei, há um litisconsórcio necessário, pois se determina a citação, entre outros, daquele em cujo nome estiver transcrito o imóvel e dos confinantes. Entretanto, a toda evidência, o resultado para o primeiro não será o mesmo para os segundos.[7]

Por tudo isso, escaldado com tantas imperfeições do Código de 1973, esperava-se que o novo diploma processual brasileiro viesse bem melhor que o anterior, já que oriundo do trabalho de uma comissão de alto nível. Nesta matéria, embora se pudesse aguardar evolução maior, embora tenha saído melhor que o anterior, como visto e como ainda se verá, deixa ainda um pouco a desejar, em vários pontos.

5.2. Litisconsórcio necessário no polo ativo

A questão mais tormentosa, contudo, no que diz respeito ao litisconsórcio, é aquela concernente à sua **formação no polo ativo**, ***quando necessário***. Como acabamos de verificar, para que a sentença produza os efeitos jurídicos pretendidos, faz-se imprescindível que todos os interessados estejam presentes. Nesse caso, diferentemente do que ocorre no litisconsórcio facultativo, como se trata de uma imposição da lei, a norma é cogente, **mas somente para os casos de litisconsorte passivo**. Não autoriza que o juiz, como o fazia o Código anterior, determine ao proponente da ação que requeira a citação de outros interessados a virem integrar o polo ativo da relação processual.

E se algum deles se recusar a comparecer, isto é, se negar a participar da propositura da demanda? Como proceder? Reinava, não só na doutrina

---

[6] Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. I, p. 119.

[7] Curso avançado de Processo Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 249.

como na jurisprudência, séria divergência, com vários posicionamentos, alguns radicais, outros mais ponderados.

6. DOS DIVERSOS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Cândido Rangel Dinamarco era enfático: "Como ninguém pode ser obrigado a demandar contra sua própria vontade (*nemo ad agendum cogi potest*, princípio constitucional da liberdade), em casos assim (de recusa de participação de algum dos interessados), o autor ficará num impasse sem solução e não poderá obter a tutela jurisdicional pretendida".[8]

Humberto Theodoro Júnior raciocinava como Dinamarco. Mas, na trilha de Celso Barbi, não admitia, na vigência do Código anterior, citação de litisconsortes para o polo ativo. À luz da lei então vigente, criticavam aqueles renomados processualistas mineiros, dizendo: "...tecnicamente, citação é chamamento que se faz ao réu para defender-se em juízo (art. 213) e não de alguém para vir agir como autor.

Diríamos que não só a redação anterior – art. 213 – era imperfeita; também a atual - art. 238, embora melhor – deixa a desejar. É que o legislador brasileiro tinha e continua cultivando o antigo hábito de conceituar, de dar definições, o que não é apropriado. A lei deve ser clara, mas definir, conceituar é tarefa da doutrina, da *jurisciência*.

Deveras, não era nada feliz o Código anterior, ao conceituar citação. Mas, *data venia*, não se limitava, apenas ao chamamento do réu para se defender. Rememore-se a redação do artigo 213: "Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender". Ainda que não se tratasse de um primor de conceito, era da lei que não só o réu, mas outro **interessado** podia ser citado. Ora, em regra, ninguém mais que um litisconsorte pode ser interessado no resultado de uma demanda.

Mas, como sempre cauteloso, ponderava Humberto: "Embora não se possa ordenar a citação de litisconsorte ativo, o juiz, reconhecendo

---

[8] Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 354.

que o autor não teria legitimidade para intentar a ação sozinho, pode-lhe assinar prazo para obter a adesão do co-interessado necessário. Não vindo o consorte para o feito, o processo será extinto, sem apreciação do mérito".[9]

Agora, à luz do novo Código de Processo Civil, mais que nunca, convencido do acerto de sua compreensão desde o século passado, esse ilustre professor posiciona-se da seguinte forma, dizendo: "Segundo antigo entendimento doutrinário, a que o NCPC se manteve fiel, o litisconsórcio necessário ocorre apenas no polo passivo do processo (art. 115, parágrafo único). Não há, pois, litisconsórcio necessário ativo, em regra".[10]

Solução menos radical era sugerida por *Nelson Nery Jr*. e *Rosa Maria Nery*: "Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade de formação do litisconsórcio deva ocorrer no pólo ativo da relação processual, mas um dos litisconsortes não quiser litigar em conjunto com o outro, esta atitude potestativa não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação (CF 5º XXXV)". Acrescentavam que "o autor deve movê-la sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no pólo passivo da demanda, como réu, pois existe *lide* entre eles, porquanto esse citado está resistindo à pretensão do autor, embora por fundamento diverso da resistência do réu". Indicavam, como comungantes desse entendimento, *Lambauer* e *Homero Freire*, mas outros existiam, como *José Miguel Garcia Medina e Teresa Alvim Wambier.*

Com efeito, *Mathias Lambauer*, em obra editada desde a penúltima década do século passado, vinha ensinando como o faz hoje Nery e Nery. Afirmava ele que "os condôminos ou comunheiros, ou, ainda, os potenciais litisconsortes de um modo geral, na conformidade do parágrafo único do art. 47 do CPC em vigor, não estão estes obrigados a integrar, no sentido de participarem da demanda, mas a coisa julgada da sentença a ser proferida no processo os atinge irremediavelmente. Se, eventualmente, discordarem da ação proposta, nada impede integrarem a demanda em

---

[9] Obra e local citados.

[10] Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. I, p. 355.

polo processual oposto e deduzirem os seus interesses contrários à ação ajuizada, formando litisconsórcio ao lado do réu".[11]

Bem antes disso, porém, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, *Homero Freire* já ponderava sobre a conveniência de se repensar o conceito de litisconsórcio necessário. Defendia que, não obstante a exigência da presença no processo de todos os sujeitos da relação jurídica, nada impedia a propositura da demanda por um só dos interessados. A seu sentir, bastaria a cientificação dos demais para, com isso, se transformar em litisconsortes todos os sujeitos da relação jurídica.[12]

Nelson e Rosa Nery, mesmo com a redação trazida pelo novo Código, continuam se mantendo na mesma linha anterior.[13]

Alexandre Freitas Câmara postava-se entre aqueles que rejeitavam o litisconsórcio necessário ativo. Mas, na linha também de Nelson Nery e Rosa Nery, dizia que, nos casos em que a natureza da relação jurídica impunha a presença de todos os seus sujeitos no processo, esta presença podia dar-se em qualquer dos lados da relação processual; de tal forma, aqueles que não quisessem propor a ação deveriam ser incluídos no polo passivo da demanda. E exemplificava: numa locação em que houvesse dois locadores, e pretendendo um deles propor ação revisional de aluguel, com o fim de obter um aumento do preço da locação, com o que não concordasse o seu co-locador, deveria aquele propor a ação em face do locatário e do co-locador que não pretendia ajuizar a demanda. Este co-locador, demandado, poderia assumir uma de diversas condutas possíveis: contestar o pedido do autor, afirmando que o aluguel então devido era adequado aos padrões do mercado; reconhecer a procedência do pedido ou permanecer revel. De qualquer modo, sua presença no processo tornaria possível a apreciação do mérito, por estarem presentes na relação processual todos os sujeitos da *res in iudicium deducta*.[14]

---

[11] Do litisconsórcio necessário ativo. São Paulo: Saraiva, 1982, ps. 121/122.

[12] Litisconsórcio necessário ativo. Recife: Livraria Jurídica Internacional, 1954, ps. 80/81.

[13] Veja-se Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Thompson Reuters REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2016, ps. 566/568, itens 5 a 8.

[14] Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 177.

Diferente não era a compreensão de *José Roberto dos Santos Bedaque*. Para o conceituado professor paulista, a alternativa de incluir o co-litigado ativo no polo passivo do processo seria factível: "...bastando que o autor, ao descrever a causa de pedir, impute a ele comportamento contrário à realização espontânea do direito".[15]

Fredie Didier Júnior posicionava-se, e ainda se posiciona, na outra extremidade, começando por negar a existência de litisconsórcio necessário ativo. "O fundamento dessa conclusão – diz ele – é apenas o direito fundamental de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88)". Para esse conceituado processualista baiano, a discussão sobre a obrigatoriedade do litisconsórcio ativo restringe-se aos casos de litisconsórcio unitário (e, como tal, deve ser necessário), tendo em vista que, sendo indivisível a relação jurídica discutida em juízo, a solução que se lhe der deve ser a mesma para todos os litisconsortes. No entanto – justifica – como o litisconsórcio unitário relaciona-se aos casos de co-legitimação, o Direito autoriza, em algumas situações, que um sujeito discuta em juízo, em nome próprio, situação jurídica que, ou não lhe diz respeito, ou não interessa somente a ele, e que, por isso mesmo, poderia estar sendo discutida por um outro sujeito (co-legitimado). Assim, "Se a co-legitimação é ativa, e há unitariedade, qualquer dos co-legitimados, isoladamente, pode propor a demanda, mesmo contra a vontade de um possível litisconsorte unitário, que ficará submetido à coisa julgada, como é a regra em casos de legitimação extraordinária, aceita por praticamente a totalidade da doutrina".[16]

Mas, mesmo com ressalvas quanto à aceitação de litisconsórcio necessário ativo, *Didier* concluía seu pensamento também de forma quase coincidente com a de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, ao dizer: "O demandante pode solicitar a intimação do possível litisconsórcio unitário, para que tenha ciência do processo e tome a postura que lhe for conveniente: a) ou assuma a posição de litisconsorte ativo ulterior unitário; b) ou se cale, prosseguindo a condução do processo pelo demandante originário,

---

[15] Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 155.

[16] Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2008, vol. I, ps. 309/310.

que é seu substituto processual (legitimado extraordinário); c) ou adira à contestação do réu, resistindo a pretensão do demandante originário, assumindo posição semelhante à de um assistente litisconsorcial passivo e, portanto, litisconsorte unitário ulterior passivo. Nesse último caso, atuaria em nome do próprio, defendendo a situação jurídica afirmada pelo réu – caso, pois, de legitimação extraordinária".[17]

Todavia, vigente agora o novo Código de Processo Civil, sentindo-se, por certo, fortalecido por sua redação no que concerne ao tema, Didier mantém-se na mesa diretriz anterior. Não nega a existência de litisconsórcio necessário no polo ativo, mas enfatiza que **apenas, por exceção**.[18]

Em nosso particular ponto de vista, a **negativa de existência de litisconsórcio necessário no polo ativo** - ainda afirmada por alguns respeitáveis mestres **- não é desarrazoada**. Por quê? Porque, em tese, aquele que, chamado ou não a integrar a lide como um dos proponentes da demanda, nada terá a perder, seja qual for o resultado. Se procedente o pedido, poderá, em algumas situações, até ser beneficiado; se, por outra banda, for o pedido julgado improcedente, o resultado, igualmente, não lhe afetará. Em resumo: em situações tais, quem ficar de fora, poderá nada ganhar, porém nada terá a perder.

Em pronunciamentos anteriores, principalmente em sala de aula e em palestras, confessamo-nos simpático, com algumas reservas e ajustes, ao entendimento daqueles que admitem a convolação do litisconsorte necessário ativo renitente à condição de réu.[19] Dizíamos, na vigência do Código anterior, entender que, havendo pluralidade de interessados no polo ativo, nos casos de litisconsórcio necessário, para que o processo fosse válido e tivesse eficácia a sentença, ser imprescindível que se possibilitasse a todos sua participação. Assim, se a petição inicial não estivesse firmada

---

[17] Ob. cit., ps. 310/311.

[18] Código de Processo civil. Salvador: Jus Podivm, 2018, ps. 533 e ss.

[19] Assim o afirmamos na palestra que proferimos no simpósio em homenagem ao ilustre Professor *Cândido Rangel Dinamarco*, promovido em São Paulo, em 2011, pelo *Instituto Brasileiro de Direito Processual*, quando presidente a querida Professora *Teresa Arruda Alvim.*

por todos, os ausentes deveriam ser cientificados para integrar à lide, com a advertência de que, se não o fizessem, seriam tacitamente representados pelo proponente da demanda, assumindo os ausentes as consequências do resultado. Nesses casos, a cientificação do interessado faltante deveria anteceder à do réu, para possibilitar àquele, inclusive, se o desejasse, aditar a petição inicial.

Mesmo à luz do novo Código de Processo Civil, nossa posição continua a mesma. Se, por um lado, ninguém é obrigado a demandar, por outro, não se pode ignorar o direito constitucionalmente garantido a qualquer pessoa de propor demandas.

7. NOSSA POSIÇÃO

Relembrado nosso posicionamento de outrora, retornemos à época atual. Pensamos que, não obstante a lei não o determine para os casos de litisconsórcio necessário no polo ativo, fazendo-o explicitamente só quando se tratar de litisconsórcio necessário no polo passivo (parágrafo único do art. 115), entendemos que nada há que impeça ao juiz, provocado pelo interessado, deferir o chamamento, numa espécie assemelhada ao *iussu iudicis*. E, como se trata de chamamento anômalo, pois que *é para demandar*, o mandado (que será de mera **cientificação**, para, **se quiser**, habilitar-se nos autos), deverá conter a advertência de que, caso não compareça, será substituído pelo outro ou outros demandantes, ressaltando que sua omissão importará na aceitação dos resultados finais, sejam quais forem eles.

Embora não obrigatório o chamamento, é de conveniência a cientificação. Há hipóteses em que nem todos, apesar de interessados, tomam ciência da intenção de alguém de propor uma demanda. Pode ser que, aquele ou aqueles que desconheçam esse propósito, tivessem a mesma intenção, só não o fazendo antes por alguma razão, inclusive, não raro, por falta de recursos financeiros para sustentar as despesas que, em geral não são pequenas, de uma causa na justiça.

Feita a cientificação, o que venha a alegar (ou não alegar) o cientificado pouco importa. Poderá agir dando as razões de sua recusa, as causas de seu desinteresse (quem sabe até por questões financeiras) ou

até mesmo em defesa do réu, por entender não ser justa a pretensão do ou dos proponentes da demanda. Os fundamentos de fato e de direito serão avaliados pelo juiz. Se se colocar contra o processo ou mesmo contra o pedido, posicionando-se ao lado do demandado, e vindo o autor (ou autores) a ter êxito ao final, embora não venha a sofrer prejuízo quanto ao objeto da lide, como participou do processo, poderá ser condenado, juntamente com os demais sucumbentes, pelas despesas de natureza processual, assim como por honorários de advogado. Se, ao contrário, for o pedido julgado improcedente, não se lhe poderá negar os mesmos direitos de ressarcimento quanto às despesas do processo.

8. OUTRAS MODALIDADES DE LITISCONSÓRCIO

Há poucas décadas, surgiram em alguns países da Europa – principalmente Itália e Alemanha – certas indagações sobre a possibilidade de se admitir três modalidades de litisconsórcio, que vem sendo chamadas pela doutrina mais moderna de litisconsórcio ***eventual, alternativo* e *sucessivo***. Embora pouco conhecidos, já temos alguns autores que deles cuidam. Na expressão de *Dinamarco*, trata-se de "questão elegantíssima (...) sobre a qual mesmo na Itália – conta ele – pouco se escreveu a respeito, existindo algumas manifestações no direito alemão."[20]

Na sequência, com o fito de esclarecer e se posicionar, faz o ilustre professor da USP as seguintes perguntas: "Será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o artigo 289 do Código/73, (*cúmulo eventual*), para que uma delas só seja apreciada no caso de rejeitada a primeira? Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual deles seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em benefício de um dos dois (*cúmulo alternativo*)?"

"A resposta é positiva", responde *Fredie Didier Jr.*, fazendo coro a Dinamarco. Na primeira hipótese, com base no supramencionado dispositivo do então vigente Código de Processo Civil brasileiro, que contemplava a

[20] Na atualidade, já temos no Brasil alguns autores que cuidam dessas modalidades.

denominada *cumulação eventual* ou *subsidiária*; na segunda, ter-se-ia por fundamento o artigo 895 do diploma processual antigo (agora, 547).

As três modalidades de que ora tratamos não se confundem, mas há uma grande similitude entre o litisconsórcio *eventual* e o *alternativo*. O que os distingue, em verdade, é a ordem de preferência em relação aos demandados. Será *eventual*, se o autor não externar dúvida em relação ao polo passivo e manifestar sua preferência por um dos demandados; não existindo essa ordem de preferência, por falta de certeza sobre quem poderá ser demandado, será o litisconsórcio considerado *alternativo*. Em rápidas palavras, analisaremos cada uma dessas novas modalidades.

8.1. Litisconsórcio eventual

Como anota *Araken de Assis*, quando ocorre o fenômeno, na modalidade eventual, isso se verifica, geralmente, no polo passivo da demanda, ao contrário do litisconsórcio alternativo que, quase sempre, ocorre no polo ativo da relação processual. Sua admissibilidade, consoante observa *Ronie Preuss Duarte*, é de grande importância em alguns casos, como no de desconsideração da personalidade jurídica. Em tais situações, ressalta ele, "...o afastamento de possibilidade do litisconsórcio subsidiário implica a necessidade do prévio exaurimento da instância contra o devedor principal para que, só então, admita-se o direcionamento da demanda contra o subsidiariamente obrigado."[21]

A toda evidência, nessa modalidade de litisconsórcio (eventual), admitido como procedente um pedido, o outro ficará prejudicado, nada impedindo, todavia, que ambos sejam julgados improcedentes.

8.2. Litisconsórcio alternativo

Embora ainda novidade em nosso País, essa modalidade já vem sendo acolhida por alguns tribunais, há alguns anos. *Rodrigo Mazei*, por exemplo, rememora decisão proferida no ano 1984 pelo 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo nessa linha de entendimento: "Em ação movida

[21] Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 147, ps. 39/40.

contra seguradora e contra banco intermediário de seguro, admite-se o litisconsórcio passivo alternativo, pois não sabe o autor a quem será imputada a responsabilidade e, sendo um exonerado da obrigação de reparar, pode ser condenado o outro".[22]

8.3. Litisconsórcio sucessivo

Esta modalidade, como o próprio nome o sugere, ocorre quando há uma cumulação sucessiva de pedidos, mas, com uma particularidade: o segundo somente poderá ser acolhido se também o primeiro o for. Trata-se da chamada cumulação própria de pedidos. Em virtude de sua capacidade de bem esclarecer, é muito comum citar-se como exemplo, a seguinte hipótese aventada por *Araken de Assis*: mãe e filho, em conjunto, ajuízam ações de alimentos e de ressarcimento de despesas de parto. O juízo de procedência da ação de alimentos pressupõe a obrigação do pai quanto às despesas com o nascimento, desde que não se tenha posto em dúvida a paternidade.

No caso, embora pleitos diferentes, são dois os pedidos formulados, em litisconsórcio, por demandantes diversos, endereçados à mesma pessoa, em ação única. "Mas observe-se no exemplo – anota *Rodrigo Mazei* no estudo já citado – que o pedido da litisconsorte sucessiva (mãe) fica subordinado ao acolhimento de um capítulo ligado ao litisconsorte principal (suposto filho), qual seja: o reconhecimento da paternidade do réu (suposto pai). Sem a procedência desse capítulo prévio, nada poderá ser deferido à litisconsorte sucessiva".

9. CONCLUSÃO

Em resumo, como se pode verificar por essas rápidas considerações, o fenômeno processual do litisconsórcio é de grande importância à prática do direito. Figura, em certos pontos complexa, está ainda a merecer estudos mais aprofundados, quiçá sob o enfoque de outro fenômeno de igual

---

[22] Revista Brasileira de Direito Processual, n. 61. Belo Horizonte: Enfoque processual do art. 928 do Código Civil (Responsabilidade civil do incapaz).

modo pouco esclarecido, o da legitimação extraordinária (substituição processual).

Como é possível perceber, no que concerne ao litisconsórcio necessário, pode ele ser ***simples*** (ou comum) **e *unitário*** (ou qualificado). Em se tratando de litisconsórcio simples, mesmo sendo obrigatório (casos geralmente explicitados e impostos por lei), a sentença de mérito pode não ser igual para todos. São várias as situações que refletem essas hipóteses. Naquele, qualificado pela natureza da relação jurídica que envolve os interessados, se o juiz tiver que decidir a questão, quanto ao mérito, da mesma forma para todos, é o unitário.

Em arremate, como afirmado antes, o Código de 2015 progrediu, nesta matéria, em relação aos anteriores. Claro, poderia ter sido melhor, mas... Bem, códigos sempre são reformáveis; nada impede com base no que exsurgir da prática forense, venha o legislador a alterá-lo em alguns pontos, no futuro.

Arbitragem e Segurança Jurídica: a Maturação de um Meio Adequado de Solução das Controvérsias

Luiz Fux
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

ARBITRAGEM E SEGURANÇA JURÍDICA: A MATURAÇÃO DE UM MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

Ministro Luiz Fux[1, 2]

A busca pela segurança guia a história da vivência humana. Desde os tempos mais primórdios, o ser humano procura, como parte de seu próprio instinto de sobrevivência, colocar-se em situações confortáveis, cômodas e seguras, nas quais se privilegie o conhecido em detrimento do desconhecido, fazendo prevalecer um estado de proteção contra o medo das ameaças externas.

Com efeito, importantes etapas da evolução da civilização humana se orientaram nesse sentido de proteção contra ameaças desconhecidas: as primeiras utilizações de utensílios de pedras, o desenvolvimento da construção civil, a criação de utensílios de guerra, a progressão científico-tecnológica. Mesmo algumas outras preocupações mais cotidianas revelam intuito semelhante: a apreensão com a subsistência futura, a necessidade de poupar o dinheiro que se ganha, a criação de institutos de seguridade e previdência. A natural incerteza do porvir leva a que o homem crie mecanismos para se proteger para o futuro. E no âmbito jurídico não ocorre de modo diverso.

---

[1] Ministro e Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

[2] Colaborador *Abhner Youssif Mota Arabi* - Juiz instrutor no Supremo Tribunal Federal. Juiz no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Com efeito, a própria origem do Estado moderno é permeada pela preocupação de segurança dos cidadãos. Em superação às monarquias absolutistas, os movimentos filosóficos e políticos impulsionados pelo Iluminismo e pelas Revoluções Liberais instauradas a partir dos Séculos XVII e XVIII primavam, ainda que com fundamentos bastante diversos, pela explicação da origem do fenômeno do Estado por esse ponto comum: a necessidade de que o corpo estatal formado representasse incremento na proteção de seus súditos.

Mesmo o inglês Thomas Hobbes, para quem eram justificáveis meios mais autoritários e personalizados de poder, afirmava que o abandono do estado de natureza, em que o "homem era o lobo do próprio homem", se dava mediante a entrega de todos os direitos individuais da população à pessoa do soberano, a quem, em troca, caberia o dever de proteção e de manutenção da segurança de seus súditos. Somente a partir desse ponto é que se justificaria o contrato social, evitando a *guerra de todos contra todos*, em nome da preservação da segurança.

Também entre os teóricos mais liberais e que procuravam bases mais democráticas a suas formulações, identificava-se preocupação semelhante. O também inglês John Locke, por exemplo, que também construía uma teoria contratualista, afirmava que o contrato social seria "o único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela".[3]

Para além dos campos material e político, aqui citados com o intuito introdutório, a preocupação com a segurança também se revela presente no âmbito estritamente jurídico, em que exsurge como norma jurídica o princípio da segurança jurídica. No plano constitucional brasileiro, por exemplo, a segurança é um valor invocado já desde o

---

[3] LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 76.

preâmbulo da Constituição de 1988[4] e igualmente destacado no *caput* de seu art. 5º, dispositivo que elenca o principal rol de direitos fundamentais e garantias individuais e sociais na Constituição brasileira[5].

Nessa linha, o princípio da segurança jurídica assume valor de norma jurídica, de observância obrigatória pelos órgãos estatais e também entre particulares (mercê da eficácia horizontal dos direitos fundamentais), aplicável nos mais diversos âmbitos de relação jurídica. Dessa forma, passa-se a exigir que a atuação estatal, submetida que é ao ordenamento jurídico e ao Estado de Direito (*rule of law*), paute-se a partir da consideração desse importante vetor jurídico, que deve permear o exercício das funções de todos os Poderes da República.

De outro lado, a afirmação da segurança jurídica como valor normativo implica na necessidade de que se assegure aos cidadãos previsibilidade e confiança, para que, a partir do exercício de planejamento decorrente desses dois vetores, os diversos agentes sociais possam atuar conforme aquilo que legitimamente possam esperar, especialmente das condutas estatais. Projetando-se não apenas ao futuro, mas também para o passado, reitera-se, portanto, a legitimidade da expectativa de consolidação e estabilização daquilo que já passou (como em relação à coisa julgada, o ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, que nem mesmo por lei podem ser prejudicados – art. 5º, XXXVI, da CRFB/88[6]) e das projeções e planejamentos do que está por vir, a partir da necessidade de proteção de uma certa calculabilidade do Direito.

---

[4] "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

[5] "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:"

[6] "XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Com efeito, o valor da segurança é tão forte à humanidade que, ao longo da história, são diversos os marcos em que razões de frustração de expectativas representaram motivos concorrentes a iniciativas de rupturas com as situações políticas e jurídicas que então se colocavam.[7] Há, aliás, importantes teóricos que afirmam ser a segurança jurídica o núcleo funcional da própria existência do Direito. Destaco, nesse sentido, os dizeres do sociólogo Niklas Luhmann, que em seu estudo dos sistemas sociais afirmava que a função do sistema jurídico seria a estabilização contrafactual das expectativas normativas, reduzindo complexidades em um contexto de sociedades diversas e pluralistas.[8]

Desse modo, a necessidade de atendimento aos deveres que decorrem do princípio normativo da segurança jurídica se impõe a todos os âmbitos da atuação estatal: administrativa, legislativa e judicial. Entretanto, na sociedade de risco e liquefeita em que se vive há que se atentar para diversos fatores incrementadores da insegurança jurídica, muitos deles decorrentes de origem estatal.

Para além dos riscos e da pluralidade inerentes à atual sociedade mundial em que se vive, elementos como a proliferação de leis, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, a indeterminação de seus conteúdos, a instabilidade de entendimentos jurisprudenciais, a demora na prestação da tutela jurisdicional, a ausência de capacidade institucional para lidar com assuntos de elevada complexidade técnica contribuem para uma menor calculabilidade das possibilidades jurídicas, representando decréscimo para a previsibilidade e a confiança dos cidadãos no Estado.

Em situações como essas, por vezes, alternativas privadas à atuação estatal parecem ser mecanismos fortalecedores da segurança jurídica, ao

---

[7] Para tanto, é elucidativo um exemplo da história inglesa, cristalizado no importante marco da Magna Carta (1215), quando o rei João Sem Terra se viu forçado a acatar limitações a seu poder reclamadas pela nobreza, ficando vedada a criação de impostos ou a alteração de leis sem prévia consulta ao Grande Conselho, órgão que seria integrado por representantes do clero e da nobreza. Garantia-se, assim, uma maior previsibilidade e confiança aos súditos – ou ao menos a parcela deles – frente aos poderes do Estado e do monarca.

[8] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Naffarete. México: Herder, 2005.

representarem soluções mais céleres, mais técnicas e mais participativas, atendendo com maior eficácia e eficiência os anseios dos particulares envolvidos, mesmo quando elas se colocam em situação de conflito ou contraposição. No ponto, exsurgem os debates relativamente à arbitragem, como um mecanismo alternativo – ou por muitos dito mais adequado – de solução das controvérsias, que intimamente se relaciona com uma mais forte manutenção das expectativas e da segurança jurídica das partes envolvidas em determinada pretensão resistida de interesses.

Os temas – segurança jurídica e arbitragem – são também íntimos à atuação diuturna do Superior Tribunal de Justiça, Corte que integrei por quase uma década. Com efeito, a atribuição primordial de zelar e uniformizar pela aplicação da lei federal é árdua missão que se compatibiliza, em seu escopo central, pela afirmação da segurança jurídica.[9]

De outro lado, para além das normas infraconstitucionais que cuidam de forma específica do tema, também compete a tão Corte Superior, desde alteração implementada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a homologação de sentenças estrangeiras, inclusive as arbitrais.

Dessa forma, além de se relacionar também com os trinta anos recentemente completados pelo Superior Tribunal de Justiça e também pela Constituição de 1988, é motivo de grande honra fazer parte dessa edição comemorativa pelos trinta anos dessa já tradicional publicação quinquenal, a cuja substanciosa qualidade espera-se poder contribuir.

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem não encontra previsão constitucional direta, que assenta a inafastabilidade da jurisdição como garantia fundamental a seus cidadãos (art. 5º, XXXV, da CRFB/88: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a*

[9] Por oportuno, destaque-se que a necessidade de uniformização da interpretação e aplicação da legislação federal em todo o país é um dos fundamentos que justificava, nos clássicos textos *Federalistas.* O tema é objeto mais específico do *Federalist Paper n. 80*, de autoria de Alexander Hamilton, em que se indicam os principais motivos para a previsão constitucional de uma esfera judiciária federal, dentre os quais se destacam: (i) a necessidade de previsão de um mecanismo que conferisse vinculatividade às disposições constitucionais também em relação aos Estados-membros; e (ii) a necessidade de uniformização na interpretação das leis. (JAY, John; MADISON, James; e HAMILTON, Alexander. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004).

direito"). No âmbito infraconstitucional, destaca-se como primeiro ato normativo especialmente destinado a disciplinar seu regime jurídico a Lei n. 9.307/1996.

Como pontos desde então trazidos, aponta-se que a arbitragem surge como mecanismo que privilegia a autonomia privada das partes envolvidas, que poderão estabelecer as regras de direito e de procedimento a serem utilizadas na realização da arbitragem, de modo que se fortalece a sensação de participação dos envolvidos na solução do litígio, facilitando a calculabilidade da decisão arbitral a ser proferida e também a sua aceitabilidade pelas partes.

Apesar de se privilegiar a autodeterminação de cada um, a Lei brasileira não descuida das partes mais vulneráveis, seja econômica, jurídica, técnica ou informacionalmente. Nesse sentido é que a redação original do referido ato normativo já previa a utilização da arbitragem de forma limitada a litígios que versassem sobre direitos patrimoniais disponíveis e que envolvessem pessoas com capacidade civil para contratar. Nesse mesmo afã, são estabelecidos limites específicos para as cláusulas compromissórias constantes de contratos de adesão, em que a liberdade contratual das partes é limitada por cláusulas predispostas com as quais se estabelecem duas opções: aderir ou não contratar.

Ademais, com o intuito declarado de fortalecimento da segurança jurídica e da estabilidade da sentença arbitral, assenta-se expressamente na legislação brasileira que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, que inclusive possuirá a mesma validade e eficácia de título executivo.

Não bastasse, afirma-se serem os árbitros os juízes de fato e de direito da sentença arbitral, que não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Apenas nos casos de sentença arbitral nula (como nos casos de nulidade da convenção de arbitragem, extrapolação de seus limites, comprovada existência de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, dentre outras hipóteses) é que se faculta aos interessados pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral. Ainda assim, o nível de proteção à segurança jurídica é tão forte

que essa ação de nulidade só poderá ser ajuizada no breve prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença arbitral, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. E, no caso de nulidade, não é o Poder Judiciário que proferirá a nova decisão, mas determinar-se-á que o árbitro ou o tribunal arbitral profira nova sentença.

Além disso, em previsão que também favorece a calculabilidade, a previsibilidade e a confiança nas relações interacionais – cada vez mais inevitáveis na atual sociedade globalizada –, a partir da edição dessa lei, passou-se a dispensar a necessidade de dupla validação da sentença arbitral estrangeira, a fim de que essa possa produzir efeitos internos. A partir da Lei, exige-se apenas a sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, tal qual exigido, em nome da soberania nacional, para qualquer outra decisão judicial estrangeira.

À época de sua publicação, a Lei brasileira foi objeto de impugnação junto ao Supremo Tribunal Federal, que em 2001 decidiu pela constitucionalidade da lei. O *leading case* (SE 5.206) dizia respeito a uma ação originalmente iniciada em 1995, pela qual se buscava a homologação judicial no Brasil de laudo de sentença arbitral proferida na Espanha. Incidentalmente, exsurgiu no caso o debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996, resultando vencedora a tese de que a previsão da arbitragem é compatível com o direito de acesso ao Judiciário e de inafastabilidade da jurisdição, já que se trataria de um direito à ação e não a um dever.

Sobre o ponto, destaca-se o seguinte excerto do trecho da ementa do acórdão proferido naquele julgado:

> 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).
>
> Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade

> da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.
>
> Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.
>
> Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).
>
> (SE 5.206-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em 12/12/2001)

Mais recentemente, a regime jurídico brasileiro de arbitragem foi atualizado e revigorado pelas Leis n. 13.105 e n. 13.129, ambas de 2015. Esta primeira corresponde ao Novo Código de Processo Civil brasileiro.

No âmbito da renovação do processo civil brasileiro, a segurança jurídica foi um dos vetores principais de condução das alterações, procurando incrementar a isonomia entre os jurisdicionados e a previsibilidade/confiança em relação às decisões judiciais. Para tanto, restou estabelecido um mais robusto sistema de vinculação de precedentes, contexto para o qual o sistema inglês de *common law* muito tem a influenciar e ensinar.

Próximo de completar seu terceiro ano de vigência, o Novo Código de Processo Civil já passa por sua fase de consolidação. A ansiedade humana em relação ao novo parece se assentar, oportunizando amplo espaço para a discussão de suas novas disposições.

Como reflexo de uma norma de seu próprio tempo, o Novo CPC decorreu de um amplo e plural processo democrático, permeado pela realização de audiências públicas e pelas contribuições dos mais diversos setores da sociedade brasileira. Como destacado nova legislação, dentre tantos fatores abrangidos, guiou-se por dois vetores principais: a necessidade de a resposta judicial advir em um prazo razoável (em concretização ao direito fundamental encartado no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88); e a valorização da segurança jurídica; vetores esses que se influenciam de forma direta e recíproca. Tais preocupações procuram evidenciar o processo como um caminho necessário e possível à realização da Justiça, não apenas pelo exercício da jurisdição estatal, mas também pela realização da atividade arbitral.

Mais especificamente sobre a arbitragem, o Novo Código e a Lei n. 13.129 trouxeram finalmente o tema a um estágio de consolidação da arbitragem no Brasil e de superação de preconceitos que inicialmente havia em relação à sua utilização. Avança-se, até mesmo, a possibilidade e os limites de sua aplicação e utilização para litígios que envolvam a Administração Pública, a qual, por natureza, administra interesses públicos dos quais não pode isoladamente dispor.

Nesse sentido, já nos parágrafos do artigo inicial da Lei, conforme inclusão da Lei n. 13.129/2018, passa-se a prever expressamente que a administração pública direta e indireta pode se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sendo competente para a celebração de convenção de arbitragem a mesma autoridade ou o órgão competente para a realização de acordos ou transações em geral. Passa-se, assim, a ter uma previsão mais geral, para além de outras específicas já anteriormente existentes, como a do art. 23-A da Lei n. 8.987/1995 (conforme inclusão empreendida pela Lei n. 11.196/2005), que autoriza a previsão, pelo contrato de concessão, da utilização de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas a tal relação contratual, inclusive a arbitragem, desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa. Sobretudo para aqueles contratos de concessão mais complexos e que, mais do que aspectos jurídicos, albergam controversas questões técnicas, a medida pode ser uma solução mais adequada.

Para além do setor público, a extensão da previsão normativa quanto à utilização da arbitragem também tem como exemplo a inclusão do art. 136-A à Lei n. 6.404/1976, que dispõe sobre o regime jurídico das sociedades por ações. Ali, passou-se a dispor sobre a inserção de convenção de arbitragem já no estatuto social, mediante quórum simplificado, que passa a obrigar a todos os acionistas (assegurando-se ao dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o recebimento do valor de suas ações.

No ponto, sem que se afaste a possibilidade de apreciação dessas questões pelo Poder Judiciário em atendimento à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), há que se relembrar a teoria das capacidades institucionais, que limitam o alcance qualitativo da cognição judicial de determinadas questões. Com efeito, quanto mais técnica for a controvérsia, maior deverá ser a deferência do Poder Judiciário às outras instâncias deliberativas, em verdadeira postura de autocontenção e humildade institucional: reconhecer que o Poder Judiciário não é capaz de oferecer respostas satisfatórias a todas as questões que lhe são postas.

Lastreado nessas premissas, não havendo violação à Constituição ou ao ordenamento jurídico como um todo, há debates que podem ser mais bem travados em outras instâncias jurídicas ou político-democráticas.[10] Neste ponto, inexistindo qualquer violação, impõe-se uma postura de deferência, mantendo-se uma postura dialógica entre as várias instâncias deliberativas, conforme, até mesmo, a especialização das funções públicas dependente da correspondente organização de estruturas administrativas aptas ao desempenho das atividades propostas, as quais podem se revelar mais presentes fora do âmbito do Poder Judiciário.[11]

Sob outro aspecto, esse processo de maturação do sistema arbitral brasileiro pelas recentes novidades legislativas também se evidencia por outras inovações. É o caso da possibilidade de as partes postularem medidas cautelares ou de urgência junto ao Poder Judiciário antes de

---

[10] Cf. SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. **Second-Order decisions**. Ethics, 2000.

[11] ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. Harvard Law Review, v. 113, n. 3, p. 663-727, jan. 2000, p. 634.

efetivamente instituído o processo arbitral (arts. 22-A e 22-B da Lei n. 9.307/1996, também incluídos pela Lei n. 13.129/2015). Para que não se subverta, entretanto, a vontade manifestada das partes quanto ao emprego da arbitragem, eventual tutela provisória obtida judicialmente perderá sua eficácia se, em trinta dias de sua efetivação, a parte interessada não requerer a instituição do procedimento arbitral. A partir de então, a lei prevê, até mesmo, a possibilidade de manutenção, modificação ou revogação, pelos árbitros, da medida judicialmente concedida.

Outra inovação foi a previsão do instituto da carta arbitral, pelo qual o árbitro solicita a autoridade judiciária que pratique, no âmbito de sua competência, ato relevante ao procedimento arbitral. Fortalece-se, aqui, a possibilidade de cooperação não só entre os sujeitos do processo, mas também com autoridades a ele externas, tendo em vista a construção de uma solução mais célere e adequada à controvérsia apreciada. Paralelamente, o Novo Código de Processo Civil passou a também dispor sobre a carta arbitral (art. 260, § 3º), instituto que não encontrava previsão no Código de 1973.

Ademais, há outras previsões pontuais do Código de 2015 que indicam a atribuição de maior destaque à arbitragem. É o caso, por exemplo, da impossibilidade de apreciação do mérito quando houver o juízo arbitral reconhecido sua própria competência (art. 485, VII), dispositivo que possuía alcance muito mais restrito em seu análogo do CPC/1973 (art. 267, VII).

Trata-se, em verdade, da afirmação legislativa do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, estendido também à autoridade arbitral, campo no qual os árbitros são inicialmente competentes para apreciar a existência ou não de sua própria competência para o caso que se quer ver apreciado sob o procedimento arbitral. Esse entendimento, agora legalmente consolidado, já havia sido afirmado em diversos julgamentos promovidos pelo Superior Tribunal de Justiça, na linha do acórdão a seguir exemplificado:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESILIÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE BEBIDAS. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ART. 131, 165, 458 E, 535 DO CPC/73. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO

INEXISTENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do SE n. 5.206 AgR, proclamou que a Lei da Arbitragem é constitucional e que a parte, ao firmar contrato com previsão de cláusula compromissória, não ofende o art. 5º, XXXV, da CF/88.

4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral deve ser resolvido, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.

5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes.

6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.602.696, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgamento em 09/08/2016)

Todos esses elementos permitem afirmar que, pouco a pouco, a utilização da arbitragem tem se consolidado no direito brasileiro, ainda que sobre ela persistam diversos pontos de célebres debates doutrinários ou sobre os quais são possíveis aperfeiçoamentos legislativos. De todo modo, mais do que um meio *alternativo* à solução dos conflitos, a arbitragem parece se revelar, em muitas situações, um meio mais *adequado* de solução das controvérsias.

Pela valorização dos interesses das partes e do maior envolvimento de sua participação na pacificação dos conflitos, a arbitragem parece ser meio ensejador de incremento da estabilização de expectativas e, portanto, da segurança jurídica e da própria pacificação social a partir de uma maior aceitabilidade das decisões. Sem que se abstenha da imprescindível garantia da inafastabilidade da jurisdição, cujas ondas renovatórias se perpetuam e aperfeiçoam progressivamente,[12] sobretudo para as partes vulneráveis nas relações jurídicas, a medida possibilita maior privilégio à autonomia privada, que ainda guia as relações privadas, permeadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e todo o arcabouço normativo constitucional.

Ademais, em casos de maior complexidade técnica, a arbitragem pode se revelar um *locus* mais adequado à solução de litígios, tendo em vista a ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário para determinadas questões. É que em temáticas que revelam matérias de maior tecnicidade, os Poderes Legislativo (ao editar a Lei), Executivo (ao regulamentar a Lei por Decreto) e Judiciário (ao julgar eventual lide exsurgente) carecem, por vezes, de órgãos especializados dotados de maior capacidade técnica para lidar com questões de alta complexidade.

Com efeito, quanto mais técnica for a controvérsia, maior deverá ser a deferência do Poder Judiciário às possibilidades extrajudiciais de solução de litígios, especialmente quando protagonizadas pelas partes, que assim decidiram resolver suas possíveis divergências. Trata-se, destarte, de uma postura de humildade institucional: reconhecer que o Poder

---

[12] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Judiciário não é capaz de oferecer respostas satisfatórias a todas as questões que possam lhe ser postas.

Lastreado nessas premissas, não havendo violação à Constituição, aos preceitos de ordem pública ou ao ordenamento jurídico como um todo, o julgamento por equidade ou mediante normas selecionadas pelas próprias partes parece mais maleável e flexível, possivelmente se adaptando melhor às peculiaridades do caso concreto que se está a discutir. Inexistindo qualquer violação, impõe-se uma postura de deferência com relação aos mecanismos alternativos – e por vezes mais adequados – de composição de litígios, não sendo esta tarefa monopólio da jurisdição estatal.

Ademais, permitir um maior protagonismo às partes para a solução de seus próprios litígios fortalece a legitimidade da decisão a ser tomada, bem como privilegia a autonomia e a autodeterminação individual de cada sujeito de direitos. Consectariamente, incrementa-se também a aceitabilidade da decisão tomada, já que para ela sua participação foi diretamente decisiva e determinante, favorecendo a pacificação social na solução de litígios e reduzindo o elevado volume de trabalho que se impõe aos órgãos judiciais.

Há que se valorizar, portanto, o crescimento e o desenvolvimento da arbitragem como meio de solução de controvérsias e de pacificação social, sem prejuízo da preservação da essencial e indispensável importância que os órgãos judiciais possuem – e devem possuir – em regimes democráticos constitucionais.

Como destacado no início, para além dos riscos e da pluralidade inerentes à atual sociedade mundial em que se vive, elementos como a proliferação de leis, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, a indeterminação de seus conteúdos, a instabilidade de entendimentos jurisprudenciais, a demora na prestação da tutela jurisdicional, a ausência de capacidade institucional para lidar com assuntos de elevada complexidade técnica contribuem para uma menor calculabilidade das possibilidades jurídicas, representando decréscimo para a previsibilidade e a confiança dos cidadãos no Estado.

Em situações como essas, por vezes, alternativas privadas à atuação estatal podem figurar como mecanismos fortalecedores da

segurança jurídica, ao representarem soluções mais céleres, mais técnicas e mais participativas, atendendo com maior eficácia e eficiência os anseios dos particulares envolvidos, mesmo quando elas se colocam em situação de conflito ou contraposição.

Assim, como acima já ressaltado, mais do que um meio *alternativo* à solução dos conflitos, a arbitragem parece se revelar, em muitas situações, um meio mais *adequado* de solução das controvérsias. Pela valorização dos interesses das partes e do maior envolvimento de sua participação na pacificação dos conflitos, a arbitragem parece ser meio ensejador de incremento da estabilização de expectativas e, portanto, da segurança jurídica e da própria pacificação social a partir de uma maior aceitabilidade das decisões proferidas.

As Exportações e o Crédito-Prêmio do IPI

Castro Meira
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

AS EXPORTAÇÕES E O CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI

Ministro José de Castro Meira

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, será feita uma breve exposição sobre um dos temas que ainda hoje continua a ser analisado pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça: o Crédito-Prêmio do IPI.

Criado em 1969, pelo Decreto-Lei n. 491, não seria apenas mais um incentivo fiscal às exportações. A farta legislação, constantemente alterada, levou ao Judiciário um impressionante volume de processos que, em pouco tempo, abarrotavam os gabinetes dos Ministros dos tribunais superiores, especialmente o Superior Tribunal de Justiça.

Esse fato motivou o presente trabalho para a Revista Comemorativa dos 30 anos de existência do Tribunal da Cidadania, que honra o currículo de qualquer profissional do Direito.

Será estudada aqui apenas a fase do conhecimento, pois as questões sobre a execução relacionadas à matéria continuam a ser debatidas no STJ.

Observo que foram evitadas transcrições ou meras repetições de ementas de julgamentos, salvo quando absolutamente indispensáveis. O eventual interesse por outros acórdãos poderá ser resolvido pela busca no Portal do STJ.

2. A BUSCA DE DIVISAS

A adoção de uma política fiscal que atenda às necessidades públicas sempre foi uma justa aspiração dos países. No Brasil, a área econômica governamental, de há muito, tem colocado entre seus objetivos a busca de divisas em moedas estrangeiras, especialmente, dólares, euros e libras esterlinas e, nas últimas décadas, o iene e o yuan, ante a importância assumida pela economia do Japão e da China. A obtenção de divisas, entretanto, é dificultada por fatores intimamente vinculados ao sistema financeiro, além da maior complexidade do sistema federativo, malgrado a repartição e da participação da arrecadação entre as unidades federativas.

No afã de buscar recursos financeiros para o funcionamento dos serviços públicos e o atendimento das necessidades públicas, equivocadamente, são criadas barreiras alfandegárias e não alfandegárias que dificultam o comércio internacional e, ao mesmo tempo, criam obstáculos internos por meio de tributos que oneram excessivamente as mercadorias nacionais e dificultam a competitividade dos produtos industrializados nacionais no comércio internacional.

3. AS EXPORTAÇÕES NA CF/88

Durante os debates ocorridos na Assembleia Nacional Constituinte, o tema foi objeto de reflexões e análises. Em consequência, foram adotadas providências para evitar a excessiva oneração dos produtos manufaturados destinados à exportação. Entre as medidas adotadas foi inserida na Constituição Federal a regra segundo a qual o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) *não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior* (art. 153, § 3º, III).

Em comentário a esse dispositivo, escreve JOSÉ AFONSO DA SILVA[1]: *É uma regra de política fiscal destinada a favorecer a exportação* de produtos *industrializados, com o que são beneficiados o sistema produtivo – assim estimulado a exportar mais – a balança de pagamentos – porque mais*

[1] Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 6ª edição, 01-2009, p. 666.

exportação significa mais arrecadação de dólares – e o sistema de empregos – porque mais produção, mais desenvolvimento.

No entanto, medida similar não foi adotada em relação ao ICMS, principal tributo de competência dos Estados, buscando-se resguardar o interesse arrecadatório das unidades federativas. Em sua redação original, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o imposto não incidirá *sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados*[2] *definidos em lei complementar* (art. 155, § 2º, X, "a")[3].

A contrario sensu, portanto, o imposto continuaria a ser devido se o produto industrializado fosse classificado entre os semielaborados. A restrição somente viria a ser eliminada na adolescência do texto constitucional, em 19 de dezembro de 2003, quando foi promulgada a Emenda Constitucional n. 42[4], ao ampliar a não-incidência do principal imposto estadual. A partir de então, passou a vigorar a atual redação do dispositivo da Lei Maior, segundo o qual o ICMS não incidirá *sobre*

---

[2] O texto constitucional usa o hífen. Com o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor desde 2009, determina-se o não uso do hífen: *Nas formações em que o prefixo ou pseudoprefixo termina em vogal e o segundo elemento começa por vogal diferente, prática esta em geral já adotada também para os termos técnicos e científicos.* Por *essa razão,* preferiu-se resguardar a forma original que antecedeu à vigência do Acordo, observando-se o Acordo Ortográfico nas demais situações.

[3] A Lei Complementar n. 65, de 15.09.1991, no art. 1º, definiu produtos semielaborados: Art. 1° É compreendido no campo de incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação (ICMS) o produto industrializado semielaborado destinado ao exterior: I - que resulte de matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral sujeita ao imposto quando exportada in natura. II - cuja matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral não tenha sofrido qualquer processo que implique modificação da natureza química originária. III - cujo custo da matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral represente mais de sessenta por cento do custo do correspondente produto, apurado segundo o nível tecnológico disponível no País.

[4] O art. 3º, II, da Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, previu a não-incidência do ICMS sobre produtos industrializados semielaborados. Sua constitucionalidade foi contestada (ADI n. 2.325, de 2000. Neste sentido, a anotação de José Afonso da Silva sobre a EC 42/2003: *Em verdade, o que se constitucionalizou aqui foi a orientação que já constava da Lei Complementar 87/96, que era inconstitucional, conforme se vê de seu art. 3º, II, ao dizer que o imposto não incide sobre operações e prestações que destinem ao Exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços. Ora, essa fórmula ia muito além do que autorizava o inciso X, a, da redação anterior sob a qual aquele dispositivo foi promulgado* (ob. cit., p. 673).

operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do *imposto cobrado nas operações e prestações anteriores.*

A partir da EC n. 33, de 2001, as exportações brasileiras foram também exoneradas das Contribuições Sociais e de Intervenção no Domínio Econômico (Programa de Integração Social e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS (art. 149, § 2º, I).

Nesse diapasão, a Lei n. 13.043, de 13.11.2014, arts. 21 a 29, reinstituiu o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras – REINTEGRA, com o objetivo de devolver parcial ou integralmente o resíduo tributário remanescente da cadeia de produção de bens exportados. Esse Programa foi regulamentado três meses depois, pelo Decreto n. 8.415, de 27.02.2015.

4. CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI

A exoneração de impostos para os produtos industrializados que destinavam à exportação foi uma constante preocupação da equipe econômica durante o período ditatorial, especialmente quando o economista Prof. Antônio Delfim Netto foi titular do Ministério da Fazenda.

Procurou-se, então, estimular as exportações brasileiras como um dos principais instrumentos para o desenvolvimento econômico. Uma dessas medidas consistiu na desoneração das mercadorias exportadas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) que era cobrado internamente.

Desde sua instituição, o benefício fiscal foi denominado "Crédito-Prêmio do IPI", ainda que a expressão não tivesse sido empregada pelo legislador. O Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969, ao longo dos seus vinte artigos, em nenhum se refere à expressão "Crédito-Prêmio".

Na Exposição de Motivos apresentada ao Presidente da República Artur da Costa e Silva, o Ministro da Fazenda Antônio Delfim Netto fala sobre a necessidade de "*estímulos fiscais à exportação de manufaturados*,

justificando a urgência na adoção de *medidas vigorosas capazes de induzir o sistema empresarial a capacitar-se na disputa do mercado internacional* e a *necessidade de se introduzirem correções, levando-se em conta principalmente a expressiva carga tributária contida no custo dos produtos exportados, não abrangidos pelas isenções específicas do IPI e do ICM*."[5]

O Decreto-Lei n. 491/69 instituiu o benefício fiscal sem limitação de prazo, delegou competência ao Poder Executivo para fixar alíquotas e manteve o estímulo fiscal em relação à matéria-prima e a embalagem utilizada na industrialização dos produtos exportados nestes termos:

> *Art. 1º As empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozarão, a título de estímulo fiscal, créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento dos tributos pagos internamente.*
>
> .....
>
> *Art. 3º[6] Fica o Poder Executivo autorizado a:*
>
> *I – fixar alíquota, para efeito de crédito a que se refere o artigo anterior, para os produtos manufaturados que, no mercado interno, estejam livres ou isentos do imposto sobre produtos industrializados por qualificação de essencialidade;*
> *II – fixar níveis diferenciais de estímulos inferiores ao previsto no parágrafo 2º do artigo 2º.*[7]

---

[5] E. M. n. 53, de 26 de fevereiro de 1969, com a ementa: "Estímulos fiscais à exportação de manufaturados".

[6] Com o advento do Decreto-Lei n. 1.118, de 10.08.1970, esse dispositivo ganhou a seguinte redação:
Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a:
I – Fixar alíquotas, para efeito de crédito a que se refere o artigo anterior, para os produtos manufaturados que, no mercado interno, sejam não tributados ou isentos do imposto sobre produtos industrializados por qualificação de essencialidade.
II – Elevar ou reduzir, genericamente ou para determinados produtos, o nível máximo a que se refere o § 2º do artigo 2º.
III – Fixar, em caráter excepcional, alíquotas, exclusivamente para efeito do estímulo fiscal à exportação, superiores ou inferiores às indicadas na tabela anexa ao Regulamento aprovado pelo Decreto 61.514, de 12 de outubro de 1967.
IV – Alterar as bases de cálculo indicadas no artigo 2º e seu parágrafo 1º.

[7] Dispunha o § 2º do art. 2º:

.....

Art. 5º É assegurada a manutenção e utilização do crédito do IPI às matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem efetivamente utilizados na industrialização dos produtos exportados.

Atendia-se a uma aspiração da indústria de manufaturados que enfrentava a excessiva *carga tributária contida nos custos dos produtos exportados,* como bem destacado na Exposição de Motivos n. 53, datada de 26 de fevereiro de 1969. Os créditos tributários seriam deduzidos do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), incidente sobre as operações no mercado interno (art. 1º, § 1º), no limite máximo de 15% (quinze por cento) (art. 2º, § 2º). Possivelmente a expressão *Crédito-Prêmio do IPI* se explique por esse fato, a dedução de um percentual sobre o valor desse imposto.

A medida adotada pelo Governo Brasileiro foi bem aceita internamente, sem encontrar qualquer objeção por parte dos países signatários do GATT[8], pois se tratava de prática comumente usada no mercado internacional, com a desoneração dos produtos manufaturados dos impostos pagos internamente resumida na frase: *não se exportam tributos*. Por isso mesmo, a exclusão ou devolução dos tributos internos nos produtos manufaturados destinados ao mercado externo não encontrou resistências.

O Crédito-Prêmio do IPI prosseguiria durante 40 (quarenta) anos. Ao longo desse tempo, passou por mudanças profundas que modificaram figurino adotado no Decreto-Lei n. 491/69. Por exemplo: com o advento do Decreto-Lei n. 1.248, de 29/11/1972, o benefício fiscal foi estendido à empresa comercial exportadora para o fim específico da

§ 2º Para os produtos manufaturados cujo imposto tenha alíquota superior a 15% (quinze por cento), será este o nível máximo o qual recairá o cálculo do estímulo fiscal de que trata este artigo.

[8] A sigla GATT corresponde à denominação inglesa *General Agreement on Tariffs and Trade* (Acordo Geral de Tarifas e Comércio). Em suma, visava remover barreiras alfandegárias e não alfandegárias para o exercício do livre comércio internacional. Foi sucedido pela OMC (Organização Mundial do Comércio), tida como o principal resultado da Rodada Uruguai, com a missão de supervisionar e liberalizar o comércio internacional.

exportação (*trading company*).

Dez anos após sua instituição, o estímulo fiscal perderia o seu perfil inicial para estabelecer novos favores aos exportadores de produtos manufaturados, o que provocou represálias dos parceiros comerciais, com a adoção de medidas restritivas aos produtos brasileiros, inclusive a imposição de sobretaxas.

Sobre essas pressões, escreveu FABRÍCIO DA SOLLER[9], hoje ilustre Procurador-Geral da Fazenda Nacional:

> *Em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo (1995), o Deputado Federal e ex-Ministro Antônio Kandir, assim expôs a situação:*
>
> *"Formava o núcleo dessa política (de promoção das exportações) um vasto e generoso esquema de subsídios e incentivos fiscais (crédito-prêmio de ICM e de IPI, isenções no IRPJ etc.) e subsídios creditícios (tipicamente financiamentos sem incidência de correção monetária).*
>
> *(...)*
>
> *Externamente, os limites dessa política começaram a se explicitar à medida que, amparadas em normas do GATT, cresciam as pressões internacionais contra o subsídio oferecido às exportações brasileiras (o aumento da participação de certos produtos manufaturados do Brasil em mercados importantes fez crescer o número de contenciosos e a imposição de sobretaxas)."*
>
> *A mesma conclusão do Deputado Kandir pode ser encontrada no Relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) chamado "As políticas industrial e de comércio exterior do Brasil: rumos e indefinições" (BONELLI, VEIGA E BRITO, 1997, p. 1), onde está dito que "pressões do GATT e de alguns parceiros comerciais do Brasil" foram responsáveis pela gradual desativação da política de incentivos à exportação, da qual o crédito-prêmio do IPI era um dos principais elementos.*

---

[9] "O Crédito-Prêmio do IPI: um cadáver insepulto", Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2.249, 28 ago 2009. Disponível em https://jus.com.br/artigos/13405Acesso em 16.11.2018.

As pressões internacionais levaram o Governo Brasileiro a adotar medidas restritivas ao benefício fiscal para melhorar a imagem do País junto ao GATT e aos parceiros comerciais e diminuir conflitos. Ao mesmo tempo, tomou providências que atendiam às reivindicações tendo em vista as dificuldades dos exportadores de manufaturados. A primeira dessas medidas foi tomada com a extinção do incentivo prevista no Decreto-Lei n. 1.658, de 24 de janeiro de 1979, com a seguinte ementa: *Extingue o estímulo fiscal de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969*, determinando-se a redução paulatina do estímulo fiscal até a sua extinção prevista para 30 de junho de 1983.

Todavia, no final de 1979 foi editado o Decreto-Lei n. 1.722, de 3 de dezembro, que anunciava em sua ementa: *Altera a forma de utilização de estímulos fiscais às exportações de manufaturados e dá outras providências*. O art. 1º refere-se aos *estímulos fiscais previstos nos arts. 1º e 5º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969.* O art. 2º disciplina as medidas punitivas pela utilização indevida dos estímulos fiscais: devolução do valor recebido, acrescido de correção monetária, juros e multa de 50% sobre o valor corrigido. A punição, entretanto, poderia ser dispensada, na forma dos §§ 1º e 2º. No entanto, com o art. 3º deste diploma legal modifica a norma sobre a vigência do estímulo fiscal (§ 2º do art. 1º do DL n. 1.658/79) que passa a vigorar com a seguinte redação: "*O estímulo será reduzido de vinte por cento em 1980, vinte por cento em 1981, vinte por cento em 1982 e de dez por cento até 30 de junho de 1983, de acordo com ato do Ministro de Estado da Fazenda*".

Em suma, substituiu-se a expressão inequívoca (extinção do estímulo fiscal em 30 de junho de 1983), por uma linguagem que daria margem a dúvidas, ao não se referir diretamente à extinção, mas a meras reduções do benefício, na forma sequenciada, cujo total soma a 70% (setenta por cento). É certo que se poderia concluir pela extinção total do benefício, tendo em vista que sofrera a redução gradual de 30% (trinta por cento) durante o ano de 1979, consoante previa o Decreto-Lei n. 1.658/79. O que justificaria, então, a necessidade da expedição de um ato ministerial, se fosse apenas essa a finalidade da norma legal?

As dúvidas aumentaram quatro dias depois, quando foi editado o Decreto-Lei n. 1.724, de 7 de dezembro de 1979, autorizando o Ministro

da Fazenda *a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir os estímulos fiscais de que tratam os artigos. 1º e 5º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969*. A evidente inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, mas já contribuíra para causar hesitações,[10] pois o julgamento só foi proferido em 14 de março de 2002, e o Acórdão publicado em 14 de março do ano seguinte, quando a Constituição Federal vigente se aproximava dos seus 15 anos. Até então, ante a incerteza quanto à decisão definitiva sobre o tema, multiplicaram-se as disputas e os processos no Judiciário.

Com o Decreto-Lei n. 1.894[11], de 1981, o propósito que animara a instituição do estímulo fiscal modificou-se radicalmente: o produtor-vendedor deixou de fazer jus ao Crédito-Prêmio do IPI, que passou a ficar restrito às empresas exportadoras.

Além disso, o Ministro da Fazenda, entre os anos 1982 a 1985, autorizado pela delegação de poderes concedida por esse diploma legal, emitiu diversas Portarias sobre a matéria. No ano de 1983, foram baixadas as Portarias de números 161, 264, 267 e 294; em 1984, as de números 5, 6, 9, 50, 84, 86, 94, 95, 143, 156, 176, e 195; em 1985, a Portaria n. 32. Destaca-se, entre elas, a Portaria n. 176, de 1984, que, ratificando o que já dispusera a Portaria n. 252, de 1982, previu a extinção do crédito-prêmio em 1º de maio de 1985.

---

[10] EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCENTIVOS FISCAIS: CRÉDITO-PRÊMIO: SUSPENSÃO MEDIANTE PORTARIA. DELEGAÇÃO INCONSTITUCIONAL. D.L. 491, de 1969, arts. 1º e 5º; D.L. 1.724, de 1979, art. 1º; D.L. 1.894, de 1981, art. 3º, inc. I. C.F./1967. I. - É inconstitucional o artigo 1º do D.L. 1.724, de 7.12.79, bem assim o inc. I do art. 3º do D.L. 1.894, de 16.12.81, que autorizaram o Ministro de Estado da Fazenda a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou restringir os estímulos fiscais concedidos pelos artigos 1º e 5º do Decreto Lei n. 491, de 05.3.69. Caso em que tem-se delegação proibida: CF/67, art. 6º. Ademais, matérias reservadas à lei não podem ser revogadas por ato normativo secundário. II. - R.E. conhecido, porém não provido (letra b). RE n. 186.623-RS, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, j. 26.11.2001, DJ 12.04.2002.

[11] Art. 3º. São assegurados ao produtor-vendedor, nas operações de que trata o artigo 1º deste Decreto-Lei, os benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação, à exceção do previsto no artigo 1º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969, ao qual fará jus apenas a empresa comercial exportadora. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.894, de 1981).

A poucos meses da promulgação da vigente Carta Magna, foi expedido o Decreto-Lei n. 2.413, de 10 de fevereiro de 1988, que, embora dispusesse sobre a legislação do imposto de renda, fez expressa referência a normas sobre o crédito-prêmio do IPI (Decretos-Lei n. 1.248/72, 1.894/81 e 1.721/79), como observou, em seu voto, o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski[12]:

> *Cumpre registrar que, de 1985 até a promulgação da Constituição Federal de 1988, não se editou mais qualquer norma relativa à vigência do crédito-prêmio do IPI. De forma implícita, todavia, o Decreto-Lei n. 2.413, de 10 de fevereiro de 1988, reconheceu que o incentivo fiscal manteve-se íntegro até aquela data...*

Mais tarde, a Lei n. 8.402, de 8 de janeiro de 1992, restabeleceu diversos incentivos fiscais, inclusive os previstos no art. 5º do Decreto-Lei n. 491/69[13] e o do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 1.894/81[14] (não incluiu o estímulo fiscal referido no art. 1º).

5. O INCENTIVO FISCAL NO ADCT

A Constituição Federal de 1988 não se referiu diretamente ao Crédito-Prêmio do IPI. No entanto, reconheceu a necessidade de estabelecer

---

[12] O eminente Ministro Relator refere-se ao art. *1º, § 1º,* ***b*** do Decreto-Lei n. 2.413/88, que ao estabelecer uma alíquota especial sobre o lucro de exportação reportou-se aos *artigos 3º e 4º do Decreto-Lei n. 1.248, de 29 de novembro de 1972, com a redação dada pelo art. 2º do Decreto-Lei n. 1.894, de 16 de dezembro de 1981, e pelo art. 3º do Decreto-Lei n. 1.721, de 3 de dezembro de 1979 (exportação por intermédio de e por empresas comerciais exportadoras).* RE n. 577.348/RS, j. 13.08.2009, DJe 26.02.2010. Repercussão Geral.
Acrescente-se que o art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.413, referira antes, na alínea 'a', ao art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.158, de 16 de março de 1971, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 1.721, de 3 de dezembro de 1979 (exportação de manufaturados).

[13] Art. 5º É assegurada a manutenção e utilização do crédito do IPI relativo às matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem efetivamente utilizados na industrialização dos produtos exportados.

[14] Art. 1º Às empresas que exportarem, contra pagamento em moeda estrangeira conversível, produtos de fabricação nacional, adquiridos no mercado interno, fica assegurado:
I – o crédito do imposto sobre produtos industrializados que haja incidido na aquisição dos mesmos;

melhor disciplina aos incentivos fiscais existentes, deixando expresso no art. 41 e § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

> *Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.*
> *§ 1º Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.*

Dado que o estímulo fiscal sobrevivera, seria necessário decidir se era caso de incentivo de natureza setorial ou não. Em certo momento, já não se discutia se o referido estímulo fora realmente extinto em 30 de junho de 1983, mas apenas se continuaria a vigorar depois de 5 de outubro de 1990, dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

6. O CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI NA JURISPRUDÊNCIA

A exuberância de atos normativos sobre a matéria, facilitada pela rápida tramitação interna das propostas para a seguida edição de decretos-leis e de múltiplas portarias emitidas pelo Ministro da Fazenda, atos administrativos, pareceres de ilustres juristas ensejaram hesitações e dúvidas quanto aos temas centrais relativos ao estímulo fiscal, a começar pela sua vigência.

Permaneceria o prazo extintivo do Crédito-Prêmio do IPI consignado no Decreto-Lei n. 1.658/79 (30 de junho de 1983)? A extinção se dera em 1º de maio de 1985, como constava na Portaria Ministerial n. 176/84, ratificando a Portaria n. 252/82? Continuaria em vigor ou fora revogado pela legislação posterior? O estímulo fiscal ainda continuaria em vigor?

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as divergências sobre a interpretação das normas relativas ao Crédito-Prêmio do IPI prosseguiram. O incentivo fiscal poderia ser considerado *setorial* – e, portanto, fora extinto em 5 de outubro de 1990 – ou continuaria ainda a vigorar, ou não?

7. O CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI NO STF

As controvérsias sobre o Crédito-Prêmio do IPI foram submetidas à Suprema Corte, cujo Portal registra um total de 43 documentos para a expressão de busca "Crédito-Prêmio mesmo IPI"[15], sendo o mais recente o ARE 1.1255.559 AgR-SP-São Paulo, Relator Ministro Alexandre de Moraes, 1ª Turma, julgado em 15.10.2018.

Entre os julgamentos, destaca-se o Recurso Extraordinário n. 577.348-RS. Ante a sua importância, impende que seja feita uma síntese.

Uma empresa gaúcha impetrou Mandado de Segurança contra ato do Delegado da Receita Federal para o fim de reconhecer-se à impetrante o direito de compensar débitos tributários administrados pela Receita Federal com o Crédito-Prêmio auferido no período de 1997 a 2002. Denegada a segurança na Primeira Instância houve apelação para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso, pois o estímulo fiscal fora extinto em 30 de junho de 1983. A empresa interpôs recurso especial (REsp 938.235-RS), distribuído ao saudoso Min. Teori Albino Zavascki, que lhe negou seguimento por meio de decisão monocrática, com os fundamentos assim resumidos na ementa:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO.*
>
> *1.'O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-Lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-Lei 1.722/79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990 (por força do art. 41 e § 1º do ADCT)' (EREsp 738.689, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 27.06.07)*
>
> *2. Recurso especial a que se nega provimento".*

O Agravo Regimental interposto foi negado pela 1ª Turma em votação unânime, com esta breve ementa:

---

[15] Acesso em 1°.12.2018, às 10h45m.

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *(J. 11.09.2007; DJ de 04.10.2007).*

No Recurso Extraordinário, a recorrente argumentou que o art. 41 do ADCT não abrangera o crédito-prêmio do IPI, pois este não assumia a natureza de benefício setorial, tendo em vista que era dirigido a todo o segmento econômico nacional.

O acórdão proferido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu ensejo ao Recurso Extraordinário, com Repercussão Geral, que decidiu sobre a vigência do Crédito-Prêmio do IPI. O Supremo Tribunal Federal, pondo fim à controvérsia sobre a qual se manifestaram os mais ilustres expoentes do Direito Tributário Brasileiro, decidiu que o estímulo fiscal deixara de existir em 5 de outubro de 1990, *in litteris*:

> *TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
>
> *I - O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41,* caput*, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição.*
>
> *II - Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir.*
>
> *III - O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial.*

IV - Recurso conhecido e desprovido.

(RE com Repercussão Geral, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. em 13 de agosto de 2009 (DJe de 26.02.2010).

O julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral teve imediato impacto na interpretação do art. 41 e § 1º do ADCT, marcando o ponto final para o estímulo fiscal do Crédito-Prêmio do IPI, instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 491, de 5 março de 1969, qual seja: dia 5 de outubro de 1990. Era o fim de uma longa polêmica envolvendo empresas exportadoras, com a apresentação de inúmeros estudos e pareceres dos mais brilhantes juristas brasileiros, alguns reunidos sob o formato de livro. Do outro lado, brilhantes jovens integrantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com estudos e levantamentos de dados em renhida luta na defesa dos interesses da União.

8. NO STJ

O Portal do STJ demonstra o extraordinário número de feitos ali chegados sobre o Crédito-Prêmio do IPI: 4 Recursos Especiais, julgados sob o rito dos Recursos Repetitivos; 543 Acórdãos e 4.325 Decisões Monocráticas!

A síntese do entendimento sobre essa matéria foi bem exposta na ementa do REsp n. 1.129.971-BA, Relator, Ministro Mauro Campbell Marques, julgado pela 1ª Seção como Recurso Repetitivo, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil então vigente:

Primeira Orientação

Relativamente ao prazo de vigência do estímulo fiscal previsto no art. 1º do DL 491/69 (crédito-prêmio de IPI), três orientações foram defendidas na Seção. A primeira, no sentido de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83, por força do art. 1º do Decreto-Lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-Lei 1.722/79.

Entendeu-se que tal dispositivo, que estabeleceu prazo para a extinção do benefício, não foi revogado por norma posterior e nem foi atingido pela declaração de inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF, do art. 1º do DL 1.724/79 e do art. 3º do DL 1.894/81, na parte em que

conferiram ao Ministro da Fazenda poderes para alterar as condições e o prazo de vigência do incentivo fiscal.

Segunda Orientação

A segunda orientação sustenta que o art. 1º do DL 491/69 continua em vigor, subsistindo incólume o benefício fiscal nele previsto.

Entendeu-se que tal incentivo, previsto para ser extinto em 30.06.83, foi restaurado sem prazo determinado pelo DL 1.894/81, e que, por não se caracterizar como incentivo de natureza setorial, não foi atingido pela norma de extinção do art. 41, § 1º do ADCT.

Terceira Orientação

A terceira orientação é no sentido de que o benefício fiscal foi extinto em 04.10.1990, por força do art. 41 e § 1º do ADCT, segundo os quais "os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis", sendo que "considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos fiscais que não forem confirmados por lei".

Entendeu-se que a Lei 8.402/92, destinada a restabelecer incentivos fiscais, confirmou, entre vários outros, o benefício do art. 5º do Decreto-Lei 491/69, mas não o do seu artigo 1º. Assim, tratando-se de incentivo de natureza setorial (já que beneficia apenas o setor exportador e apenas determinados produtos de exportação) e não tendo sido confirmado por lei, o crédito-prêmio em questão extinguiu-se no prazo previsto no ADCT.

Prevalência do entendimento no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90. Precedente no STF com repercussão geral: RE n. 577.348-5/RS, Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13.8.2009. Precedentes no STJ: REsp n. 652.379-RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8 de março de 2006; EREsp n. 396.836-RS, Primeira Seção, Rel.

Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para o acórdão Min. Castro Meira, julgado em 8 de março de 2006; EREsp n. 738.689-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 27 de junho de 2007.

9. OUTROS ASPECTOS JURÍDICOS. CONCLUSÃO

A decisão sobre o prazo prescricional foi incluída no julgamento do REsp n. 1.129.971-BA, acima referido, esclarecendo-se que a matéria fora pacificada na jurisprudência da 1ª Seção do eg. STJ que decidira pelo prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910, *in verbis*:

> *8. O prazo prescricional das ações que visam ao recebimento do crédito-prêmio do IPI, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, é de cinco anos. Precedentes: EREsp n. 670.122-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 10 de setembro de 2008; AgRg nos EREsp n. 1.039.822-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24 de setembro de 2008.*

Outros aspectos do Crédito-Prêmio do IPI continuaram a ser levados a julgamento ainda no ano de 2018[16], a exemplo dos seguintes: a impossibilidade de sucessão processual no caso de cessão do Crédito-Prêmio do IPI (EREsp n. 1.390.228/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria); a necessidade de liquidação por artigos no ressarcimento do Crédito-Prêmio do IPI (AgInt no REsp 1.532.749/DF, Rel. Min. Og Fernandes); a impossibilidade de aplicação da Sumula n. 461/STJ ao Crédito-Prêmio do IPI (REsp 725.648/RS, Rel. Min. Herman Benjamin).

---

[16] No ano de 2018, até novembro, 10 Acórdãos sobre o Crédito-Prêmio do IPI foram julgados e publicados: 1. EREsp 1.390.228-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Seção, j. 26.09.2018, DJe 25.10.2018; 2. EDcl no REsp 1.725.648-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 04.09.2018, DJe 20.11.2018; 3. AgInt no REsp 1.691.214-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 23.08.2018; 4. AgInt no AREsp 1.256.581-SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 23.08.2018, DJe 03.09.2018; 5. AgInt no REsp 1.532.749-DF, Og Fernandes, 2ª Turma, j. 21.06.2018, DJe 27.06.2018; 6. AgInt no REsp 1.706.501-ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24.04.2018, DJe 03.05.2018; 7. REsp 1.725.648, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 17.04.2018, DJe 23.05.2018; 8. EDcl no AgRg no REsp 1.065.794-DF, 1ª Turma, j. 10.04.2018, DJe 26.04.2018; 9. EDcl no AgRg no REsp 1.283.364-DF, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 21.03.2018, DJe 27.03.2018; 10. AgInt no REsp 1.622.583-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 20.03.2018, DJe 26.03.2018.

Como exposto inicialmente, hoje em dia os estímulos às exportações passaram a merecer ênfase especial, com as exonerações de impostos (IPI e ICMS) e das Contribuições Sociais e de Intervenção no Domínio Econômico (Programa de Integração Social e o Programa de Formação do Servidor Público – PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal, na redação da EC n. 33, de 2001.

Ademais, a reinstituição do programa REINTEGRA, pela Lei n. 13.043, de 13.11.2014, regulamentado pelo Decreto n. 8.415, de 27.02.2015, deu nova vida ao propósito inicial do Governo Brasileiro, com o objetivo de incentivar as exportações por meio da devolução total ou parcial dos tributos incidentes sobre os bens exportados.

Mesmo antes, o Decreto-Lei n. 37, de 1966, havia instituído o Regime Aduaneiro Especial de Drawback[17] (art. 78), admitindo a suspensão, isenção ou restituição de tributos incidentes sobre a importação, quando vinculada a posterior exportação. Esse Regime Aduaneiro Especial foi ampliado pela Lei n. 11.945, de 2009, que passou a permitir a aquisição no mercado interno ou a importação de mercadoria para emprego ou consumo na industrialização de produto a ser exportado, com a suspensão do Imposto de Importação (II), do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da Contribuição para o PIS/PASEP, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), da Contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação (arts. 12 a 14).

Sem dúvida, a nova face assumida pelo Governo Federal para o incentivo às exportações de produtos industrializados vem contribuindo para modificar a imagem do Brasil que, muitas vezes, foi visto pelas grandes potências como mero exportador de produtos primários, a exemplo do café, açúcar, minérios, sal, algodão, etc. Coisa do passado. Hoje nossa

---

[17] "Chama-se *drawback* a faculdade de o importador obter a devolução dos direitos alfandegários pagos pela matéria-prima quando a reexporta, já transformada em artigos industrializados". BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças.* 19ª edição atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Editora GEN-Forense. 2015, p. 394.

economia tem outro perfil. E para isso, sem dúvida, as discussões sobre o Crédito-Prêmio do IPI contribuíram para o aperfeiçoamento do sistema tributário em relação ao comércio exterior.

Mandado de Segurança e Recurso em Mandado de Segurança, perante o Superior Tribunal de Justiça: Alguns Comentários

Arnaldo Esteves Lima
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA, PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ALGUNS COMENTÁRIOS

Ministro Arnaldo Esteves Lima

1. INTRODUÇÃO

No dia 07/04/2019, o referido Tribunal completou trinta anos de sua instalação, instituído que foi pela CF/88, a qual, por sua vez, atingiu igual existência em 05/10/2018. Para celebrar tão expressivo marco etário, edição especial de sua Revista, denominada Doutrina, virá a lume, sob a orientação do Gabinete do seu Diretor, em. Ministro Mauro Campbell Marques, a quem, desde logo, agradeço o honroso convite para participar da publicação.

Sugeri o tema em apreço, não apenas pelo natural interesse, tanto doutrinário quanto, sobretudo, prático, que as duas espécies suscitam no meio jurídico por suas constantes utilizações, conforme, aliás, denota a estatística do próprio Tribunal.

Com efeito, a sua competente "Coordenadoria de Gestão da Informação", atendendo a nosso pedido, consignou que "...no período de 1989 a setembro de 2018 foram julgados 26.441 Mandados de Segurança e 53.267 Recursos em Mandado de Segurança". Registrou, ainda, que a partir de 2010 foi que a unidade iniciou "...a contabilização dos teores das decisões", informando que, de "...janeiro de 2010 a setembro de 2018" foram julgados "...10.387" MS, com a "taxa de concedidos: 22,65%" e, 29.627 RMS, "taxa de provimento: 13,03%".

Tais números e percentuais demonstram, respectivamente, a ampla utilização, pelos jurisdicionados, da garantia fundamental inscrita no inciso LXIX, art. 5º, da CF, seja originariamente, ou através do recurso previsto, na hipótese de seu julgamento, por TRF ou TJ, esses, no exercício de suas competências originárias, quando denegam o *writ*.

Em seu art. 105, I, b, o diploma magno prescreve competir ao STJ, processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal.

Compete-lhe, outrossim, conforme inciso II, b, do mesmo dispositivo, julgar, em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e DF, quando denegatória a decisão.

Recorde-se que, ao lado do *habeas corpus*, que se destina a tutelar a liberdade individual de locomoção (LXVIII, 5º/CF), o mandado de segurança se projeta, também, como cânone fundamental, vocacionado a proteger direito líquido e certo, não amparado por *hc* ou *hd* (LXIX, 5º/CF), sobressaindo-se a relevância, no Estado de Direito, de referidas garantias constitucionais tendentes à proteção da liberdade de ir, vir e permanecer e, de direito outro, violado ou ameaçado por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou, eventualmente, sua delegatária – Súmula 510/STF. O fato da inserção no texto constitucional, cláusula pétrea, revela a significação, a relevância jurídica que o constituinte originário houve por bem em atribuir à matéria.

2. DO MS ORIGINÁRIO (ART. 105, I, B/CF)

A competência do STJ, para tanto, é definida pela natureza da investidura no cargo, pela autoridade apontada como coatora, Ministros de Estado e Comandantes das Forças Armadas, além de ato do próprio Tribunal, aqui, pressupondo-se ato de gestão, administrativo, como regra, certo da excepcionalidade da ação mandamental em face de decisão judicial passível de recurso com efeito suspensivo, segundo art. 5º, II, da Lei 12.016/2009 (LMS), e Súmula 267/STF, observando-se que, ainda que o recurso não seja dotado de mencionado efeito, a pretensão em obtê-lo

deve ser postulada através de tutela provisória, ficando eventual *mandamus,* restrito, limitado, a situações aberrantes da ordem jurídica, teratológicas, insusceptíveis de contraste em juízo, por outras vias processuais normais, conforme se colhe de cediças doutrina e jurisprudência.

No âmbito da referida Corte, aplica-se, no que for pertinente, no seu trâmite, as normas da LMS, supletivamente, o CPC, conforme § 2º, do seu art. 1.046, além do seu RI, arts. 211 a 215. O art. 16, da mesma lei, confere ao Ministro-Relator a instrução do processo, o que, a rigor, não existe, pode-se dizer, pois é característica do *writ* fundar-se em prova pré-constituída, indene de dúvidas, incontroversa, o que se contém sob a expressão "direito líquido e certo", inscrita no referido inciso LXIX, tanto quanto no art. 1º, da LMS, sob pena do seu indeferimento ou denegação, em juízo. Vale dizer, a liquidez e certeza é inerente aos fatos, que devem estar devidamente comprovados ou serem incontroversos. Note-se, todavia, que, diversamente, conforme Súmula 625/STF "*Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão da segurança*".

O mesmo preceito prevê o direito à defesa oral, na sessão de julgamento, o que constitui novidade, comparativamente com o art. 14, da Lei 1.533/51, que não a previa; tal ato, no entanto, exercido pelo advogado, era assegurado, em regra, regimentalmente, pelos Tribunais. No parágrafo único, do mesmo art. 16, da lei, previu-se o cabimento de agravo, ao órgão competente, em face da decisão do relator que conceder ou denegar medida liminar. Tal constituiu-se em inovação, comparativamente, também, com a anterior Lei 1.533, omissa, no ponto, o que gerou, então, controvérsia na jurisprudência, culminando com a edição, pelo STF, da Súmula 622, a saber: "*Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança*". Este verbete ficou superado ante a superveniência de referido preceito, cujo parágrafo único previu, como assinalado, a admissibilidade de agravo interno (AgInt), disciplinado pelo CPC, arts. 994, III, 1.021 e segs., além do 1.070, combinadamente; aliás, cabível tal recurso, por compreensão extensiva, não só do deferimento ou indeferimento de liminar mas, também, de qualquer outra decisão, proferida pelo relator, no trâmite do *mandamus*, por exemplo, a admissão ou inadmissão de litisconsorte, reputada incabível pela parte ou pelo Ministério Público, etc.

Admissível, igualmente, em tese, no processamento da segurança, o recurso, de natureza integrativa, como regra, qual seja, de embargos de declaração, tanto em face de decisão monocrática ou colegiada, segundo art. 1.022, do CPC, desde que presentes os requisitos que lhes são inerentes, um ou mais – obscuridade, contradição, omissão ou erro material –, no prazo de cinco dias, diversamente dos demais recursos que têm prazo de quinze dias, inclusive o AgInt, conforme art. 1.070, fazendo-se a contagem em dias úteis, art. 219 e, conforme previsões dos arts. 180, 183, 186, nas hipóteses que disciplinam, suas contagens serão em dobro. Tais embargos, se interpostos contra decisão unipessoal do relator, serão decididos por ele, monocraticamente; caso, entretanto, tal ocorra ante decisão do colegiado, competirá a este decidi-los.

Registre-se que a aplicabilidade de normas do CPC, desde que compatíveis com a natureza e propósitos do *mandamus*, é pertinente, desde que a LMS, lei especial, não disponha a respeito, tendo em vista, inclusive, a regra contida no § 2º, do seu art. 1.046, que diz – *"Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código"*.

A competência interna para o julgamento de mandado de segurança, no STJ, é definida pelo seu RI e, como se trata de ação na qual se controverte sobre relação de direito público, cabe a sua Primeira Seção, normalmente, fazê-lo; competirá, todavia, à Corte Especial, processá-lo e julgá-lo "...contra ato do próprio Tribunal ou de qualquer de seus órgãos", conforme art. 11, IV, do mesmo Regimento. Excepcionalmente, poderá competir à Terceira Seção, em matéria penal, processá-lo e julgá-lo, quando a questão se vincular a procedimento criminal, a ela atribuído ou atribuível, o que não é comum, mas, pode ocorrer e, às vezes, ocorre.

Registre-se que, decidido o *writ*, pelo órgão competente, em regra, a 1ª Seção, como dito, exceto eventuais embargos de declaração, encerra-se, no âmbito da Corte, a prestação jurisdicional pois, a despeito da inovação trazida pelo § 1º, do art. 1.043, do CPC, segundo a qual *"Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária"*, dificilmente caberia embargos de divergência, mesmo que se trate, o MS, a rigor, de ação cível originária, embora com

requisitos específicos, isto, pela natural dificuldade de cotejo com acórdão divergente, que só poderia ser originário da 2ª ou 3ª Seções ou respectivas turmas, além da Corte Especial, o que a repartição interna de competências, por se, já afasta, pois tais órgãos, salvo a Corte e em caráter excepcional, não dispõem de competência para julgar, originariamente, MS. Ressalte-se, ademais, que o inciso IV, do art. 1.043, previa a possibilidade dos EmDiv nos processos de competência originária, o qual, contudo, foi revogado pela Lei 13.256, de 04/02/2016, mantido, no entanto, os parágrafos subsequentes, exceto o 5º, igualmente revogado.

Resta, ainda que mitigadamente, a possibilidade de divergência na aplicação do "direito processual", conforme preconiza o § 2º, do mesmo art. 1.043, o que configura novidade trazida pela nova ordem processual civil. Nesse caso, se, eventualmente, acórdão oriundo do julgamento de um *mandamus* divergir, na interpretação de norma de processo, de outra atribuída ao mesmo dispositivo legal, por outro órgão colegiado do Tribunal, tal poderá justificar o manejo dos EmDiv, destinados à Corte Especial, a fim de que essa atribua ao preceito controvertido, a exegese que considerar mais adequada. Difícil, porém não impossível, que tal possa ocorrer, penso, pois, considerando o objetivo dos embargos de divergência, que é pacificar a interpretação da lei federal, internamente, pelo Tribunal, não se revela razoável deixar de fazê-lo, sob o argumento de que, em um caso a interpretação o foi em um REsp e, n'outro, em um MS. Ora, em princípio, a lei processual deve, salvo excepcionalidade do caso concreto, ter a mesma inteligência, independentemente do procedimento que comportou a sua aplicação – REsp, MS ou RMS –.

Consabido que o MS, perante qualquer órgão competente do Judiciário, poderá ser impetrado em suas feições repressiva e preventiva, conforme previsão ínsita no art. 1º, da LMS; poderá sê-lo, também, coletivamente, segundo alíneas *a* e *b*, inciso LXX, art. 5º, da CF, c/c arts. 21 e 22, da mesma Lei, registrando-se que o preventivo pressupõe a probabilidade, a iminência da prática de ato ilegal ou abusivo, pelo coator, tendente a violar direito líquido e certo do impetrante. Não basta, porém, o receio de cunho apenas subjetivo para justificá-lo. Necessária ameaça objetiva, iminência da prática ilegal ou abusiva do ato temido pela

parte, para tanto. Em frase expressiva, o saudoso Prof. Caio Tácito, bem definiu o seu sentido, ao consignar que, o mesmo é incabível "contra ato de hipótese".

Na sequência, caso seja denegada a segurança caberá recurso ordinário; se concedida, recurso extraordinário, conforme art. 18, da LMS, ambos destinados ao STF. O primeiro, diga-se de passagem, de fácil trânsito, conforme resulta dos arts. 1.027 e 1.028, §§ 2º e 3º, do CPC. O segundo, todavia, com as restrições legais e jurisprudenciais que lhes são inerentes, segundo art. 1.029/CPC e, CF, 102, III e segs., sobressaindo-se a imprescindível evidência da repercussão geral, a qual, em acórdão resultante do julgamento de MS, potencializa-se a dificuldade para demonstrá-la, porque, normalmente, a discussão subjacente envolve ou gravita em torno de direito individual. Imagino, no particular, que o tratamento processual isonômico recomendaria que, em ação de tal natureza, o tipo de recurso – ante a sua denegação ou concessão – deveria ser o mesmo, o que seria mais equânime para os partícipes da relação processual, no *writ*, a exemplo, aliás, do que ocorre em um MS impetrado perante Juízo de 1º grau de jurisdição onde o recurso cabível, denegado ou concedido o *mandamus*, não importa, será sempre o de apelação – art. 14, da LMS – destinado ao tribunal competente. É mero comentário, pois a distinção normativa é clara.

Cumpre ponderar, ainda, que ao STJ a CF confere a nobre missão de velar pela higidez dos tratados e, sobretudo da lei federal, além de sua uniformidade interpretativa, no âmbito da federação. É, em suma, o guardião primordial da legislação federal, infraconstitucional. Enquanto que, ao STF compete, precipuamente, a guarda da Constituição. Assim, se um acórdão de TRF e/ou TJ se basear em fundamentos constitucional direto e, legal, para conceder uma segurança, cada um suficiente, *de per si*, para mantê-lo, a parte deverá interpor RE e REsp, simultaneamente, o impugnando, seguindo-se o procedimento ínsito no art. 1.031 e segs., do CPC, sob pena de incidir a jurisprudência estratificada na Súmula 126/STJ, assim: *"É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso*

extraordinário". Em se tratando, contudo, de MS ou RMS, tal não ocorre de igual forma, pois o STJ pode examinar, concretamente, matéria constitucional direta, conforme, por exemplo, precedente a seguir *"... ainda que se discuta* ***matéria constitucional****, das decisões de única instância denegatórias de segurança, proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais dos Estados ou pelo do Distrito Federal e Territórios, caberá, nos termos da CF 105-II-b, recurso ordinário para o STJ e não para o STF (STF-RT 712/307)." Em Novo CPC, Theotonio Negrão, 47ª edição, p. 964)*. E mais, do STJ: RMS 37.329/DF; 46.033/SC, etc. O RMS para o STF só ocorre quando a denegação do *mandamus* o for por Tribunal Superior (STJ, TSE, TST e STM) – CF, 102, II, a c/c LMS, 18 e 1.027, I, do CPC –. Por outro lado, se o MS for concedido pelo tribunal ordinário e, seu acórdão contiver os dois fundamentos a que se refere a Súmula 126, supra, a parte terá que ingressar, a um só tempo, com REsp e RE, situação singular e que denota inconvenientes procedimentais que o legislador deveria evitar, em nosso sistema processual, a nosso ver.

3. DO ROMS (ART. 105, II, B, DA CF)

Tal recurso, como já registrado, é cabível quando denegado o *writ* pelo tribunal originário. A respeito, o art. 18, da LMS, sem similar na Lei 1.533, em harmonia, claro, com o preceito constitucional, prescreve – *"Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário quando a ordem for denegada".* O CPC, em seu art. 1.027, II, a, também dispõe a respeito.

O seu cabimento, portanto, só se legitima quando ocorre a denegação do pleito, por tribunal, no exercício de sua competência originária, para do mesmo conhecer e decidir. Logo, se um tribunal, julgando uma apelação em mandado de segurança lhe prover, para denegar a segurança concedida em 1º grau, seu acórdão não desafiará RMS mas, sim, REsp e/ou RE, conforme, naturalmente, o teor da decisão – legal e/ou constitucional-.

Lembre-se, ainda, que a interposição, equivocadamente, de REsp e/ou, também, apelação, contra o acórdão denegatório, conduzirá ao não

conhecimento ou improvimento do recurso, pois é inaplicável o chamado princípio da fungibilidade recursal, em tais hipóteses, em face de erro grosseiro da parte, conforme atual e sedimentada jurisprudência do STJ, a respeito (AgInt no AREsp 1.187.280/SP; AgRg no REsp 1.731.699/SP; AgRg no RMS 56.722/SP, dentre outros e, quanto a impropriedade de apelação, MS 15.436, Corte Especial – DJ 6.6.2011 –). Aliás, ainda subsiste, em sua compreensão, a Súmula 272/STF, que, a longo tempo consolidou -- *"Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança"*.

Gize-se, ademais, que sob o termo "decisões", previsto no art. 18/LMS, e 1.027, I e II, a, do CPC, harmonicamente com o 105, II, a/CF, que adotou o vocábulo similar, "decididos", compreende-se como susceptível da interposição de RMS tanto acórdãos que põem fim à ação mandamental sem examinar-lhe o mérito quanto aqueles que o define, o examina, desde que o faça, negativamente. Em tal sentido, do STJ: RMS 21.721; 37.775 etc. STF: 21.106; 21.363; 22.406 etc.

Questão que persistiu controvertida sob o anterior CPC, foi a relativa à aplicabilidade ou não, do § 3º, do seu art. 515, apelidada "teoria da causa madura", atual CPC, 1.013, § 3º, quando o RMS devolvia ao Tribunal (STJ ou STF), o exame de decisão terminativa, estritamente. Perante a Corte Suprema, por exemplo, os precedentes nos RMS 26.959, 24.309 e mesmo no RE 638.057, o foram no sentido da sua inaplicabilidade, consignando o primeiro, do qual foi Relator o saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito "...No mérito, também em votação majoritária, repeliu-se a incidência do disposto no artigo 515, § 3º, do CPC na via do mandado de segurança, uma vez que este instituto seria aplicado à apelação e que seu conhecimento pelo STF implicaria supressão de instância!". (Informativo 539). No Tribunal da Cidadania, havia precedentes nos dois sentidos, preponderando aqueles por sua aplicabilidade, a saber, dentre outros: AgRg REsp 1.083.012; RMS 23.368; 25.629; 25.462; 28.536. O contrário: REsp 1.077.368 etc.

Em publicação coletiva da editora *Impetus*, edição 2010, da qual tive a honra de participar, intitulada "Mandado de Segurança

Individual e Coletivo", além de outras observações, à pág. 114, escrevi: "Mais ponderando sobre a matéria, persuadi-me que melhor atende aos propósitos da jurisdição – refletidos na celeridade, economia processual, efetividade, presteza – admitir a incidência do art. 515, § 3º, do CPC no julgamento de RMS, tanto quanto de REsp ou de RE oriundos de acórdãos em *mandamus* originários de tribunais, quando se fizerem presentes os requisitos contidos nesse preceito".

A superveniência do vigente CPC encerrou a celeuma, pois, expressamente o § 2º, do seu art. 1.027, determinou a aplicação do disposto no art. 1.013, § 3º, ao RMS. Esse § dispõe: *"Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I – reformar sentença fundada no artigo 485".* As hipóteses de sentenças fundadas em tal dispositivo são aquelas que não resolvem o mérito, conforme rol não exaustivo, diga-se de passagem, ali descrito. Bem vinda, e muito, a inovação, a qual, a par de findar a controvérsia referida, trouxe mais segurança jurídica e, a bem da verdade, é muito mais lógica e proporcional mesmo, na disciplina do julgamento de RMS pois, sendo este concebido, em seu *iter,* à semelhança da apelação – art. 1.028, do CPC –, não haveria plausibilidade em atribuir-lhe, no ponto, tratamento diverso desta; ao contrário, como o MS e, consequentemente, o RMS têm, por sua razão de ser, inclusive, prioridade em seus julgamentos (Art. 20, LMS, art. 215, do RISTJ e, art. 17, da revogada L. 1.533/51) soava incoerente não aplicar a tal recurso o mencionado § 3º, do 515. Findou-se, e bem, a controvérsia, ao que pensamos, pois em harmonia com a busca da tão desejada efetividade da jurisdição.

Aplica-se, também, o que é inovação legal, ao RMS, conforme o mesmo § 2º, do art. 1.027, a regra contida no § 5º, do art. 1.029, ou seja, o requerimento para atribuir efeito suspensivo ao RMS, os quais prescrevem: *"§ 2º Aplica-se ao recurso ordinário o disposto nos arts. 1.013, § 3º, e 1.029, § 5º". "§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II – ao relator, se já distribuído o*

recurso; III – ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037".

O legislador, como se verifica, simplificou muito o procedimento para se pleitear uma tutela provisória, tendente a conferir efeito suspensivo ao recurso, inclusive ao RMS, o que, de certa forma, pode substituir e com benefício, pelo menos em parte, o requerimento de suspensão de sentença, previsto no art. 14 e segs., da LMS, sabendo-se que esse instituto nunca foi bem-visto, sobretudo pela doutrina, que entrevia em seu cerne, uma figura jurídica "heterodoxa", destoante do devido processo legal, oriundo que foi da Lei 4.348/64, editada em período histórico juridicamente conturbado. Recorde-se que, se concedida liminar, vindo a segurança, no entanto, a ser denegada, pelo acórdão, a mesma, conforme Súmula 405/STF, ficará sem efeito. Como tal verbete não é vinculante, às vezes a decisão colegiada preserva a sua subsistência até o julgamento do recurso, acaso interposto, o que não deixa de ser contraditório, mas às vezes ocorre, até o seu julgamento definitivo. Em tal contexto, deixará de subsistir interesse processual a justificar o requerimento de atribuição de efeito suspensivo ao RMS, pois o direito do impetrante, embora denegado, ainda está sob abrigo da liminar, transferindo, obviamente, para o seu adverso, o ônus de buscar a sua desconstituição, no comum das vezes, valendo-se do referido procedimento "heterodoxo".

Julgado o RMS pela Turma à qual distribuído, no STJ, comumente a 1ª ou 2ª, o único recurso admissível, internamente, em tese, será o de Embargos de Declaração – 1.022/CPC –, findando-se, aí, o seu ofício jurisdicional, estritamente considerado, pois como vimos, dificilmente seria admissível Embargos de Divergência, art. 1.023 e segs., do mesmo Código. Restará, finalmente, à parte sucumbente, em tese, o caminho do RE, visando levar a matéria ao crivo da Excelsa Corte.

Como se sabe, perante o STJ, o MPF deve oficiar, como fiscal da ordem jurídica, tanto nos MS originários quanto naqueles em grau de recurso, é o que prescreve o art. 64, III, do seu RI.

4. CONCLUSÃO

Como bem assinalou, em tempos idos, o Prof. Milton Flaks, em "Mandado de Segurança – Pressupostos da Impetração", Forense, edição de 1980, pág. 3, o que ainda vale, *mutatis mutandis*, para a atualidade:

> "Conquanto incorporado ao direito positivo em 1934 (C.F., art. 113, n. 33) e regulamentado, com suas linhas básicas atuais, em 1936 (Lei n. 191), o mandado de segurança ainda continua a despertar dúvidas e perplexidades. Controverte-se, ainda hoje, quanto à sua natureza processual, aos atos susceptíveis de impugnação, à eficácia das medidas liminares, às normas de procedimento, aos recursos cabíveis, à caracterização de coisa julgada e à forma de execução das sentenças concessivas."

O casuísmo com que vem sendo tratado, ao longo de todos esses lustros, não passou despercebido pela doutrina, levando Celso Barbi, em obra clássica, a lamentar:

> "A falta de uma jurisprudência harmoniosa, o pequeno número de estudos sistematizados e a imperfeição dos textos legislativos contribuem para que as soluções sejam apresentadas nos tribunais com visível influência do mérito das demandas sobre a forma processual".

Insta ponderar, contudo, que a carência de jurisprudência harmoniosa de que falou, pertinentemente, o saudoso Prof. Barbi, a décadas, vem sendo edificada, sobretudo pelo STJ, na aplicação das normas que definem o MS, tanto originário quanto em seu recurso, conforme, sinteticamente, vimos de ver, contribuindo, assim, a Corte, ao cumprir a sua missão constitucional, para a fixação da mais adequada exegese das normas pertinentes, além da harmonização da jurisprudência, com a visão voltada, sempre, para os fins sociais e as exigências do bem comum, alvos que devem ser visados, permanentemente, na aplicação do direito, conforme, pioneira e lapidarmente, prescreve o art. 5º, da antiga LICC, hoje, LINDB.

Como o nosso objetivo é mais pragmático, a seguir, Súmulas do STJ, sobre MS.

41 – O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos.

105 – Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios. (Obs.: O art. 25, da LMS afasta sua cobrança, prevê, no entanto, ocorrendo litigância de má-fé, a aplicação de sanções).

169 – São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança. (Obs.: Ficou prejudicada porque o CPC omitiu esse recurso. O seu "sucedâneo", previsto no art. 942, técnica de julgamento que se diz "estendido", também não se compatibiliza, pelas mesmas razões, com o MS).

177 – O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.

202 – A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso.

213 – O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

333 – Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.

460 – É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.

604 – O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público.

Finalizo, pedindo licença para parabenizar a CF e o STJ, pelos natalícios, mais do que justos, pois cumprem, com fidelidade, as suas missões institucionais, para o bem da Cidadania Nacional! Que lhes sobrevenham anos e anos de profícuas existências, como os que já transcorreram!

Da Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil e a Ordem Pública Nacional

Massami Uyeda
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL E A ORDEM PÚBLICA NACIONAL

*Ministro Massami Uyeda**

A intensificação do comércio internacional tem motivado a busca pela arbitragem internacional como forma de solução de conflitos de interesses.

Na arbitragem internacional as próprias partes interessadas escolhem, de comum acordo, seus árbitros ou o critério para sua designação, as regras de Direito a serem aplicadas, o idioma a ser usado no procedimento e o lugar onde o julgamento será proferido.

Estas características permitem seja a sentença arbitral proferida em tempo mais célere e com mais segurança jurídica, por árbitros que possuem maior especialização técnica e em foros considerados neutros, situados em locais que não são os domicílios das partes interessadas.

Todos estes aspectos que distinguem a arbitragem internacional, entretanto, não teriam sentido se, obtida a sentença arbitral, seu cumprimento e execução não fossem exequíveis pela parte vencedora.

Assim, obtida a resolução do conflito de interesses submetido a uma arbitragem internacional, cumpre indagar de que forma se dará seu cumprimento e execução no Brasil.

---

* Advogado – Árbitro da CAMFIESP.
Mestre e Doutor em Direito (USP).

A Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 105, inciso I, alínea "i", ser competente o Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Integram o conceito de sentença estrangeira não só as sentenças emanadas de órgãos jurisdicionais, como também as proferidas por instituição arbitral e mesmo provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, tiverem natureza de sentença.

A Lei 9.307/96, a Lei Brasileira de Arbitragem, dispõe em seu artigo 34 que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil na conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da Lei Brasileira de Arbitragem.

Embora anteriormente à promulgação da Lei Brasileira de Arbitragem o Brasil tenha aprovado tratados internacionais sobre matéria de alcance regional, que são aplicáveis em seus respectivos âmbitos de validade, pode-se dizer, por sua abrangência, já que 156 países a ratificaram, a Convenção de Nova Iorque, de 1958, internalizada no ordenamento jurídico nacional em 2002, passa a ser o regime geral de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil.

É de se registrar que a Lei 9.307/96, em seus artigos 34 a 40, dispõem sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. E, ao assim disciplinar o reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira, afastou os dois maiores entraves à adoção da arbitragem internacional pelo Brasil: a extinção do sistema de dupla homologação de sentenças arbitrais proferidas no exterior e a admissibilidade de utilização da via postal para a citação de parte domiciliada no Brasil.

As convenções ratificadas pelo Brasil não substituem ou alteram o regime resultante da legislação interna ou de outros tratados assinados pelo Brasil, mas sim, interagem com eles.

A conceituação do que seja sentença arbitral estrangeira se encontra no parágrafo único, do artigo 34, da LBA, segundo o qual se considera sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Elegeu o ordenamento jurídico brasileiro, o critério geográfico (*ius solis*) para determinação da nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão for proferida.

A este respeito, no julgamento do Recurso Especial n. 1.231.554/RJ, 3ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, sendo relatora a Ministra Nancy Andrighi, restou decidido que o fato de o requerimento para instauração do procedimento arbitral ter sido apresentado à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, não tem o condão de alterar a nacionalidade da sentença arbitral proferida no Rio de Janeiro como sentença nacional e, portanto, insuscetível de homologação pelo STJ.

Como sentença arbitral nacional, constitui título executivo idôneo para embasar ação de execução da qual originou-se o Recurso Especial.

Não só na Lei 9.307/96, em seus artigos 34 a 40, como também nos artigos 960 a 965, do Código de Processo Civil de 2015, e, também, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016, nos termos dos artigos 216-A a 216-N, encontra-se o rito procedimental para o processamento e julgamento de sentença arbitral estrangeira.

Para adequada compreensão e aplicação do processamento e julgamento de homologação de sentença arbitral estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça, cumpre assinalar pontos e aspectos relevantes, ressaltando-se que a sentença arbitral estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação do Superior Tribunal de Justiça.

É de se anotar que a homologação de sentença arbitral estrangeira, ao assim ser submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, caracteriza-se por adotar juízo de prelibação, ou seja, o exame do pedido há de se circunscrever aos aspectos formais, não se adentrando ao juízo de mérito da sentença estrangeira.

O pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira consubstancia uma ação e, como tal, deve ser requerida pela parte interessada perante o Superior Tribunal de Justiça, devendo a petição inicial conter indicações da lei processual, conforme o artigo 319, do CPC, e ser instruída com o original ou cópia autenticada da decisão a ser homologada

e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira, quando for o caso.

Além disto, são requisitos necessários a serem observados quando da apresentação da petição inicial que a sentença arbitral estrangeira tenha sido proferida por autoridade competente e que contenha elementos que comprovem terem sido as partes regularmente citadas ou ter sido legalmente verificada a revelia e, ainda, que tenha transitado em julgado.

O pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser endereçado ao Presidente do Tribunal e, como se trata de ação, se houver contestação, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, composta pelos 15 Ministros mais antigos, cabendo ao relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo.

Se a petição inicial não preencher os requisitos exigidos ou apresentar defeitos ou irregularidades que dificultem o julgamento do mérito, o Presidente assinará prazo razoável para que o requerente a emende ou complete.

Após a intimação, se o requerente ou o seu procurador não promover, no prazo assinalado, ato ou diligência que lhe for determinada no curso do processo, será este arquivado pelo Presidente.

Anote-se que, nos termos do art. 40, da Lei 9.307/96, a denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

A parte interessada será citada para, no prazo de 15 dias contestar o pedido.

Revel ou incapaz o requerido, dar-se-lhe-á curador especial, que será pessoalmente notificado.

Apresentada contestação, serão admitidas réplica e tréplica em cinco dias.

Nos termos do art. 38, da Lei 9.307/96, somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu, a quem incumbe a inversão do ônus da prova, demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não ter havido notificação da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

São óbices para a homologação da sentença arbitral estrangeira, nos termos do art. 216-F, do RISTJ e do art. 39, incisos I e II, da LBA, se a mesma ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e ou a ordem pública nacional, e, ainda, se o objeto do litígio não é suscetível, segundo a lei brasileira, de ser resolvido por arbitragem.

As causas de denegação de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras devem ser alegadas e provadas pela parte contra a qual ela é invocada.

Ocorre aqui o princípio da inversão do ônus da prova. Parte-se do princípio de que sentença arbitral estrangeira sempre tem condições de ser homologada até prova em contrário.

Dentre as causas de denegação de homologação de sentença arbitral estrangeira a exceção de ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira é ponto sensível no controle judicial da sentença arbitral, pois o conceito de ordem pública é fluido, variando no tempo e no espaço, conforme mudanças valorativas e culturais de cada sociedade e em cada época.

Como assinala Vera Cecília Monteiro de Barros "*a noção de ordem pública não é estável e também não é idêntica de um país para outro, razão*

pela qual está no centro de preocupação das partes e dos árbitros, interessados na composição do litígio e na eficácia prática da sentença que vier a ser prolatada". E prossegue: "*Diante do seu caráter extremamente casuístico, cada jurisdição interpreta e adota conceito de ordem pública, que pode resultar numa mesma sentença eficaz em determinado foro e ineficaz em outro. Diante da impossibilidade de se determinar de maneira exaustiva o conceito de ordem pública e por ser conceito fluido frente às alterações da sociedade, é bastante utilizado como subterfúgio pela parte que procura se subtrair do cumprimento de suas obrigações*" (*in* Exceção de Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil, Ed. Quartier Latin, 2017, pag. 138)

O conceito de ordem pública não é de simples definição e há quem diga, como Jacob Dolinger, que "*a principal característica da ordem pública é justamente a sua indefinição".* E, ainda segundo seu posicionamento, "*o princípio da ordem pública é de natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível*" (*apud* Direito Internacional Privado, Ed. Renovar, 2008, p. 394).

Maristela Basso bem pontua, a respeito, que o princípio de ordem pública deve ser entendido como reflexo da filosofia sociopolítica-jurídica de toda legislação. É noção de foro íntimo do intérprete que em seu convencimento e decisão, no caso de magistrados e árbitros, deve buscar a moral básica de uma Nação (*apud* Curso de Direito Internacional Privado, Ed. Atlas, 2009, pag. 262).

Selma Ferreira Lemes anota que o conceito jurídico de ordem pública metaforicamente é como um camaleão. Pode assumir várias facetas, diferentes juízos e diversos objetivos.

Irineu Strenger, por sua vez, apresenta formulação no sentido de que "*a ordem pública pode ser definida como conjunto de normas e princípios que, em momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto*" (*in* Arbitragem Comercial Internacional, Ed. LTr, 1996, pag. 215).

O Professor Arnold Wald afirma que "*a ordem pública é o conjunto de normas essenciais à convivência humana*" (*apud* Revista de Arbitragem e Mediação, RT, out/dez. 2005, n. 7, pag. 201).

A Lei 9.307/96, a Lei Brasileira de Arbitragem, em seu art. 39, inciso II, estatui que a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que a decisão ofende a ordem pública nacional.

O art. 34, da LBA, ao estatuir que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei, recepciona a Convenção de Nova Iorque, de 1958, internalizada no ordenamento jurídico nacional com a promulgação do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002, como a principal fonte de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, uma vez que já foi ratificada por 156 países.

A Convenção de Nova Iorque prevê em seu art. III, como regra geral, que cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada.

Assim, a exceção de ofensa à ordem pública como causa de denegação da homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira a ser constatada pelo Superior Tribunal de Justiça é a referente à ordem pública nacional.

Assim também dispõe o art. V, n. 2, da Convenção de Nova Iorque: "*2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país*".

O critério, portanto, para a constatação de ofensa à ordem pública é restritivo.

Como já dito, o conceito de ordem pública é fluido. Varia no tempo e no espaço entre mudanças culturais e valorativas da sociedade em cada época. É limitador da vontade no direito interno e impede a aplicação de sentenças arbitrais estrangeiras se constatada sua ocorrência pelo Superior Tribunal de Justiça.

O parágrafo único, do art. 39, da LBA, indica uma hipótese do que não se considera ofensa à ordem pública, ao estatuir que "*não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa*".

Como não é possível a lei enunciar todas as situações em que não há ofensa à ordem pública, cabe à jurisprudência, com fundamento na doutrina, consolidar esse conceito e determinar a sua aplicação concreta.

Para ilustrar o presente artigo, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alguns julgados que abordaram a ordem pública:

1. Ofende a ordem pública a ausência de expressa manifestação das partes abdicando da jurisdição estatal, especialmente, por que se verificou a ausência de assinatura de uma das partes contratantes no contrato onde se elegeu a cláusula arbitral. (SEC 967, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20/3/2006).

2. Também ofende a ordem pública a submissão de litígio ao juízo arbitral quando celebrados contratos de compra e venda de produtos por via telefônica em que não seja possível a comprovação de existência e aceitação de convenção de arbitragem tácita. (SEC 866, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 16/10/2006).

3. Ofende a ordem pública a parte da sentença estrangeira que determina a desistência, sob pena de sanção, de ação anulatória em andamento no Brasil, porque o acesso ao Judiciário é cláusula pétrea que não pode ser penalizada. (SEC 854, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 07/11/2013).

4. Não ofende a ordem pública a decisão de Junta de Conciliação e Arbitragem do México desenvolvida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ainda que nele tenha renunciado a direitos trabalhistas por ocasião da celebração de acordo celebrado perante a referida Junta em que se deu quitação ampla e total do contrato de trabalho. (SEC 4.933, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 19/12/2011).

5. Ofende a ordem pública nacional, segundo o STJ, a cumulação da correção monetária com a variação cambial e tendo a sentença estrangeira determinado a incidência cumulativa, sobre o débito principal, de correção monetária e variação cambial se mostra inviável a homologação total da sentença arbitral que condena ao pagamento de valor em dólares americanos e determina, ainda, a conversão do referido valor para reais na data do efetivo pagamento e mais a incidência da correção monetária (isto é, incidência cumulativa, sobre o débito principal, de correção monetária e variação cambial). (SEC 2.410, Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe de 19/2/2014).

6. Não ofende a ordem pública a sentença arbitral que reconhece não ter havido abdicação a direito laboral indisponível, mas apenas aplica a multa rescisória, constante de cláusula prevista no contrato, e, declara a existência de violação do contrato de trabalho por atleta profissional para afirmar a exigibilidade de multa prevista. (SEC 11.529, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 2/2/2015).

O exame da exceção de ofensa à ordem pública nacional como óbice para o reconhecimento e homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil configura análise de mérito e refoge ao juízo de delibação, próprio da ação de homologação de sentença estrangeira, como assim se decidiu o STJ no julgamento da SEC 4.439, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 19.12.2011.

Para ilustrar hipótese de indeferimento de pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo STJ por falta de prova de existência de convenção de arbitragem, menciona-se a SEC n. 885-ES, Relator Ministro Francisco Falcão que, por maioria, indeferiu o pedido homologatório por não ter sido comprovada a existência de convenção escrita de arbitragem e por não estar motivada a sentença arbitral, ficando vencido o Ministro Massami Uyeda que homologava o pedido, porque apesar de a requerente não ter assinado o contrato de pagamento, segundo o qual a requerida se obrigava a pagar a credora, a realidade é que, perante à American Arbitration Association e, ainda, se perante a AAA manifestou-se estar de acordo com o prosseguimento do caso, a ser dirimido por um único

árbitro e que estará aguardando os próximos passos, a fim de contribuir com estes procedimentos para que se atinja um consenso,

> Assim, na visão do voto minoritário, o comportamento da requerida assim autoriza reconhecer ter havido sua concordância em ver sua demanda vir a ser dirimida por árbitro único, o qual, ao proferir sua sentença, está dispensado de motivá-la por disposição adotada pela AAA, além do que não houve qualquer impugnação da requerida após a prolação do laudo.
>
> Acresce, ainda, que foi a requerida citada da arbitragem e ofereceu resposta.
>
> (Na SEC 856/GB, j. 27/06/2005 - Rel. Min. Menezes Direito "Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento, a existência da cláusula compromissória").
>
> O relator poderá decidir monocraticamente nas hipóteses em que houver jurisprudência consolidada da Corte Especial do STJ a respeito do tema.
>
> Nos seus 12 anos de atuação do STJ na homologação de sentença estrangeira monocraticamente pelo Relator ainda não tem sido muito utilizada, mas, com a consolidação da jurisprudência, espera-se que haja um crescimento de homologações proferidas em juízo monocrático.
>
> No procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, o Ministério Público terá vista dos autos, pelo prazo de quinze dias, podendo impugnar o pedido.
>
> Das decisões do Presidente ou do relator caberá agravo.
>
> A sentença arbitral estrangeira homologada será executada por carta de sentença no Juízo Federal competente.

> Tratando-se de ação, há lugar para a imposição de condenação da parte vencida em honorários advocatícios, nos termos do art. 85, par. 8º. CPC/2015)

Também poderá ser admitida a tutela provisória nos procedimentos de homologação de decisão estrangeira, desse que presentes os requisitos do "fumus boni juris" e do "periculum in mora" (art. 216-G, do RISTJ/2016).

A Profa. Nadia de Araujo, elaborou estudo sobre a homologação de sentença estrangeira pelo STJ em uma década de atuação e trouxe valiosa contribuição e nesse período (2005 a 2015) assinala que apenas 4 processos foram deferidos ou indeferidos por maioria (entre os indeferidos está a SEC 885, no qual proferimos voto minoritário).

No período, determinou-se a subida para o Supremo Tribunal Federal de 8 casos, sendo que o SEC 2.410 está pendente de julgamento.

Na SEC 2.410 considerou-se que sentença arbitral estrangeira versando sobre contrato de câmbio, a condenação há de ser calculada de acordo com a variação cambial, sem que se acresça cumulativamente com a correção monetária.

Casuística de precedentes:

1- SEC 9.412 – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 19/04/2017

Abengoa Bioenergia Agrícola Ltda. x Adriano G. Dedini Ometto

- O procedimento de homologação de sentença estrangeira não autoriza o reexame do mérito da decisão homologatória, excepcionadas as hipóteses de configuração de afronta à soberania nacional ou à ordem pública – Dado o caráter indeterminado de tais conceitos, deve-se interpretá-los de modo a repelir apenas aqueles atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o direito brasileiro.

Neste caso, a matéria que configuraria ofensa à ordem pública seria a questão atinente à imparcialidade do julgador, como pressuposto que resulta de garantia do postulado do devido processo legal, matéria que não preclui. Se esta prerrogativa não foi observada pelo árbitro, à luz de sua própria legislação, isto não obsta a que o STJ proceda ao exame da matéria.

Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, alguma das situações que caracterizam impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei 9.307/96).

A natureza contratual da arbitragem põe em relevo a confiança fiducial entre as partes e o árbitro. A violação por este do dever de revelação de quaisquer circunstâncias passíveis de razoavelmente gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência são óbices para a homologação da sentença arbitral.

2 - SEC 3.035 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 19/08/2009

Atecs Mannesmann GMBH x Rodrimar S.A.

Legitimidade ativa – O pedido de homologação pode ser proposto por qualquer pessoa interessada nos efeitos da sentença estrangeira. Em juízo de prelibação, no qual apenas as formalidades extrínsecas do pedido são analisadas, vedado o exame do mérito, estando presentes os requisitos formais necessários para o juízo de delibação, a par de ausência de ofensa à ordem pública, o pedido de homologação comporta deferimento.

3 - SEC 2.410 – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 18/12/2013

Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles e CAF Brasil Ind. Com. x Supervia Concessionária de Transportes Ferroviários S.A.

Nos termos do art. 7, da LINDB e do art. 39, da Lei 9.307/96 e art. 216, da Res. 09/05, do STJ, a homologação para o reconhecimento de sentença estrangeira será denegada se for constatado que a decisão ofende a ordem pública nacional.

Consoante entendimento dominante no STJ a cumulação de correção monetária com variação cambial ofende a ordem pública nacional.

Tendo a sentença estrangeira determinado a incidência cumulativa sobre o débito principal, de correção monetária e variação cambial, se mostra viável a homologação parcial da sentença para extirpar apenas a incidência da correção monetária.

Sentença parcialmente homologada.

(Este caso, segundo informa a Profa. Nadia de Araujo, em sua obra "O STJ e homologação dos laudos arbitrais estrangeiros, no balanço de 10 anos de sua atuação" encontra-se pendente de julgamento para remessa de Recurso Extraordinário para o STF).

Estes são, exemplificativamente, casos que possibilitam uma melhor compreensão sobre o tema.

A "Fase Aglutinatória" do Processo Civil Brasileiro: Ajustes Necessários

Sidnei Beneti
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A "FASE AGLUTINATÓRIA" DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: AJUSTES NECESSÁRIOS

*Ministro Sidnei Agostinho Beneti**

1.- Instabilidade jurídica das bases legais nacionais, em mutação constante.

2.- Desestabilização da organização judiciária.

3.- Necessidade de funcionalização do sistema jurisdicional para formação de precedentes.

4.- Alguns pontos de disfuncionalidade.

5.- Disfuncionalidade nos Tribunais.

a) Divisão interna em Câmaras ou Turmas de competência concorrente.

b) Falta de especialização.

c) A nova fase "*aglutinatória*" do Direito Processual: insuficiência dos mecanismos atuais.

d) Monocratismo e descolegialização dos tribunais.

e) Duração de liminares monocráticas.

---

* Ministro do STJ (Aposentado); Livre-docente de Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP; Professor Emérito de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – SP; Presidente Honorário da União Internacional de Magistrados (Roma).

f) Pedidos de vista obstrutivos de longa duração.
g) Exigência de quórum qualificado na formação de precedentes.
h) Julgamentos sem composição completa da Corte.
i) Pautamento automático à liberação do voto pelo Relator ou Revisor.
j) Deficit de convergência em motivações e dispositivos de julgamentos.
k) Obscuridade ou incongruência de ementas.
6.- Dispersão nas instâncias inferiores.
a) Inexistência de especialização para matérias técnico-específicas.
b) Demora decorrente da compulsoriedade da conciliação prévia.
c) Insuficiência da sintonia do 1º Grau com Tribunais Superiores.
d) Liminares de longa duração.
e) Reajuste sistemático dos Juizados Especiais Cíveis.
f) Decisões liminares em plantões judiciários.
7.- Encerramento.

1. INSTABILIDADE JURÍDICA DAS BASES LEGAIS NACIONAIS, EM MUTAÇÃO CONSTANTE

O modelo processual civil brasileiro encontra-se em fase que com propriedade pode ser denominada "*aglutinatória*". A multitudinariedade de processos relativos à mesma lide deve ajuntar-se em blocos relativos a cada uma delas, com o que drasticamente se reduzirá o número caótico de processos em curso no país.

Esse é um dos caminhos para enfrentamento do "*mare magnum*" tormentoso, em que navega o gigantesco número de processos brasileiro, produto de sucessivas criações de novos direitos e de constantes alterações da legislação de direito material e de direito processual sem adequada instrumentalização do sistema de organização judiciária e recursal.

O processo civil brasileiro experimentou relativa estabilidade sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, que perdurou por 34 anos, com parcas alterações, até a revogação pelo Código de 1973. Este, por sua vez, durou 42 anos, até o Código de 2015 (embora o Código

de 1973 tenha sofrido intensa instabilização a partir de 1992, devido às sucessivas leis de reforma fragmentária, as quais inauguraram a "*era dos fatiamentos*" e da "*ansiedade antecipatória*[1]" que se propagaram depois por toda a atividade jurisdicional, consolidando-se no Código de Processo Civil de 2015[2]).

Com efeito, a "*era dos fatiamentos*"[3], que logo se infiltrou por todo o sistema processual, inclusive gerando sucessivos julgamentos monocráticos, infindável série de embargos e recursos internos de várias espécies, *descolegialização* dos tribunais, desconcentração das sessões de julgamento e atingindo o paroxismo no milenarmente impensável fenômeno da paralisação do julgamento por *vista obstrutiva*, importada do procedimento comum nos colegiados político-legislativos – já está

---

[1] Iniciada com a introdução da antecipação dos efeitos da tutela (CPC/1973, art. 273, com a redação da Lei 8.052/1994). Poucos institutos processuais novos foram recebidos com entusiasmo como a antecipação da tutela, inclusive pelo autor do presente escrito, participante da Comissão do Ministério da Justiça que a sugeriu. Mas os efeitos perversos logo se fizeram sentir, ante o desvio da trajetória do procedimento para o incidente, com os recursos a ele relativos por vezes até os tribunais superiores, enquanto se paralisa o processo no juízo de origem, no aguardo do deslinde do incidente – por cautela ou desinteresse, porque desviada a tonicidade do procedimento para a concretude da antecipação da tutela.

[2] O Código de Processo Civil de 2015 evidencia-se intensamente fatiador, e fragmentador do procedimento, inserindo numerosas situações de decisões incidentais e afastando-se do primado da concentração da causa, tão caro aos diplomas processuais passados. Com efeito, destaquem-se o "fatiamento" do processo no caso de julgamento parcial do mérito (CPC/2015, arts. 355 e 356), a fragmentação ulterior do processo ante a alterabilidade transacionada do pedido até o saneamento com a concordância da parte contrária (art. 329, II) todos eles incidentes que não só não põem fim ao processo, mas o alteram, tornando-o mais complexo, e franqueadores de pluralidade recursal (agravos, embargos de declaração, recursos especiais e extraordinários e abrindo ensejo a numerosa série de recursos internos nos tribunais).

[3] Em termos de sessão judiciária, talvez o mais marcante dos "*fatiamentos*", com larga repercussão e propagação aos tribunais, tenha sido o ocorrido no julgamento da Ação Penal 470 ("*Caso Mensalão*") pelo Supremo Tribunal Federal, em que os votos, também quanto às matérias de mérito, divididas em "núcleos", vieram a ser proferidos em partes, paulatinamente, votando-se cada acusação, relativamente a cada um dos acusados, diferentemente do procedimento comum nos Tribunais, em que, salvo o destaque isolado de questões preliminares, ao voto integral de Relator sucede-se o voto integral de Revisor, vindo, após, os demais votos de integrantes do colegiado. Desencadeou-se, então, a sucessão de votos em parte, também "*fatiados*" de cada um dos julgadores. O julgamento, marcado, tecnicamente dos mais complexos, consumiu até o encerramento 69 sessões plenárias, realizadas entre agosto de 2012 e março de 2014, tempo durante o qual ocorreram aposentadorias, à idade limite constitucional, e ingresso de novos Ministros na Corte.

quase a beirar a introduzir-se, nas sessões dos tribunais, do mecanismo da obstrução por falta de quórum mediante a retirada de bancada, mecanismo típico do procedimento legislativo!

A legislação vem prodigalizando sucessivas experiências de aceleração procedimental, em grande parte geradoras de efeitos muitas vezes contrários, visando à produção de julgamentos finais sólidos, com superação daquele terrível dilema Carneluttiano consistente na opção entre a celeridade e a qualidade dos julgamentos[4] para a formação de precedentes aptos a conferir segurança jurisprudencial. As tentativas sucedem-se em meio à aporia das leis, decorrente da constante mudança, que frustra a constituição de bases legais consistentes, necessárias à formação de precedentes e estabilização jurisprudencial.

É do dia a dia a constatação de que, durante a caminhada processual, impõe-se vencer custosa série de incidentes imprevistos, decorrentes da alteração legislativa, cuja solução cria desvios secundários paralisantes do desenvolvimento do andamento do processo no rumo do objetivo principal, que é a composição da lide mediante o julgamento do mérito.

De qualquer forma, aos órgãos jurisdicionais compete operacionalizar a solução dos processos, mediante a descoberta das melhores técnicas de direção do procedimento. Não importa que, em curto período de trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988 tenham sido alteradas algumas das mais fundamentais leis nacionais. Que resta do direito material de há trinta anos? Substituído o Código Civil de 1916, lei básica para todas as relações jurídicas da sociedade; retalhado o Código de Processo Civil de 1973 por dezenas de leis modificadoras de sua estrutura sistemática e, depois, revogado e substituído pelo Código de Processo Civil de 2015; realizadas fundas alterações da Consolidação das Leis do Trabalho e o arcabouço administrativo e previdenciário! Das leis especiais, contam-se nos dedos as que se mantiveram, intactas ou ainda que alterada, nesses trinta anos.

Perderam-se bases de segurança jurídica, na doutrina e na jurisprudência pacientemente construídas. No campo do processo civil,

---

[4] "Infelizmente, a justiça, se for segura, não será rápida, e, se for rápida, não será segura". (Carnelutti, *Como se faz um processo*. Campinas, 2002, ed. Minelli).

aguarda-se o surgimento de doutrina capaz de preencher os vazios deixados pela mais preciosa doutrina – que, para ficar em um único nome, referencia-se na obra de Pontes de Miranda. E os repertórios de jurisprudência – inclusive algumas Súmulas de Tribunais – tornaram-se letra morta ou fadados à reabertura de discussão até a formação de novos precedentes.

2. DESESTABILIZAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

A segurança jurídica poderia vir da permanência da organização judiciária – entendida, aqui, como o quadro geral de juízos e tribunais nacionais, a ser trilhado pelos processos até o desfecho final.

Mas a própria organização judiciária alterou-se fundamente. A Constituição Federal de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça como Corte Suprema Infraconstitucional, seguindo os modelos europeus continentais – como a *Corte di Cassazione* italiana, a *Cour de Cassation* francesa, o *Bundesgerichtshof* alemão, o *Oberster Gerichtshof* austríaco, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e o *Tribunal Supremo de España* – seguindo, a criação brasileira, trajetória histórica diversa da dos modelos referidos, em que aludidos tribunais superiores preexistiram à criação, para a matéria constitucional, fora do arcabouço judiciário e com expressa destinação à complementação do Poder Político, cujo papel é decisivo no provimento dos cargos independentemente da Magistratura, as Cortes Constitucionais respectivas, segundo a conhecida construção doutrinária de Hans Kelsen na Áustria.

Anseio da Advocacia, às voltas com a angústia da inadmissibilidade de recursos extraordinários para exame da legislação federal infraconstitucional, o exemplar Superior Tribunal de Justiça veio a acrescer mais um degrau na vida dos recursos, antes de alçarem ao exame, para admissibilidade ou não, mas sempre a exigir mais um pronunciamento jurisdicional, pelo Supremo Tribunal Federal[5].

---

[5] Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, o degrau a mais, que já existia para as causas federais no Tribunal Federal de Recursos, veio a acrescentar-se a todos os recursos provindos também dos Tribunais de Justiça Estaduais. A Reforma Judiciária realizada sob o regime militar, já antes criara, ao lado da Justiça Federal de 1º Grau (que substituiu as Varas da Justiça Federal dos Estados – as quais, em São Paulo, havia tido como titulares Magistrados como Hely Lopes Meirelles e Frederico Marques!), os Tribunais Regionais Federais, como instância intermediária recursal regional.

Quatro anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, no impulso do mesmo movimento de reconstrução do arcabouço judiciário brasileiro, a Lei 7.244, de 7.11.1984[6] criara os Juizados Especiais de Pequenas Causas – posteriormente substituído, no âmbito da Justiça Comum Estadual e do Distrito Federal e Territórios, pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099, de 26.9.1995) – acrescentando-se, ulteriormente, os Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais (Lei 10.259, de 12.7.2001) e Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (Lei 12.153, de 22.12.2009).

Em 2005 implantou-se a denominada Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), com efeito gigantesco nos tribunais de grande porte – especialmente decorrentes da extinção dos Tribunais de Alçada nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraná. Reagruparam-se Câmaras, transferiram-se locais de trabalho e de sessões, reorganizou-se de imediato todo o sistema de distribuição de processos, além da imediata movimentação de todos os processos que em alguns tribunais aguardaram distribuição. O que não foi nada, se comparado com o ingente esforço decorrente da necessidade de refazimento de toda a estrutura administrativa dos tribunais – surgindo daí a impossibilidade de deliberação jurisdicional de plenário de tribunais de maior porte, como o do Estado de São Paulo, com 360 Desembargadores.

3. NECESSIDADE DE FUNCIONALIZAÇÃO DO SISTEMA JURISDICIONAL PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES

A organização interna do serviço judiciário pode servir de excelente instrumento para a superação da insegurança jurídica, decorrente da instabilidade normativa, geradora, esta, de verdadeiro *tsunami* de processos perante todos os segmentos da Justiça.

---

[6] Flagrante a superioridade técnica da Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei 7.244, de 7.11.1984) – cujo Projeto foi redigido, com mãos de mestres, entre outros, por Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover sobre a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099, de 26.9.1995), que somente vingou, revogando a Lei dos Juizados de Pequenas Causas, porque acrescentou os Juizados Especiais Criminais e inseriu a antes impensável disponibilidade da ação penal pública, mediante a transação para a suspensão do processo criminal.

A organização dos serviços judiciários deve ajustar-se, fechando os verdadeiros "*ralos*" de escoamento da efetividade, que frustra a formação de precedentes que norteiem a solução dos problemas postos pela sociedade moderna. Essa sociedade nada tem que ver com a sociedade geradora dos litígios à moda da lide individual clássica de Carnelutti, circunscrita às pretensões relativas a bens individuais concretos, como imóveis, heranças e indenizações – inimaginável o largo espectro das demandas coletivas, das questões ambientais, da multitudinariedade consumerista, do dano moral e tantas outras que surgiram após o desenho clássico do aparelhamento judiciário.

Na organização judiciária, conquanto também ela em parte descaracterizada ou convulsionada, repousa em grande parcela a esperança na organização judiciária, naquilo que importa aos usuários da Justiça, que é o quadro básico dos tribunais nacionais, felizmente inalterada em linhas básicas, sobranceira à própria ação do Conselho Nacional de Justiça, conquanto a tenha este desfigurado ao implantar-se acima de toda a estrutura judiciária – mas, felizmente, diferentemente do ocorrido em geral na América Latina sob o influxo do mais perigoso populismo, em que situado como órgão verdadeiro poder autônomo e descontrolado[7], abaixo, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal e por isso submetido ao controle da constitucionalidade de seus atos.

A organização judiciária presta-se à garantia jurisdicional. O procedimento de trilha dos caminhos estabelecidos pela organização judiciária é instrumento de segurança jurídica e, consequentemente, de garantia. Os recursos oferecem mecanismos de depuração dos atos jurisdicionais. A mais que sabida razão de ser dos recursos para algum

---

[7] A implantação dos Conselhos Nacionais de Justiça, sob diversa nomenclatura, constitui, em alguns sistemas (Venezuela, Peru, Paraguai, Bolívia, Equador, países centro-americanos, e em parte Argentina), tradução perversa de similares instituições europeias cuja independência do poder político de momento é garantida por consolidadas democracias, como Itália, Espanha e Portugal. Com efeito, nos primeiros países o Conselho evidencia indisfarçável organismo de controle da Magistratura, com dirigentes nomeados e influenciados pelo poder político e, porque situado acima do próprio Supremo Tribunal Federal ou das novéis Cortes Constitucionais, também em grande parte influenciadas pelo poder político, de modo que o Conselho da Justiça pratica atos, discricionários e em numerosos casos mediante julgamentos por verdade sabida, sem direito a recursos, dispensada, mesmo, a motivação, sob o fundamento de constituírem *organos de la cidadania*!

órgão superior reabre a esperança no julgamento justo, realizado por juízes dotados de mais elevada qualificação e, em geral, maior experiência. Não se vá, aqui, relembrar as diversas razões expostas à saciedade pela doutrina, para a existência dos recursos, garantindo o acesso às correções ou confirmações das decisões judiciais internamente realizadas pelo próprio Poder Judiciário, sem interferência política dos demais Poderes do Estado ou econômico-social de organismos de pressão externa – como entidades não governamentais organizadas, instituições religiosas, a própria mídia quando direcionada e – fenômeno recente – as novas comunicações de massa realizadas pelas atualmente denominadas *novas mídias*, como as diversas redes sociais existentes e ainda por vir.

4. ALGUNS PONTOS DE DISFUNCIONALIDADE

A ordem jurídica pressupõe a interpretação da lei material em sentido congruente para todos os jurisdicionados. A variedade de que se reveste a organização judiciária brasileira em vários pontos vem contra essa congruência. Permite ela, e até incentiva, o grassar de julgamentos contraditórios entre si, incompreensíveis para a sociedade, que diante deles não consegue conter a irrisão, ao mesmo tempo em que a ela adiciona o deficit concreto de desconfiança na Justiça.

Muitos dos pontos críticos que se passará a alinhar em seguida ultrapassam matérias puramente de organização judiciária, lidando também com o próprio modelo processual, especialmente com a disfuncionalidade na formação de precedentes, em que pese o inegável esforço doutrinário e jurisprudencial por prestigiá-los[8].

Passemos à exemplificação com alguns pontos críticos, centrados precipuamente na organização judiciária do sistema judicial nacional e na organização interna dos tribunais, os quais constituem obstáculos de

[8] Sobre formação de precedentes, estacam-se, entre outros, na doutrina, os excelentes trabalhos dos Professores Luiz Guilherme Marinoni, José Rogério Cruz e Tucci, Rodolfo de Camargo Mancuso, tendo também o autor do presente escrito se dedicado ao assunto, principalmente em "Assunção de competência e *fast-track* recursal", in "Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover", São Paulo, DPJ Editora, 2005, págs. 790-799; e "Doutrina de precedentes e organização judiciária", in "Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira", Org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, págs. 473-487.

enorme relevância ao célere deslinde qualificado dos casos e à formação de precedentes estáveis para todo o país.

5. DISFUNCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS

a) Divisão interna em Câmaras ou Turmas de competência concorrente

Tribunais foram feitos para dirimir conflitos e não para alimentá-los. A divisão dos tribunais, sobretudo superiores, em unidades jurisdicionais competentes para a mesma matéria fatalmente conduz à divergência de resultados de julgamentos, inevitável na interpretação dos textos legais. O efeito da divergência é catastrófico para todo o sistema jurisdicional, pois incentiva a prolação de decisões em sentidos diversos em toda a capilaridade dos juízos. E, pior, incentiva condutas diversas na sociedade, as quais, à vista da população, se apresentam, todas, como contrárias à lei.

Se os tribunais, sobretudo os tribunais superiores, não definem clara e firmemente a interpretação da lei, como imaginar que juízes e tribunais e, ainda, o cidadão comum, entontecidos pelas orientações divergentes visíveis no dia a dia, respeitem a lei?

O julgamento colegiado único constitui a chave-mestra de tribunais os mais respeitados no mundo, como as Cortes Supremas dos Estados Unidos, em que a interpretação da Constituição e das leis realiza-se com a participação de todos os seus integrantes, fixando orientação em *stare decisis et non quieta movere*, a que mesmo novos integrantes em regra mantêm respeito, em respeito ao povo, que vem cumprindo os julgados e conferindo estabilidade operacional a toda a ordem jurídica.

b) Falta de especialização

A especialização[9] de unidades internas em tribunais numerosos, como, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do

[9] Sobre especialização recentes, v. *Fernando de Magalhães Furlan*, "Especialização judicial. Uma solução econômica para a administração da justiça". São Paulo: Editora Singular, 2017; Sidnei Beneti, *Especialização judicial*. Palestra na Conferência Nacional da Ordem dos Advogados – Conselho Federal da OAB, São Paulo, 2017 (no prelo).

Trabalho e alguns Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais, é necessária a divisão em unidades de competência restrita, especializada, de modo que elas, e apenas elas do Tribunal, julguem, em nome de toda a Corte, as questões específicas que lhes são submetidas – sem possibilidade de prolongamento à custa de numerosos recursos internos, que tanto instabilizam os julgamentos, além de acarretarem enorme procrastinação do desfecho, pelo qual, mais que os litigantes, toda a sociedade aguarda para a prática jurídica segura.

Não faz sentido impor ao meio jurídico o aguardo de formação de precedentes somente após a trilha longa e desgastante que envolve o julgamento de recursos repetitivos, embargos de divergência e instrumentos assemelhados – como o recurso de revista na área trabalhista.

Por que não julgar direta e claramente, uma só vez, sem a erosão das contradições internas inerentes a toda e qualquer reescrita de julgado por diversos órgãos jurisdicionais? O *Bundesgerichtshof*, o *Bundesverwaltunggericht*, a *Cour de Cassation* francesa e outros tribunais estrangeiros definem de uma vez as questões que lhes são submetidas, ante o pronunciamento de uma – e, repita-se, apenas uma, jamais mais que uma – de suas numerosas unidades jurisdicionais internas, que, quando se manifestam, representam o julgado do próprio tribunal.

E, porque compostas de julgadores especializados – selecionados no meio jurídico, inclusive, tendo em vista a especialização – possuem natural respeitabilidade pessoal nos setores envolvidos, tornando-se juridicamente inquestionável o julgamento, a despeito de, evidentemente, poder prosseguir o inconformismo pelos meios não jurisdicionais, desprovidos do poder de proclamação da segurança jurídica.

É claro que válida e dotada de todos os méritos na atualidade brasileira a utilização de instrumentos de formação de precedentes finais via recursos repetitivos multitudinários, assunção de competência à custa de recursos como os inefáveis embargos de divergência – que acarretam desgastante périplo procrastinatório entre a Corte Especial e as Seções do Superior Tribunal de Justiça. Mas o caminho é longo e desgastante, impondo, aliás, a paralisação de massas enormes de processos nos juízos

e tribunais em geral, até que se cumpra todo o ritual dos julgamentos sucessivos, inclusive internos.

Incompreensível que se usem exclusivamente caminhos mais longos, complexos e tumultuários, quando existe a via mais simples, clara e rápida, já testada por sistemas judiciários do exterior. Afinal, está-se negando o postulado incontestável da geometria de que a linha reta é o caminho mais curto entre dois pontos!

c) A nova fase "aglutinatória" do Direito Processual: insuficiência dos mecanismos atuais

Está na fase que se pode denominar aglutinatória o processo civil contemporâneo, marcada pelas *macrolides*, típico produto da sociedade de massa.

As ondas renovatórias do Direito Processual já ultrapassaram a fase autonomista[10], a de acesso à Justiça[11], a da instrumentalidade do processo[12] e caminham a passos céleres em uma quarta fase, que se pode denominar

---

[10] Iniciada em meados do século XIX, com as obras de Wach e Büllow, e trazidas a nós principalmente por Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman – e aqui implantadas, entre outros, por Pontes de Miranda, Alfredo Buzaid, Frederico Marques, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, Moacyr Amaral Santos, Mendonça Lima, Amílcar de Castro, Celso Neves, Moacyr Lobo da Costa, José Carlos Barbosa Moreira, Arruda Alvim.

[11] Remontando a Mauro Cappelletti, Brian Garth, Michelle Taruffo e toda a processualística brasileira moderna, Ada Pellegrini Grinover, Arruda Alvim, Cândido Dinamarco, Araújo Cintra, Kazuo Watanabe, Humberto Theodoro Jr, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Fátima Nancy Andrighi, e tantos outros.

[12] Iniciada por Cândido Rangel Dinamarco, registrando, entre tantos, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Roberto Bedaque, Flávio Yarshell, Cassio Scarpinella Bueno, Antonio Carlos Marcato, pode-se localizar como subproduto da fase da instrumentalidade o movimento de "processo civil de resultados" (Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro, Humberto Theodoro Jr, Fátima Nancy Andrighi, de que participou o autor deste escrito via Comissão de Reformas do Ministério da Justiça – instalando-se, nessa fase, um período de clara "ansiedade antecipatória", que ainda perdura, iniciado com a antecipação da tutela, impulsionada entre nós especialmente pela obra de Luiz Guilherme Marinoni).

fase aglutinatória[13], em que se insere o autor do presente escrito[14], e que, na reforma do Código de Processo Civil de 2015 chegou a propor novo desenho de acesso aos tribunais superiores, mediante a reestruturação da admissibilidade, por forma direta, suprimindo a desgastante passagem, nos moldes atuais, repita-se, pelas Presidências e Vice-Presidências dos tribunais de origem[15].

No caso brasileiro, mostrou-se insuficiente, conquanto com inegáveis bons resultados no tocante a certas pretensões como a ambiental e a consumerista, o modelo de processo coletivo implantado pela Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24.7.1985). A insuficiência patenteia-se à só observação da pluralidade multitudinária de ações civis públicas no país sobre a mesma matéria. Exemplificando: no caso das pretensões indenizatórias decorrentes de perdas inflacionárias decorrentes dos Planos Econômicos, registraram-se no território nacional mais de 2.000 ações civis públicas! A não previsão de prevenção de um juízo para ações civis públicas constitui uma das explicações para a multitudinariedade, que

---

[13] Vejam-se Kazuo Watanabe – que inventou a fórmula "molecularização de demandas átomas"..., José Rogério Cruz e Tucci, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero desenvolvendo doutrina de precedentes, Araken de Assis, Barbosa Moreira, Roberto Bedaque, Rodolfo de Camargo Mancuso, Teori Zavascki, Eduardo Talamini, e, sobretudo, adotada e impulsionada com toda a força de grandes talentos processuais como por Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim, Athos Gusmão Carneiro, Fredie Didier Jr, Adroaldo Furtado Fabrício, e Bruno Dantas, motores da reforma do processo civil brasileiro consubstanciada no Projeto do Código de Processo Civil de 2015 – e levada ao escrutínio profundo e fundamentadíssimo de Araken de Assis.

[14] Ver Sidnei Beneti, o conceito de *macrolide*, utilizado pela primeira vez em escrito do autor do presente, já referido (v. "Assunção de competência e *fast-track* recursal", cit. supra) e chancelado pela jurisprudência no julgamento dos REsps relativos a perdas em cadernetas de poupança decorrentes dos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II (REsps 1.107.201/DF e 1.147.595/RS).

[15] Ver Sidnei Beneti, "Reforma do Código de Processo Civil e recursos para os tribunais superiores", in: Revista de Informação Legislativa, n. 190, págs. 243-250 (abr./jun. 2011). Infelizmente – o que se compreende – não houve tempo de trabalhar em detalhes um novo sistema de admissibilidade direta, nos moldes do *certiorari* e *leave-to-appeal* norte-americano e anglo-americano, da *permission pour appeller* francesa, de modo que, à premente necessidade de aplicar o novo Código de Processo simplesmente o sistema anterior da admissibilidade na origem veio a ser restabelecido pela Lei 13.256, de 4.2.2018. Resta o conforto do honroso aplauso de Araken de Assis: "a interposição direta desses recursos nos tribunais superiores seria inovação de largo alcance, diminuindo a atividade processual em proveito das partes" (Nota Prévia à 5ª Edição do Manual dos Recursos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013).

prejudica enormemente a definição do mérito, grassando verdadeira aporia, decorrente de julgamentos contraditórios e da inexauribilidade das ações coletivas.

A aglutinação de ações é buscada, pelo novo Código de Processo Civil, desde o início dos processos, em primeiro grau, por intermédio do útil Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas[16], e, nas diversas etapas da fase recursal, via assunção de competência nos Tribunais[17], Súmulas Vinculantes[18] e repercussão geral[19] no Supremo Tribunal Federal e recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça[20].

A visão estrangeira demonstra a imensa utilidade do instituto da aglutinação de ações. Lembrem-se os casos norte-americanos relativos a recentes ações movidas contra a Petrobrás, em decorrência de perdas de acionistas fundadas em prejuízos decorrentes de má-administração, os quais, aglutinados em Juízo Federal de Nova Iorque, logo levaram à composição por acordo, e, ainda, recentes casos envolvendo alterações em leis de imigração e, ainda, o sistema de saúde apelidado "*Obamacare*" – as quais, aglutinadas perante um único juízo federal, levam a decisão uniforme para todo o país.

Entre nós, a título de exemplo, anote-se o julgamento relativo a pretensões sustentadas por numerosos aficionados futebolísticos, em

---

[16] Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, CPC/2015, arts. 976-987.

[17] Assunção de competência, CPC/2015, art. 947. O instrumento foi implantado no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973, art. 555, § 1º, por uma das leis de reforma processual, Lei 10.352, de 2001. À época em que Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, o autor do presente escrito, que integrara a Comissão de Reforma do CPC nomeada pelo Ministro da Justiça, recebeu telefonema do E. Professor Barbosa Moreira, que na Comissão aludida depositara esperanças no sistema, perguntando se teria havido alguma utilização do novel instrumento em São Paulo. A resposta, melancolicamente, teve de ser negativa! Noticiou-se que, depois de deixar o Tribunal de Justiça de São Paulo, o instrumento foi testado, positivamente na Seção de Direito Público do Tribunal, a despeito do número quase centenário de Desembargadores que a compõem.

[18] Súmulas Vinculantes, CF/1988, arts. 102, § 2º, e 103-A, com a redação da Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, regulamentado pela Lei 11.417, de 19.12.2006.

[19] Repercussão geral, CPC/2015, art. 102, § 3º, com a redação da Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, regulamentada pela Lei 11.418, de 19.12.2006.

[20] Recursos repetitivos, CPC/2015, arts. 976-987.

processos ajuizados em várias unidades do território nacional invocando a livre opção de foro por aplicação do Código de Defesa do Consumidor (a condição de torcedores-consumidores) para anulação da perda de pontos pela Associação Portuguesa de Desportos no Campeonato Brasileiro de Futebol. No caso, em julgamento de Conflito de Competência pela 2ª Seção do STJ[21] foi determinada a competência de um único Juízo, ou seja, o do local da sede da entidade organizadora do certame esportivo, para o julgamento de todas as ações, cancelando-se liminares concedidas por outros juízos – tanto estaduais, como federais, como, ainda, de juizados especiais.

d) Monocratismo e descolegialização dos tribunais

Os sistemas não devem prever decisões monocráticas em tribunais, salvo liminares, de preferência da competência da Presidência ou Vice-Presidência da Corte somente. Assim sempre foi no sistema brasileiro, seguindo a regra de que juízes singulares decidem em primeiro grau e tribunais julgam colegiadamente em segundo grau ou em tribunais superiores.

O monocratismo desenfreado deve-se à série de reformas do Código de Processo Civil de 1973. Com a melhor das intenções, dinamizadora dos julgamentos no tocante a teses assentes ou matérias evidentes, sobretudo para o não conhecimento ou improvimento de recursos, é que veio a instituir-se legalmente o julgamento monocrático.

Algumas vozes levantaram-se contra a novidade descolegilizadora. No Superior Tribunal de Justiça, notória a posição do Ministro Peçanha Martins, com a larga experiência de julgador e anteriormente de Advogado[22]. Por esses e por outros motivos (como o alongamento

---

[21] CC 133.244-RJ.

[22] Escreveu Peçanha Martins: "O duplo grau e a revisão coletiva das sentenças figuram dentre as maiores conquistas da humanidade. A história da ciência processual o revela como aspiração dos povos mais primitivos, na ânsia e sede por justiça. E o Brasil os conhece desde a colônia, sob o império das leis portuguesas, as célebres ordenações, substituídas em grande parte pelo regulamento baixado pelo Decreto 737, fonte principal das instituições processuais brasileiras". (...)

do desfecho do recurso mediante irrecusáveis incidentes processuais ulteriores ao julgamento monocrático, como a interposição de embargos de declaração, agravo regimental e possivelmente novos embargos de declaração...) é que, enquanto Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, jamais julgamos agravos de instrumento ou apelações por decisões monocráticas, mantendo o pautamento para julgamento colegiado – que em nada onerava as sessões.

O efeito perverso do monocratismo veio, como era previsível, com a instituição, pelo Código de Processo de 2015, da obrigatoriedade de pautamento do agravo interno subsequente, com concessão de oportunidade a sustentação oral e precedido de intimação prévia, que se tornou alongada, com o novo sistema de contagem dos prazos processuais por dias úteis (CPC/2015, art. 219)[23].

Da decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo, cabível originariamente nas decisões interlocutórias e não de mérito. Ora, nos agravos não se admite a defesa oral. E assim sendo não mais será ampla a defesa. Disso resulta que, em se concretizando o julgamento monocrático pelo Relator, o advogado não terá oportunidade de promover a defesa oral. O julgamento do agravo se fará com a apresentação do processo em mesa, proferindo voto" ("A reforma no art. 557 do CPC: Inconstitucionalidade e ilegalidade", in: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, n. 5, jan.-jun. 2000, págs. 53 e 57).

[23] A contagem dos prazos processuais somente por dias úteis, que materializou, no Código de Processo Civil de 2015 (art. 219) constitui – até onde pudemos pesquisar – peculiaridade única brasileira única no mundo! Afinal, se a questão, como tanto justamente afligia Advogados, eram os terríveis inícios de prazo nas 6ªs feiras e vésperas de feriados, o praticamente eliminava o necessário repouso e dedicação à família e outras atividades no fim de semana e feriados, teria sido muito simples eliminar o problema mediante disposição no sentido de que, ocorridas intimações nessas condições, o prazo começasse a correr no primeiro dia útil seguinte ao fim de semana ou feriado, em vez de alterar todo o sistema de contagem de todos os prazos, com o embutimento de pausas de difícil detecção e controle em seu transcorrer. Instaurou-se o tormento de descobrir, controlar e comprovar nos autos todos os feriados estaduais e municipais e imponderáveis ocorrências havidos durante a duração de todo e qualquer prazo, por vezes longo, para as partes, quando, antes, essa espécie de problema limitava-se aos dias de início e de término dos prazos! Isso sem falar no consequente alongamento da vida dos processos e outros percalços, como o prazo maior para a designação de sessões de julgamento com observância de prazos de intimação prévia antecedentes, contados por dias úteis.

e) Duração de liminares monocráticas

Liminares compõem o largo espectro das tutelas de urgência ou de evidência. Devem, evidentemente, ser concedidas, nas situações em que se mostrem de rigor. Mas não faz sentido que, uma vez concedidas em tribunais, por julgamentos monocráticos de um dos Relatores, permaneçam em vigor longamente sem a confirmação ou cancelamento da liminar pelo corpo colegiado a que pertence o relator.

O caso mundial talvez mais emblemático de concessão de liminar e submissão imediata ao julgamento colegiado, talvez se situe na concessão de liminar pelo Juiz Douglas, da Corte Suprema dos Estados Unidos, para a suspensão dos bombardeios do Camboja pela Força Aérea dos Estados Unidos. Deferida, contudo, a liminar, seguiu-se a imediata consulta, pelo Juiz Marshall, inicialmente competente para o caso, a todos os magistrados da Corte, então em recesso, seguindo-se a cassação da liminar, de modo que os bombardeios não pararam um dia sequer[24].

f) Pedidos de vista obstrutivos de longa duração

Na atividade jurisdicional colegiada inimaginável o que se convencionou denominar "*vista obstrutiva*", isto é, pedido de vista, subsequente ou antecipado, que paralisa o para impedir o prosseguimento do julgamento até a devolução à mesa pelo julgador com vista do caso.

Jamais se questionou a validade e a importância em si do pedido de vista, no sistema brasileiro de formação da vontade colegiada, caracterizado pela distribuição prévia do caso ao Relator – por vezes também seguindo-se um Revisor – sem a visão anterior do caso pelos demais componentes do órgão colegiado, os quais somente passam a ter conhecimento do processo com o relatório e voto do relator na sessão de julgamento. Para integrantes do colegiado, votar sem conhecimento do caso sem dúvida significa trair a responsabilidade de bem votar. Barbosa Moreira, com a acuidade de sempre, bem reprova várias vezes a precipitação do voto: "Não tendo

---

[24] Ver "Por detrás da Suprema Corte", de Bob Woodward e Scott Armstrong, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1985, págs. 363-365.

meios de esclarecer-se em tempo hábil, antes que se encerre o julgamento, o juiz em dúvida votará 'no escuro', ou se ausentará do recinto, ou pedirá vista dos autos – e qualquer das opções poderá influir decisivamente no desfecho do julgamento"[25].

No Parlamento, o pedido de vista pode ter caráter obstrutivo da votação – o que comumente ocorre em meio à formação da vontade política, evidentemente não motivada, de modo que perfeitamente admissíveis adiamentos para consultas a bancadas, celebração de acordos partidários, levantamento de posições previamente à votação, consulta a assessorias ou setores envolvidos.

No colegiado judiciário, contudo, assim não ocorre. Iniciada a sessão de julgamento, cumpre julgar, votando. O ato colegiado, nesse ponto, apenas difere da sentença ou decisão de primeiro grau porque é resultado do lavor intelectual de vários julgadores. No mais, concentra-se, como o do juiz singular no momento em que estuda o caso, elabora e subscreve a sentença ou decisão.

O pedido de vista, aliás, decorre em grande parte do procedimento interno da sessão de julgamento típico do processo brasileiro, em que o caso não é previamente analisado por todos os votantes da sessão, mas apenas pelo Relator e Revisor, quando houver. Em sistemas de maior qualificação prévia do julgado colegiado, em que cópias das peças do caso são distribuídas a todos os integrantes da sessão de julgamento no momento de ingresso do processo, todos os julgadores podem, e devem, ir se preparando para o julgamento. Realizam-se, aliás, em alguns sistemas, as "*conferences*", "déliberations" ou "*Versammlungen*" reservadas entre os julgadores, antes da sessão de julgamento.

No caso brasileiro, análogo proceder, de conhecimento e exame prévio do caso, pode atualmente realizar-se, dada a disponibilização eletrônica de todo o processo já ao início, porque digitalizado[26], tornando

---

[25] Barbosa Moreira, "Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado", in: Temas de Direito Processual, Sétima Série, São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 153.

[26] O sistema de distribuição a um relator para preparação prévia de um voto bem se compreendia ao tempo em que os autos eram únicos, em papel, com dificuldade de extração de cópias – dificuldade

evitáveis muitos pedidos de vista – não todos, ressalve-se, porque no debate, que no Brasil é público, por mandamento constitucional, podem surgir novas dúvidas, apenas sanáveis com pedidos de vista, que, na realidade, não possuem nada do antigo pedido de "vista" dos autos, transformando-se, contudo, em pedidos de "tempo" para analisar e pensar! Aliás, diante de consistente voto-vista, pode mesmo ocorrer a reconsideração de algum voto anterior, que não tenha considerado algumas circunstâncias ressaltadas pelo voto-vista, reconsideração essa que, aliás, não é tão raro acontecer e verdadeiramente dignifica a qualificação jurisdicional de quem, diante de novos argumentos, reconsidere o voto, explicitando, motivadamente, o porquê de o fazer.

De qualquer forma, pedidos de vista devem implicar devolução à mesa de julgamento na sessão subsequente – ou, no máximo, seguinte à subsequente – para que não se trunque a fluidez do julgamento. Registram-se, contudo, infelizmente, pedidos de vista que implicam paralisação do julgamento por meses ou, mesmo, vários anos, até mesmo beirando o decênio e, o que é mais grave, quando praticamente já consolidada a vontade colegiada majoritária em determinado sentido, que dificilmente seria alterado diante dos argumentos, por melhores que sejam, de eventual voto-vista discordante.

g) Exigência de quórum qualificado na formação de precedentes

Os julgamentos colegiados possuem, todos e sempre, o próprio quórum qualificado, que é o da maioria absoluta dos integrantes do órgão colegiado. Que seja por diferença de um voto, já se terá por formado o quórum, qualificado pelo fato irrecusável e matemático da maioria absoluta. Não há razão para a importação do mecanismo do quórum qualificado especial, típico do Poder Legislativo, para votação de determinadas matérias, como a constitucional.

Sem dúvida a instituição de quórum qualificado nutriu-se do

---

que, na praticidade de alguns sistemas contornou-se simples mediante a exigência de fornecimento de cópias aos recorrentes, tantas quantos os julgadores do caso, como se faz, aliás, entre nós, no processo arbitral.

elevado propósito de construção de julgamento forte, apto a impor-se a toda a sociedade e a todo o sistema jurisdicional. É o que ocorre, por exemplo, com as reservas de plenário (CF, art. 97[27]) e com a emissão de Súmulas Vinculantes, mediante votação de dois terços dos integrantes do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103-A[28]).

O efeito perverso, entretanto, como é notório, ronda as melhores intenções e se instala a corroê-las, produzindo sentido exatamente contrário. É o que ocorre com o curioso fenômeno de sentirem-se, os julgadores vencidos em julgamentos tomados por maioria absoluta, mas não qualificada por quórum especial prescrito, sentirem-se liberados de, em julgamentos futuros, observarem a decisão da maioria anterior, fato de que se origina forte cizânia interpretativa, incompreensível para toda a sociedade, que pensa, como regra de senso comum, que, uma vez já pronunciado o julgamento – ainda que por exígua maioria – a questão está julgada, devendo ser seguida por todos, inclusive e principalmente pelos julgadores cujos argumentos não prevaleceram.

A desqualificação de julgados do Tribunal, pelos próprios integrantes do Tribunal, em última análise incentiva o descumprimento não somente do julgado, mas de toda e qualquer disposição legal, ferindo de morte a higidez da própria ordem jurídica. Por mais que se expliquem pormenores técnicos de julgamentos, jamais se conseguirá afastar a imagem de descumprimento, por integrante de um tribunal, de decisões do próprio tribunal. A imagem pública, objetivamente, é de descumprimento

---

[27] A Súmula Vinculante 10/STF tornou ainda mais drástica a reserva de plenário: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

[28] CF, art. 103-A, com a redação da Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004.: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei". O dispositivo foi regulamentado pela Lei 11.417, de 19.12.2005.

do julgado e, consequentemente, da lei. A solução para a questão de consciência, como é bem sabido, é a de obedecer ao julgado, ressalvando, embora, o próprio entendimento.

h) Julgamentos sem composição completa da Corte

Os julgamentos colegiados devem ser realizados pela composição completa da Corte, salvo impedimentos ou suspeições legalmente reconhecidos. Mesmo decorrências de enfermidades passageiras não devem desfalcar a presença de integrantes da Corte, podendo superar-se com a remarcação de sessão. É da experiência comum a constatação de que a presença ou ausência de um julgador que seja, pode afetar o sentido do julgamento. Deve a Corte competente – Câmara, Turma, Seção ou outras denominações, julgar completa, para a maior segurança e credibilidade do julgado, não só para os litigantes, mas para toda a confiança pública no sistema de Justiça.

Barbosa Moreira, examinando a ocorrência de ausências circunstanciais, no caso de dificuldades de acesso ao edifício da Corte, adverte: "A ausência deste ou daquele juiz que se atrase, ou que se retire mais cedo para evitar demora indesejável na volta para casa, influirá decisivamente no resultado de tal ou qual votação, e portanto na sorte de tal ou qual processo[29]".

i) Pautamento automático à liberação do voto pelo Relator ou Revisor

Transferência do exemplo do processo legislativo para o Supremo Tribunal Federal – e podendo ser que também para alguns outros tribunais – consiste no pautamento pelo próprio Presidente do Tribunal, uma vez liberado o processo pelo Relator, ao contrário do sistema judiciário correntio, que é a inclusão em pauta realizar-se automaticamente pela Secretaria do Tribunal, uma vez devolvido a ela o processo pelo Relator ou Revisor.

---

[29] Barbosa Moreira, "Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado", in: Temas de Direito Processual, Sétima Série, São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 148.

Cria-se um hiato desnecessário e nocivo, à espera do pautamento pelo Presidente. As partes evidentemente se movimentam. Peticionam novamente, buscam obter a inclusão do caso mais cedo ou mais tarde na pauta de julgamento.

O melhor, sem dúvida, é, uma vez liberado o processo pelo relator ou revisor, incluir-se na pauta por ato automático da secretaria. Uma vez liberado o caso pelo relator ou revisor, o processo, no rigor dos princípios processuais, pertence ao colegiado. A este, em sessão de julgamento, ainda que com centenas de casos, é que compete determinar preferências de julgamento, mediante a ponderação dos casos pelos seus integrantes.

j) Deficit de convergência em motivações e dispositivos de julgamentos

Ponto da maior importância nos julgamentos colegiados nacionais, inclusive dos tribunais superiores, consiste na opacidade resultante de longas digressões em votos extremamente alongados, fenômeno agravado na atualidade pela facilidade das "colagens" de transcrições doutrinárias ou jurisprudenciais. A opacidade agrava-se no caso de prolação de vários votos, muitas vezes faltos da conexão de claro ponto comum prevalecente na formação da vontade colegiada final.

Sem dúvida outros sistemas são dotados de maior praticidade e clareza. É o que ocorre em sistemas de formação de vontade colegiada que prescindem de um relator, mas em que todas as peças do processo circulam previamente entre os integrantes do corpo colegiado, sem prévio estabelecimento de relator, para, após a necessária discussão, construir-se um texto comum a todos os julgadores, subscrito também por todos, de modo que não haja ensejo de confrontação de um voto com outros – salvo, sempre, o caso de votos divergentes.

Em outros sistemas não existe o relator, mas, sim, um redator final para o julgado, designado após a deliberação e decisão, nas mais das vezes o próprio Presidente da Corte. São conhecidos os cuidados redacionais extremos de tribunais estrangeiros a respeito. Daí a consistência dos julgados, aptos a permanecer válidos por anos a fio, porque esgotadas, nas próprias sessões de discussão e votação, as possibilidades de contrastamento.

Nesses sistemas outros, aliás, praticamente impensável sobrar espaço para embargos de declaração, pedidos de esclarecimentos e recursos internos subsequentes, de modo que, ao mesmo tempo em que mais se qualificam, também se acelera o atingimento do resultado final do caso.

k) Obscuridade ou incongruência de ementas

As ementas tornaram-se obrigatórias para os Acórdãos em todos os tribunais brasileiros, transpondo-se aos tribunais, também nesse ponto, uma disposição do processo legislativo[30]. Eram inexistentes como escritos oficiais, limitando-se ao trabalho editorial para índices, até a Reforma do art. 563 do CPC/1973 pela Lei 8.950/94[31].

Ementas tornaram-se um mal necessário no sistema brasileiro, mas são extremamente nocivas quanto à qualidade do julgado e à própria compreensão. Porque a dupla redação – no corpo do texto e na síntese da ementa – leva muitas vezes esta, a ementa, a termos que não representam exatamente o veio central da motivação e decisão do julgado. E, de qualquer forma, grande o risco de redigir duas vezes sobre o mesmo tema. A duplicidade, ademais, de redação da ementa e corpo do julgado fornece mais um elemento para o espiolhar pretensas incongruências no julgado.

Como na prática jurisdicional, tanto de julgadores como de advogados, a maioria das vezes o precedente é referido exclusivamente pela transcrição da ementa, daí se seguem a dispersão, o equívoco, a incompreensão do caso anotado como precedente, com efeitos verdadeiramente catastróficos para a sequência de novos julgamentos. Nessa matéria situa-se enorme foco de injustiças, pela aplicação de precedentes

---

[30] Art. 5º da Lei Complementar 95, de 26.2.1958: "A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei".

[31] Art. 563 do CPC/1973, com a redação da Lei 8.950/94: "Todo acórdão conterá ementa". Como, ao início da vigência da lei, não se anulavam Acórdãos desprovidos de Ementas, nos Acórdãos de que Relator no Tribunal de Justiça de São Paulo, abstivemo-nos de lançar ementas, o mesmo ocorrendo com outros Desembargadores, recordando o proceder idêntico de um cuidadosíssimo julgador, o E. Desembargador Gonzaga Franceschini. Ao fim, embora antevendo os perigos do indeterminado *ementarismo*, passamos, também, discordando embora da orientação, a ementar – por obrigação de cumprimento da lei.

apenas lembrados pela ementa, no tocante a outros casos que a rigor não se ajustam aos casos referenciados.

Todo o meio jurídico está cansado de saber que o ponto é gerador de enorme dose de inconformismo com julgamentos e desefetivação da imagem jurisdicional, problema que os próprios embargos de declaração estão longe de solucionar.

Se algumas medidas de "enxugamento" da massa imensa de recursos chegar um dia a produzir resultados, será o caso de suprimir a inserção oficial de emendas nos julgados, para que, como se fazia sem maiores dificuldades antes da instituição da obrigatoriedade, imporem-se a leitura e a confrontação integral de cada Acórdão, para a confrontação mais qualificada do caso com o precedente invocado ("*distinguishing*"), restando as ementas como assunto para a área editorial, na elaboração de índices para busca de precedentes.

Ademais, nem mesmo para índices de jurisprudência servirão as ementas no futuro, pois, com a incorporação do processo eletrônico e a divulgação de julgados nos "sites" dos tribunais e publicações especializadas, certamente as buscas de precedentes progressivamente se farão pelos meios eletrônicos automáticos de pesquisas, para os quais já existem, aliás, *softwares* e serviços de busca especializados, os quais irão mesmo aposentar o uso amador de teclas como a de "*search*" dos computadores de trabalho.

Não é por acaso que os julgados da Corte Suprema dos Estados Unidos não contêm ementas oficiais. Ao contrário, na "syllabus" que encima os julgados, vem clara advertência de que a pretensa ementa não constitui parte do julgado, tendo sido preparada pelo "Reporter of the Decisions[32]" para a conveniência do leitor[33].

---

[32] O *Reporter of the Decisions* constitui serviço administrativo, nada tendo em comum com o Relator, do processo civil brasileiro. Com efeito, "Person who transcribes by shorthand-, stenographicalli takes down, or electronically records testimony during court proceedings" (...) "A repórter may also constitute the person responsible for publication of the opinions of the court; sometimes called 'Reporter of Decisions'"(Blacks Law Dictionary, "Court Reporter".

[33] Eis a nota no livreto de publicação de cada julgado da corte: "This syllabus constitutes no part of the opinion of the Court but has been prepared by the Reporter of decisions for the convenience of the reader. See United States v. Detroit Timber & Lumber Co, 200 U.S. 321, 337".

6. DISPERSÃO NAS INSTÂNCIAS INFERIORES

a) Inexistência de especialização para matérias técnico-específicas

Alguns temas, extremamente especializados, necessitam de juízos nelas experientes já em primeiro grau. Alguns exemplos: juízos insolvenciais, societários, de direitos autorais, de propriedade industrial, tributários, de improbidade administrativa, além, evidentemente de família e sucessões e vários outros.

A necessidade de especialização é intuitiva. A sociedade tornou-se especialmente complexa. É preciso que não só juízes, mas também todo o equipamento judiciário, seja especializado. A comparação é clara: quando necessitamos de tratamento de saúde, vamos a profissional médico especializado. O mesmo ocorre com as diferentes espécies de lides – que, nesse ponto, equiparam-se a verdadeiras enfermidades da sociedade, para as quais deve haver atendimento por profissionais especializados.

Uma advertência: não é preciso criar juízos especializados de competência exclusiva, destinados a uma só matéria. Pode não haver número de ações de monta sobre determinados assuntos – como, por exemplo, propriedade industrial. Nesse caso, pode a competência de um Juízo ser cumulativa com outra matéria, por exemplo, direitos autorais. O número de feitos, constante das estatísticas judiciárias, em boa hora aperfeiçoadas e padronizadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Tribunais, deve nortear a criação de juízos especializados de primeiro grau, podendo, mesmo, ser regionais, para mais de uma Comarca ou outra divisão judiciária.

b) Demora decorrente da compulsoriedade da conciliação prévia

O sistema processual, firmado nas bases doutrinárias mais respeitáveis e elogiáveis – que contam com o aplauso do autor do presente escrito[34] – veio a tentar instituir um esboço de "case management" no novo

[34] O autor integrou com a competente Ministra Nancy Andrighi e a saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover e outros Juristas, Comissão instituída pela Escola Nacional da Magistratura,

processo civil brasileiro, instituindo a mediação obrigatória (CPC/2015, arts. 3º, §§ 2º e 3º; 165 e segs.; 139, V; Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação).

Em que pesem os inegáveis bons resultados da mediação em numerosos casos, a obrigatoriedade da mediação prévia, *ad nutum* de um só dos litigantes, certamente o que deseja a maior demora do processo, contém exagero. A prática jurisdicional a vem, com razão, dispensando, em casos em que se antevê absolutamente infrutífera. Mas o sistema dispendioso, com criação de numerosos cargos e realização de obras estruturais pelos Tribunais, implantou-se, quiçá irreversivelmente, restando à organização judiciária a tarefa de aprimorá-lo, aproveitando a estrutura e os evidentes bons propósitos dos profissionais que atuam na área, visando à realização da Justiça conciliatória, por todos desejada.

c) Insuficiência da sintonia do 1º Grau com Tribunais Superiores

O instrumento aglutinatório consistente no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (CPC, arts. 976-987) deve ser incentivado. Constitui ele o instrumento nacional de aglutinação de ações que contenham a mesma lide perante um único juízo, a fim de atingir o uniforme julgamento da controvérsia.

Nesse sentido, aliás, vem sendo despendidos esforços pelo Conselho Nacional de Justiça. Saliente-se, no Superior Tribunal de Justiça, o trabalho de coordenação, inclusive no âmbito nacional, que vem sendo realizado por parte do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino[35].

---

para elaboração de Projeto de Mediação Incidental. Mas o sistema afastou-se muito da proposição original. Alargou-se muito, tornando-se, a mediação prévia imaginada, podendo constituir-se em instrumento de procrastinação processual, ante a obrigatoriedade instituída sob a voluntariedade exclusiva e imotivada de uma das partes – eventualmente nutrida de intenção procrastinatória. Além disso, o sistema atribuiu ao Poder Judiciário o considerável ônus econômico de implantação, com criação de novos cargos, treinamento e nomeação de grande quantidade de novos profissionais (no geral, aliás, imbuídos dos melhores propósitos), conciliadores e serviços auxiliares, quando o orçamento do Poder Judiciário já é gravoso por tantos outros gastos primários obrigatórios, decorrentes da atividade jurisdicional propriamente dita, que é a de julgar efetivamente os processos ajuizados, em que as partes não realizam a conciliação nem mesmo perante o juiz nas audiências.

[35] V. Resolução 235/16, Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP). No STJ organizou-se, via sucessivas disposições regulamentares, sistema de filtragem de recursos repetitivos (cf.

Mas as conexões entre a 1ª Instância, Tribunais e Tribunais Superiores ainda necessitam de incremento, a fim de construir o grande sistema nacional de aglutinação de demandas repetitivas, de modo a eliminar a grande massa de processos absolutamente desnecessários, porque repetidos, bastando o julgamento de um só deles para a composição da lide relativa a todos.

d) Liminares de longa duração

O processo civil brasileiro registra, na atualidade, verdadeira febre de ansiedade antecipatória. Dessa ansiedade resulta a prodigalização de liminares, muitas das quais paralisantes de atividades relevantes, na área pública ou privada, as quais passam a aguardar o desfecho de algum recurso ou outro instrumento processual, que possua o efeito alimpador da liminar.

Não é fácil para o juiz, que concede a liminar, recusá-la, ante a urgência com que os casos se apresentam, sem possibilidade de demora na decisão. Pense-se nas hipóteses correntias de paralisação de concorrências públicas devido a alegações de ilegalidade ou improbidade administrativa, de adiamento de início de obras devido a alegação de violação ambiental, de pretensão ao fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias e tratamentos médicos – e tantas outras. A possibilidade de concessão de liminar, para exame ulterior mais aprofundado do caso é real e milita fortemente em prol da liminar.

O efeito negativo para o processo não consiste, em regra, no deferimento da liminar, mas na muitas vezes longa duração, em muitos casos por anos a fio – enquanto o caso sobe todos os degraus recursais, para um dia terminar com o julgamento do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

NAPRE, Res. 5/2006, Pres. Raphael de Barros Monteiro; NUPRE, Res. 4, Presidente Humberto Gomes de Barros; NURER, Res. 5/2013, Presidente Felix Fischer; Res. 160/2012, NURER e 235/2016 (NUGEP). A Emenda Regimental 24/2016 disciplinou o sistema. Honroso encargo atribuído ao autor deste escrito foi a sugestão e implantação do NURER, quando na Presidência da 2ª Seção iniciando trabalho que culminou, depois, com a Emenda Regimental 24/2016.

Mecanismo simples para afastar esse caráter nocivo da longa duração de liminares consiste na fixação de prazo de validade, alternativa melhor do que a da submissão a confirmação por um Tribunal, o que viria a sobrecarregar os tribunais, em momento histórico em que já se encontram açambarcados de recursos.

O Código de Processo Civil vigente determina a validade da tutela provisória na pendência indeterminada do processo (CPC/2015, art. 296). Um prazo poderia – e deveria – ser fixado por lei, à moda da duração da liminar em mandado de segurança, há tempos estabelecida, mas que atualmente deve ser aperfeiçoada, pela Lei 4.348, de 26.6.1964, que determinava o prazo de 90 dias, prorrogáveis por mais 30 dias"[36].

e) Reajuste sistemático dos Juizados Especiais Cíveis

Juizados Especiais Cíveis, isto é, os atribuídos à Justiça Estadual, não se incluindo os da Justiça Federal, regidos por disciplina diversa presidida pelo caráter público cogente das normas aplicáveis, necessitam urgentemente de reformulação.

Uma de duas: ou os Juizados Especiais Cíveis se inserem no sistema judiciário da Justiça Comum Estadual, transformando-se em Varas de Pequenas Causas[37], para submissão à aplicação da lei federal uniformemente com as Varas que o integram, ou prosseguirá a opção ao sabor do autor, por um ou outro sistema, o que lhe parecer mais favorável, circunstância de que resulta a pluralidade de entendimento na interpretação da lei federal.

---

[36] Lei 4.348, de 26.6.1964, art. 1º, "b". "A medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação". A disposição não constou da vigente Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016, de 7.8.2009, cujo artigo 29 expressamente a revogou), de modo que, mesmo no mandado de segurança, a liminar passou a produzir efeitos até a prolação da sentença (Lei 12.016, de 7.8.2009, art. 6º, § 3º), com evidente incentivo a buscar a maior duração do processo por quem beneficiado por uma liminar! Caso típico de dispositivo legal procrastinatório – como tantos outros veem sendo inseridos na legislação mais recente, a despeito de todas as eloquentes afirmações em prol da efetividade e da celeridade dos processos.

[37] Como ocorre nos modelos do exterior: *Small Claims Courts* nos Estados Unidos, *Cour de Petites Créances* no Québec.

A criação de Turmas de Uniformização de Jurisprudência, utilíssimas e necessárias no âmbito dos Juizados Especiais Federais, não se evidencia como solução para o problema. Em que pese a enorme dedicação de seus integrantes na solução da massa gigantesca de casos por uniformizar, tem-se, afinal de contas, apenas criado mais um degrau inútil para que as teses subam à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, após a remessa a este, via conflitos de competência[38], pelo Supremo Tribunal Federal[39].

A questão da criação de Turmas de Uniformização de Jurisprudência, aliás, foi posta sob decisão da Plenária do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu, pela criação de aludidas turmas. Na ocasião, o autor do presente escrito votou vencido, acompanhando a divergência instaurada pelo E. Ministro Marco Aurélio Buzzi, com a larga experiência de haver sido Presidente do FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais, e seguido por expressivo número de integrantes do Tribunal.

Em que pese o respeito aos fundamentos expostos por respeitados e competentes Ministros então vencedores, continuam válidos os fundamentos à época expostos em voto vencido, no sentido da reformulação completa dos Juizados Especiais Cíveis (não os Juizados Especiais Federais), para o retorno à pureza com que se implantaram os Juizados de Conciliação e Pequenas Causas[40].

A proposta, que se insiste em ter por restabelecedora dos princípios que nortearam a trazida para o Brasil do sistema de Juizados de

---

[38] Já se registrando até mesmo Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas relativos aos Juizados Especiais Cíveis, p. ex., IRDR 20160020245629 – RJ.

[39] REsp 571.572-BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 14.9.2009.

[40] A sugestão então formulada em voto vencido era a seguinte: retorno ao sistema da Lei 7.244, de 7.11.1984, isto é: (i) competência apenas em razão do valor (propondo-se 40 vezes o salário-mínimo), eliminando-se a competência *ratione materiae* (que vinha do art. 275, II, do Cód. de Proc. Civil de 1973, em má-hora incorporada aos Juizados Especiais Cíveis (trazendo questões de enorme complexidade e grande capacidade multitudinária para os juizados); (ii) reserva de jurisdição apenas mediante concordância de ambas as partes; (iii) admissão expressa do julgamento por equidade, de modo que, dada sua elasticidade nutrida do senso comum, estaria eliminada a possibilidade de questionamentos à luz da legislação federal e, portanto, findando os casos ao julgamento dos órgãos recursais do próprio juizado (Lei 9.099, de 26.9.1995, art. 41), aos quais se submeteriam os recursos, interponíveis imediatamente após a prolação da sentença, sempre na própria sessão, para novo julgamento pelo órgão recursal, em sala ao lado!

Pequenas Causas, por lei em todos os termos exemplar e tecnicamente muito superior à Lei 9.099, de 26.9.1995, foi, infelizmente, vencida[41], havendo sido simplesmente aprovada a criação de Turmas de Uniformização da Jurisprudência para as matérias em princípio transacionáveis dos Juizados Especiais Cíveis, em tudo diversas das matérias indisponíveis, porque de ordem pública, dos Juizados Especiais Federais.

f) Decisões liminares em plantões judiciários

A experiência judiciária vem noticiando à utilização, em alguns casos, do plantão judiciário para buscar a obtenção de liminares favoráveis, devido a orientação anteriormente conhecida de Magistrados plantonistas, ou decisões incidentais que, fundadas na aludida orientação conhecida do Magistrado plantonista, alterem decisões do Juízo já antes determinado pela distribuição do processo como competente.

Seria o caso de se prever a execução de liminares concedidas em plantão somente após a ratificação pelo juízo competente por subsequente distribuição após o período de não funcionamento normal dos serviços judiciários, ou submissão à confirmação pelo juízo a que anteriormente distribuído o processo.

Naturalmente deve ser assegurada a concessão, no plantão judiciário, de medidas apenas garantidoras da execução concreta futura da medida pleiteada, caso deferida pelo juízo competente – o que pode, na quase totalidade dos casos, ser operacionalizado por intermédio daquilo que há décadas se denominou "liminar cindida", isto é, apenas asseguradora da concretude no caso de confirmação futura. Quem tenha memória histórica da vida judiciária bem se lembrará da maestria com que um grande Juiz de Vara da Fazenda Nacional de São Paulo, o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles agia ao por vezes cindir as liminares em mandados de segurança,

[41] Ver Plenária do STJ, 9.5.2013, Proc. CF-PCO 2012/00191 – Projeto de Lei: Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal.

garantindo a situação concreta até a vinda das informações da autoridade impetrada[42].

7. ENCERRAMENTO

O presente escrito naturalmente pretendeu salientar alguns pontos, cuja meditação se impõe em época de "aglutinação" de processos, necessária à efetividade da Justiça, com a melhor qualidade no país.

Algumas referências e sugestões relativas a matérias atinentes à consistência dos julgamentos e decisões, como as referentes ao desenrolar de sessões de julgamento, atuação de relatores e demais integrantes dos tribunais, especialização, liminares e plantões – e várias outras – ajustam-se ao objetivo de obtenção de julgados que, em última análise, se tornem consistentes, fornecendo a ansiada segurança jurídica na área jurisdicional. A aglutinação de processos multitudinários, contudo, constitui pressuposto do atingimento dos objetivos parciais.

A exposição desses vários pontos, as observações críticas e as sugestões oferecidas não pretendem ser absolutas e definitivas. Constituem, em verdade, apenas realces para a busca da superação de deficits do sistema atual de prestação jurisdicional. Se os pontos alinhados merecerem alguma consideração no aprimoramento do sistema jurisdicional, estará cumprida a finalidade.

Em volume comemorativo de efeméride de tamanha monta no meio jurídico nacional, referente ao Superior Tribunal de Justiça, é o que basta. Afinal, "*Fata viam invenient*"[43]!

---

[42] Em certa época da carreira, quando Juiz Titular de Vara da Capital de São Paulo, convocado para auxiliar na Corregedoria Geral da Justiça e da Presidência do Tribunal (Gestões do Desembargador Bruno Affonso de André), o autor do presente escrito foi o primeiro Magistrado designado pelo Conselho Superior da Magistratura para decisões de urgência à ausência de qualquer Juiz de 1ª Instância da Capital. Muitas vezes a cautela da cisão de liminares, apenas para garantia a execução caso deferida pelo juízo competente, veio a tranquilizar o meio jurídico e a impedir o uso malicioso do sistema de plantões judiciários. Cessando a designação ante a promoção ao Tribunal de Alçada, o sucessor, Juiz Heitor Mello do Prado, dotado de largo discernimento e grande respeitabilidade, adotou idêntica orientação.

[43] "Os destinos encontrarão seu caminho" (Vergílio. *Eneida*, III, 395).

Ministros de Hoje

O Bitcoin e sua Corretagem: Análise da Criptomoeda à Luz da Jurisprudência do STJ

Nancy Andrighi
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

O BITCOIN E SUA CORRETAGEM: ANÁLISE DA CRIPTOMOEDA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Ministra Fátima Nancy Andrighi

1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar alguns dos aspectos juridicamente relevantes da criptomoeda chamada "Bitcoin", a qual por ser a primeira a ganhar notoriedade, mostra-se ainda a mais importante, embora esteja longe de ser a única criptomoeda existente.

Em especial, este artigo destina-se a apurar uma reação aparentemente comum, por parte das instituições financeiras, ao detectarem que um de seus clientes atua na corretagem desse tipo de moedas virtuais. Trata-se da resilição unilateral, promovida pelos bancos, do contrato de conta-corrente, alegando a ausência de interesse comercial na manutenção da relação contratual.

Esses conflitos foram trazidos para a apreciação judicial, pois as corretoras de criptomoedas têm ajuizado ações em que pleiteiam a continuidade do contrato de conta-corrente. Como regra, as corretoras argumentam que a incidência das normas de defesa do consumidor obstaria a possibilidade de resilição unilateral pelas instituições financeiras. De outro lado, os bancos sustentam que possuem o direito de efetuar as resilições unilaterais, conforme jurisprudência consolidada inclusive do STJ, a qual será mencionada abaixo. Tal conduta também é de conhecimento e

objeto de investigação por parte da autoridade de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a qual ainda não foi concluída.

Em realidade, o propósito deste artigo é lançar novas luzes sobre a questão jurídica descrita acima, com apoio à consolidada doutrina antitruste das infraestruturas essenciais (*essential facilities*), que pode fazer configurar um abuso de direito por parte das instituições financeiras, ao negarem de forma injustificada os meios imprescindíveis à sobrevivência dessas corretoras.

Para essa finalidade, este artigo analisará, em primeiro lugar, o Bitcoin e outras criptomoedas, bem como sua corretagem, a fim de melhor situar a discussão. Com o apoio da mencionada doutrina das infraestruturas essenciais (*essential facilities*), será exposto como a conta-corrente pode ser configurada em um insumo de vital importância para as corretoras de criptomoedas. Após, será abordada a possibilidade de aplicação da legislação consumerista à relação contratual entre bancos e corretoras de criptomoedas. Em seguida, será analisada a jurisprudência deste STJ quanto à possibilidade de resilição unilateral, pelos bancos, de contratos de conta-corrente.

Ressalte-se, por fim, que este artigo condensa os entendimentos da autora a respeito do tema, os quais também foram expostos no julgamento do REsp 1.696.214/SP, julgado pela Terceira Turma em 09/10/2018.

2. DO BITCOIN, OUTRAS CRIPTOMOEDAS, E SUA CORRETAGEM

Retornando a atenção para a atividade das corretoras de Bitcoin, pode-se descrevê-la como a corretagem ou intermediação de moedas virtuais ou criptomoedas. Para a realização de compra e venda das moedas virtuais por intermédio da Requerente, os interessados devem necessariamente se cadastrar junto a elas e, após, depositar valores em sua conta-bancária que servem de crédito para efetuarem as compras de moedas virtuais. Em outras palavras, essas corretoras compram e vendem criptomoedas e utilizam a conta-corrente contratada junto a instituições financeiras para o desenvolvimento de seus negócios.

Para a correta compreensão deste raciocínio, passa-se a abordar as principais características das criptomoedas para, posteriormente, questionar os aspectos relevantes dos contratos de conta-corrente.

Antes de abordar as criptomoedas, cumpre mencionar que, dentro do gênero das moedas digitais, devem ser distinguidas duas espécies. A primeira pode ser denominada de "moedas eletrônicas", que é a conversão de moeda legal para meios eletrônicos de pagamento, que permitem variados usos em meio virtual.

No Brasil, como em diversos outros países, já existe um arcabouço jurídico para as moedas eletrônicas, instituição por meio da Lei 12.865/2013, seguido das Resoluções 4.282 e 4.283, do Conselho Monetário Nacional – CMN, e das Circulares 3.681, 3.682 e 3.683, do Banco Central do Brasil – BACEN. Nos termos do art. 6º, VI, da mencionada Lei 12.865/2013 "moeda eletrônica" é definida como os "*recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento*".

A segunda espécie – a qual a hipótese dos autos aborda – diz respeito às chamadas "criptomoedas". As criptomoedas nada mais são que uma aplicação inovadora de uma tecnologia potencialmente revolucionária na internet, denominada, à falta de melhor designação em vernáculo, de *blockchain*, que é um meio importante para resolver o problema de confiança entre os muitos usuários da rede. Em termos muito genéricos, trata-se de uma base de dados distribuída entre todos os usuários do serviço, certificada e verificável em cada um desses pontos da rede.

Assim, as criptomoedas seriam como um livro-razão, em termos de contabilidade, que registra todas as operações realizadas por meio dela que é imediatamente atualizada em todos seus pontos, sendo por isso virtualmente impossível que seja fraudada ou adulterada, pois – nessa tentativa – não seria reconhecida por todos os outros usuários da criptomoeda.

O Bitcoin surgiu no ano 2009, no auge da crise financeira mundial, em que as instituições financeiras tradicionais foram muito questionadas por seus atos, perdendo em grande medida a confiança do

grande público. As origens do Bitcoin são incertas, pois a identidade de seu criador até hoje não é conhecida. Suas bases estão divulgadas em um artigo, cuja autoria é atribuída a Satoshi Nakamoto.

Diferentemente das moedas tradicionais, que são emitidas por uma autoridade estatal centralizada – por exemplo, no Brasil é emitido pelo Banco Central – o Bitcoin é criado digitalmente. Esse processo de geração de Bitcoin é comumente referido por "mineração" (*mining*). Nele, as pessoas que possuam computadores específicos oferecem essa capacidade informática para a resolução de problemas matemáticos – que nada mais são que o reconhecimento de outras operações ocorridas no interior da rede – e, conforme realizam esse processamento, são remuneradas com a criação e recebimento de *Bitcoins*. Após, a "*moeda recebida fica armazenada em carteiras digitais, as quais, por sua vez, podem ser guardadas em computadores, pen drives, ou smartphones*" (BALDUCCINI et al., 2015).

Assim, as formas de aquisição de Bitcoins ou de outras criptomoedas podem ocorrer de forma originária – por meio de mineração, reunindo-se em grupos que compartilham capacidade computacional para a certificação e resolução de problemas matemáticos – ou de forma derivada, adquirindo-os de terceiros ou de corretoras especializadas.

Cuida-se de mais uma inovação tecnológica que tem deixado os governos de todo o mundo em dúvida sobre como melhor regulamentar as criptomoedas. Quanto a isso, é interessante notar que 77% de todas as operações com Bitcoin envolvem conversões com o dólar norte-americano. Apesar dessa proximidade com esta moeda, os Estados Unidos da América não regulamentaram de forma consistente o uso do Bitcoin, sendo que alguns dos Estados o compreendem como uma *commodity*, ou seja, um produto de qualidade e características uniformes, independentemente de seu produtor ou origem, que tem seu preço uniformemente determinado pela oferta e procura internacional.

O Canadá tem estimulado ativamente a utilização de criptomoedas, inclusive criando sua própria criptomoeda. Há, inclusive, países que, na tentativa de atrair investimentos, estão abrigando de forma muito amigável e tolerante as inovações trazidas pelas criptomoedas e pelo

blockchain[1]. Por sua vez, a República Popular da China, após um curto período de tolerância com o Bitcoin e outras criptomoedas, passou a proibir qualquer tipo de operação financeira que envolvesse esse tipo de moeda (PONSFORD, 2015). De qualquer forma, **o fato é que não existe qualquer estrutura regulatória que seja minimamente coordenada em âmbito internacional**, e é muito pouco provável que qualquer acordo mundial sobre o assunto venha a surgir no futuro próximo.

Trata-se, isso sim, de mais uma novel questão que desafia as convenções jurídicas posta pelo chamado direito cibernético:

> O desafio do direito cibernético deve ser de encontrar meios de regular – mesmo que não necessariamente por meio da atuação direta do Estado – qual código pode e qual não pode ser prontamente disseminado e operado na rede generativa da internet e de computadores, para que o sentimento do consumidor ou de pressões regulatórias preexistentes não possam encerrar, de forma trágica, o grande experimento que é a internet de hoje.[2] (ZITTRAIN, 2006)

Ressalte-se, contudo, que não se deve adotar, neste julgamento, uma postura de simples aceitação às novas tecnologias ou, em outras palavras, de determinismo tecnológico, como se todos os artefatos tecnológicos fossem frutos de verdades e certezas. Ao contrário, são criações humanas e por pessoas humanas são usadas e, como tais, sempre estão envolvidas em contextos políticos, sociais, econômicos e, por consequência, também jurídicos.

Tendo isso em mente, é inegável que as criptomoedas já propiciaram diversas inovações, mas na verdade ainda se está a arranhar a superfície de seu potencial de inovação.

---

[1] https://www.nytimes.com/2018/02/02/technology/cryptocurrency-puerto-rico.html.

[2] Tradução livre de: *"Cyberlaw's challenge ought to be to find ways of regulating — though not necessarily through direct state action — which code can and cannot be readily disseminated and run upon the generative grid of Internet and PCs, lest consumer sentiment and preexisting regulatory pressures prematurely and tragically terminate the grand experiment that is the Internet today"*.

Contudo, também há riscos de diversas naturezas. O principal deles está relacionado ao anonimato propiciado pela utilização do Bitcoin, bem como de outras criptomoedas. Como já apontado por autoridades estadunidenses no ano de 2014:

> Porque as operações de bitcoin ponto-a-ponto não requerem a divulgação de informação acerca da identidade, elas conferem aos participantes algum grau de anonimato. Além disso, a comunicação em rede dos computadores pode ser criptografada e anonimizada por meio de programas para mais esconder a identidade das partes nas operações[3] (USGAO, 2014).

Da mesma forma, a doutrina brasileira aponta que:

> A troca da moeda entre os interessados ocorre diretamente entre eles (sem intermediação), por meio de operações digitais de transferência muito simples, com custo muito baixo. Muitas vezes, as partes transacionando não precisam se identificar pessoalmente, bastando que apresentem uns aos outros seus respectivos endereços virtuais, que, por sua vez, não necessariamente estão atrelados ao seu nome ou qualquer outro elemento de identificação real, exceto por um pseudônimo (Balduccini et. al., op. cit.).

Mesmo que o anonimato nunca seja totalmente completo, ainda que seja nas operações com criptomoedas, há o persistente temor que os Bitcoins e demais criptomoedas sejam utilizadas em atividades ilícitas, o que, aliás, já ocorreu, como no rumoroso fechamento do site *O Caminho da Seda* (The Silk Road) e a prisão de seu controlador, em que se constatou o uso de milhões de dólares em Bitcoins para a negociação de atividades criminosas, como a comercialização de drogas ilícitas e a obtenção de documentos falsos, entre outros.

Para encerrar este ponto, cumpre mencionar que existem centenas de criptomoedas disponíveis no mercado, tais como o Ethereum,

---

[3] Tradução livre de: *"Because peer-to-peer bitcoin transactions do not require the disclosure of information about a user's identity, they give participants some degree of anonymity. In addition, computer network communication can be encrypted and anonymized by software to further hide the identity of the parties in transactions"*.

o Litecoin, Nano, NionioCash, Dash e DogeCoin. Inclusive, até o ex-jogador de futebol Ronaldinho Gaúcho criará sua própria moeda, a RSC (Ronaldinho Soccer Coin)[4].

3. DA CONTA-CORRENTE COMO INSUMO ESSENCIAL

Neste momento, é necessário comentar brevemente sobre o contrato de conta-corrente bancária, uma espécie contratual do ramo do Direito Bancário, o qual regula as operações de banco e as atividades daqueles que as praticam em caráter profissional, isto é, pelas instituições financeiras.

As instituições financeiras, indicadas no art. 17 da Lei 4.595/64, são aquelas que fazem da "negociação de créditos sua atividade principal ou acessória" e que se utilizam de fundos recebidos do público geral, mediante depósito à vista, criando moeda escritural quando da circulação do crédito, conforme a lição de Nelson Abrão (2010, p. 33).

Prosseguindo, a conta-corrente é uma das várias espécies de contratos bancários, os quais são definidos pela doutrina como "*aqueles em que uma das partes é, necessariamente, um banco. Isto é, se a função econômica do contrato está relacionada ao exercício da atividade bancária, ou, dizendo o mesmo de outro modo, se o contrato configura ato de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, então somente uma instituição financeira devidamente autorizada pelo governo poderá praticá-lo. Neste caso, o contrato será definido como bancário*" (COELHO, 2005, p. 446).

A conta-corrente bancária é um contrato atípico, sem previsão expressa na legislação, por meio do qual "*o banco se obriga a receber valores monetários entregues pelo correntista ou por terceiros e proceder a pagamentos por ordem do mesmo correntista, utilizando-se desses recursos. Guarda semelhança com o depósito bancário, na medida em que o banco tem o dever de restituir os recursos mantidos em conta-corrente ao correntista quando este os*

[4] Disponível em https://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin/noticia/7517530/ronaldinho-gaucho-vai-lancar-sua-propria-criptomoeda.

solicitar. Mas é um contrato de função econômica mais ampla, porque, através dele, o banco presta um verdadeiro serviço de administração de caixa para o correntista" (Op. cit., p. 450).

Cabem aqui duas importantes notas a respeito desse contrato financeiro: (i) sua relevância para as atividades das corretoras de criptomoedas; e (ii) a possibilidade de resilição unilateral dessa relação negocial.

Cuida-se, assim, de um insumo essencial para suas atividades empresariais. Note-se que se uma corretora não dispõe de meios para receber valores monetários de seus clientes, dificulta-se sobremaneira sua própria razão de existir no meio comercial.

Apesar de utilizada, de forma preponderante, para análise de condutas anticoncorrenciais, cabe neste julgamento a menção da teoria da infraestrutura essencial (*essential facility*) por sua adequação à realidade dos autos. Do ponto de vista teórico, exsurge a infraestrutura essencial, sempre que em uma situação de monopólio – ou oligopólio – "é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem" (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 67).

A teoria da infraestrutura essencial surgiu como forma de garantir acesso a bens essenciais, geralmente controlados de forma monopolística, sem os quais competidores seriam privados de participar do mercado, ou seja, trata-se de uma teoria orientada contra práticas de recusa de venda ou de contratar, bem como contra a discriminação entre adquirentes do bem considerado essencial (ZIEBARTH e COUTO, 2011).

Como acentua a doutrina a respeito desta teoria, no início, sua aplicação estava muito focada em infraestruturas físicas – pontes, ferrovias, etc. – mas atualmente vem ganhando destaque e estudo a outros bens que podem ser considerados essências para a existência da concorrência, como a propriedade intelectual e, inclusive, sistemas de pagamentos (MATTOS, 2015).

Sobre este quesito, ressalte-se que deve ser considerado como um sistema de pagamento, qualquer mecanismo para as conduções de transações na economia, o que permitiria a inclusão das contas-correntes

na categoria. Esses sistemas são imprescindíveis para o desenvolvimento de outras atividades. Nesses términos, veja-se a conclusão da doutrina sobre o assunto:

> A estruturação do sistema de pagamentos, com destaque para a compensação e liquidação de títulos, pode gerar condições propícias a condutas anticompetitivas, principalmente quanto ao acesso a estruturas fundamentais à concorrência. As experiências nacional e internacional demonstram que o acesso compulsório, por meio da obrigação de contratar que embasa a doutrina das essential facilities, pode ser a alternativa para solucionar esses problemas de cunho concorrencial, visto que há um encaixe claro entre as condições de mercado existentes e os requisitos para aplicação da doutrina.
>
> Trata-se de importante passo que precisa ser dado no sentindo de humanizar e democratizar as finanças. Adotar a doutrina das essential facilities dentro do sistema de pagamentos, introduzindo concorrência no setor, é medida adequada e necessária para que a teoria financeira, aplicada ao mercado de capitais, produza efeitos positivos para um grande número de indivíduos (investidores e empreendedores) e que isso auxilie e facilite o financiamento de atividades econômicas, e, consequentemente, o desenvolvimento do país. (MATTOS, Op. cit.)

Neste ponto, conclui-se que as contas-correntes podem ser compreendidas como uma espécie de infraestrutura essencial, sem a qual é impossível uma corretora competir ou mesmo ser economicamente ativa no seu mercado específico.

Não é por outro motivo – permita-se uma analogia para melhor compreensão da sua essencialidade – que as cooperativas de crédito, como forma de contornar as suas dificuldades impostas pelas instituições financeiras tradicionais, relacionadas ao acesso ao sistema de compensação de cheques e outros sistemas de liquidação de pagamentos e transferências interbancárias, pleitearam a autorização de criação de bancos cooperativos.

Como afirmado em outras oportunidades (REsp 1.535.888/MG, Terceira Turma, DJe 26/05/2017), após solicitações das centrais de

cooperativa de crédito, o Banco Central do Brasil, por meio da Resolução 2.193/95, passou a autorizar os chamados bancos cooperativos. Sobre tais figuras, a doutrina afirma que "*eram peças **indispensáveis** às Cooperativas de Crédito para que estas **pudessem acessar os mecanismos operacionais** próprios dos bancos comerciais, sem perderem a condição societária particular de ser cooperativa*" (SCHARDONG, 2002. Grifou-se).

De outro lado, ao analisar as características do contrato de conta-corrente, a doutrina também é pacífica no sentido de que sua rescisão pode ocorrer de forma unilateral.

Nesse sentido, Nelson Abrão (2018, p. 203-231) afirma que "*Extingue-se o contrato [de conta-corrente]: pelo implemento do prazo ajustado ou verificação da condição resolutória a que estivesse sujeito, por mútuo consenso, haja, ou não, prazo estipulado; por vontade de um dos correntistas, se por prazo indeterminado; pela falência, morte ou interdição de uma das partes*" (Grifou-se).

Da mesma forma, Bruno MIRAGEM elenca a possibilidade de resilição de uma das partes, quando contrato é celebrado por tempo indeterminado:

> A extinção do contrato de conta corrente pode ocorrer de: a) a expiração do prazo fixado para vigência do contrato; b) distrato, mediante mútuo acordo dos contratantes; c) manifestação unilateral de vontade de um deles na hipótese de o contrato ser por prazo indeterminado; d) falência ou insolvência de um dos correntistas, podendo a instituição financeira habilitar-se ao recebimento do crédito a que faz jus, quando for o caso; e) morte ou incapacidade do correntista, ou extinção da instituição financeira. (MIRAGEM, 2013, p. 309)

Contudo, ao mencionar as características do contrato de conta-corrente, a doutrina também está ciente da discussão acerca das restrições da possibilidade de rescisão unilateral, pela instituição financeira, após denúncia imotivada, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior.

Pelo exposto até este momento, podemos compreender pela possibilidade de rescisão unilateral, mas que há restrições ao exercício dessa prerrogativa, a depender das circunstâncias da situação em concreto.

4. DO ABUSO DE DIREITO: ART. 187 DO CC/2002

Afastada a aplicação da legislação de defesa do consumidor, bem como a de infrações à ordem econômica, cumpre aplicar à hipótese o Código Civil, a fim de verificar se o exercício da prerrogativa de resilição do contrato de conta-corrente, mediante notificação desmotivada, configurou um abuso de direito.

Em outras palavras, não se pretende negar a possibilidade da resilição da conta-corrente pela instituição, mas apenas se – de acordo com os contornos fáticos da controvérsia – houve extrapolação desse direito, em prejuízo das corretoras de Bitcoin.

É fato que o ordenamento jurídico pátrio coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem. Dispõe o art. 187 do CC/02 que comete ato ilícito "*o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim* econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

A doutrina aborda o assunto da seguinte forma:

> A terceira conclusão que se tira da redação do art. 187 é a de que o abuso do direito, que não era estranho ao Código de 1916, foi agora erigido a princípio geral, podendo ocorrer em todas as áreas do Direito (obrigações, contratos, propriedade, família), pois a expressão 'titular de um direito' abrange todo e qualquer direito cujos limites foram excedidos. (...) Tem sido alvo de perplexidades o fato de ter o Código de 2002 elevado o abuso de direito ao nível de princípio geral. Alega-se que constitui um verdadeiro perigo para a segurança das relações jurídicas deixar todos os direitos individuais subordinados ao arbítrio judicial; que a certeza do direito será posta em discussão se em linha de princípio tiver o juiz a liberdade de sindicar discricionariamente o mérito das modalidades de exercício do direito subjetivo por parte do titular. A crítica, todavia, não procede, porque o Código - não só neste, mas também em inúmeros outros pontos - aumentou consideravelmente os poderes do juiz. Todos os negócios jurídicos terão, agora, que ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113); a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função

> social do contrato (art. 421); os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422). Em todos esses casos - repita-se - e em muitos outros, a lei estabeleceu como parâmetros de decisão da causa o prudente arbítrio do juiz; os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da ponderação de valores, cada vez mais utilizados pelo Judiciário até na solução de questões constitucionais, pelo quê não se pode ver exagero algum na norma do art. 187 do Código Civil. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 170-173)

Desse modo, o exercício abusivo de direito pressupõe a existência de um direito legítimo, cuja utilização ocorre apenas para prejudicar terceiro, seja parte da relação jurídica originária ou não. Da mesma forma, não é qualquer excesso que caracteriza o abuso, cabendo ao "*julgador apontar, em cada caso, os fatos que tornam evidente o abuso do direito, com o que se evitará a temida arbitrariedade, ou o cerceamento do legítimo exercício do direito*" (CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 173).

A configuração do abuso do direito é amplamente reconhecida pela jurisprudência do STJ, conforme os julgamentos abaixo demonstram:

> Nosso ordenamento coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem, nos termos do art. 187 do CC/02. Assim, considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes, verifica-se que os recorridos exerceram de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorrentes aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro "muro verde", que, como antes, impede a vista panorâmica. (REsp 935.474/RJ, TERCEIRA TURMA, DJe 16/09/2008)

> (...) A questão controvertida neste recurso especial não se restringe à possibilidade/impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica em face de inadimplemento do usuário. O que se discute é a existência ou não de ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público, cujo reconhecimento implica a responsabilidade civil de indenizar os transtornos sofridos pela consumidora.

> 3. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do Código Civil).
>
> 4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (REsp 811.690/RR, Primeira Turma, DJ 19/06/2006, p. 123)

De fato, até o manejo de *habeas corpus*, um importante instrumento processual previsto constitucionalmente, foi considerado abusivo, diante das graves consequências suportadas por terceira pessoa, conforme trecho da ementa abaixo:

> Controvérsia: dizer se o manejo de *habeas corpus*, pelo recorrido, com o fito de impedir a interrupção da gestação da primeira recorrente, que tinha sido judicialmente deferida, caracteriza-se como abuso do direito de ação e/ou ação passível de gerar responsabilidade civil de sua parte, pelo manejo indevido de tutela de urgência. (...)
>
> Necessidade de perquirir sobre a ilicitude do ato praticado pelo recorrido, buscando, na existência ou não - de amparo legal ao procedimento de interrupção de gestação, na hipótese de ocorrência da síndrome de *body stalk* e na possibilidade de responsabilização, do recorrido, pelo exercício do direito de ação - dizer da existência do ilícito compensável; Reproduzidas, salvo pela patologia em si, todos efeitos deletérios da anencefalia, hipótese para qual o STF, no julgamento da ADPF 54, afastou a possibilidade de criminalização da interrupção da gestação, também na síndrome de *body-stalk*, impõe-se dizer que a interrupção da gravidez, nas circunstâncias que experimentou a recorrente, era direito próprio, do qual poderia fazer uso, sem risco de persecução penal posterior e, principalmente, sem possibilidade de interferências de terceiros, porquanto, *ubi eadem ratio*, *ibi eadem legis dispositio*. (Onde existe a mesma razão, deve haver a mesma regra de Direito) (...) (REsp 1.467.888/GO, Terceira Turma, DJe 25/10/2016)

Naquela oportunidade, afirmou-se que caracteriza o abuso de direito "*quando busca, mesmo que por via estatal, a imposição de seus*

conceitos e valores a terceiros, retirando deles, a mesma liberdade de ação que vigorosamente defende para si".

5. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Quanto à possibilidade de incidência da legislação consumerista sobre a relação contratual entre bancos e corretoras de criptomoedas, é necessária a análise do disposto no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor - CDC, abaixo transcrito:

> Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Na lição de José Geraldo Brito Filomeno, o consumidor é aquele partícipe de uma relação de consumo, com todas as características e implicações contidas nessa afirmação, conforme se pode verificar abaixo:

> Entendemos que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-nos basicamente na acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços. Além disso, há que se equiparar a consumidor a coletividade que, potencialmente, esteja sujeita ou propensa à referida contratação. Caso contrário se deixaria à própria sorte, por exemplo, o público-alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, ou então sujeito ao consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à sua saúde ou segurança.
>
> Não há como fugir, todavia, à definição de consumidor como um dos partícipes das relações de consumo, que nada mais são do que relações jurídicas por excelência, mas que devem ser obtemperadas precisamente pela situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de bens e serviços. Conclui-se, pois, que toda relação de consumo: 1. Envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro

> o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor); 2. Destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; 3. O consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços. (FILOMENO, 2016, p. 20).

Após alguma oscilação, a jurisprudência do STJ atualmente se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Veja-se, nesse sentido, o julgamento do REsp 1.195.642/RJ (Terceira Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012).

Com isso, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei n. 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Em suma, o caráter distintivo da teoria finalista reside no fato de o ato de consumo não visar ao lucro tampouco à integração de uma atividade negocial.

Neste ponto, veja-se que, para a intermediação ou corretagem de criptomoedas, a atividade de conta-corrente é nada mais que insumo para a realização de seus próprios serviços. Em situações semelhantes, a jurisprudência deste STJ está orientada no sentido de negar a caracterização de consumidor e, como consequência, afastar a aplicação do CDC. A título de exemplo, cumpre mencionar os seguintes julgamentos com esse teor:

> A utilização de serviços ou aquisição de produtos com o fim de incremento da atividade produtiva não se caracteriza como relação de consumo, mas de insumo, a afastar as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes de ambas as

> Turmas da Segunda Seção. (EDcl nos EDcl no CC 146.960/SP, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 28/11/2017)
>
> Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (REsp 1.599.042/SP, QUARTA TURMA, DJe 09/05/2017)

Neste ponto, conclui-se **não se aplica a legislação consumerista aos contratos de conta-corrente mantidos entre instituições financeiras e corretoras de criptomoedas**.

6. DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Neste ponto, cumpre fazer uma importante menção aos julgamentos do STJ que delimitam muito bem o conjunto de julgados desta Corte Superior referente à possibilidade de resilição de contratos de conta-correntes por parte das instituições financeiras. Pela sua importância, deve-se mencioná-los:

> **O banco pode encerrar conta-corrente mediante notificação ao correntista, nos termos previstos no contrato, não se aplicando ao caso a vedação do art. 39, IX-A, do Código de Defesa do Consumidor**. (REsp 567.587/MA, Terceira Turma, DJ 11/10/2004, p. 318. Grifou-se)
>
> Art. 39, II e IX, do CDC. **É possível a rescisão do contrato de conta-corrente por parte do banco, desde que o consumidor seja notificado**. Precedente. (AgRg no Ag 829.628/RJ, Quarta Turma, DJ 22/10/2007, p. 292. Grifou-se)

> **Em regra, nos contratos bancários, envolvendo relações dinâmicas e duráveis, de execução continuada, intuito personae - como nos casos de conta-corrente bancária e de cheque especial -, que exigem da instituição financeira frequentes pesquisa cadastral e análise de riscos, entre outras peculiaridades, não há como se impor, como aos demais fornecedores de produtos e serviços de pronto pagamento pelo consumidor, a obrigação de contratar prevista no inciso IX do art. 39 do CDC**. 2. Conforme a Resolução BACEN/CMN n. 2.025/1993, com a redação dada pela Resolução BACEN/CMN n. 2.747/2000, podem as partes contratantes rescindir unilateralmente os contratos de conta-corrente e de outros serviços bancários (CC/2002, art. 473). (REsp 1.538.831/DF, Quarta Turma, DJe 17/08/2015. Grifou-se)

Em comum a todos os julgamentos mencionados acima, subjaz a aplicação da legislação de defesa do consumidor, em especial a não aplicação do art. 39, IX, do CDC a essas hipóteses, mesmo havendo a incidência desse código nas relações de consumo existentes entre instituições financeiras e os particulares, o que está estabelecido há muito na jurisprudência do STJ, com a edição da Súmula 297/STJ ("O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras").

De modo bastante diverso, afigura-se muito claro que uma corretora de Bitcoin não se enquadra como um consumidor, nos termos da legislação, pois utiliza-se da conta-corrente como um importante insumo de sua atividade empresarial, que é a corretagem de criptomoedas.

Tal fato traz duas importantes consequências. A primeira consequência, já mencionada acima, é a não incidência do CDC sobre litígios entre bancos e corretoras deste ativo virtual.

A outra consequência consiste em que os julgados desta Corte superior antes mencionados **não possuem aplicação direta para a solução de conflitos desta natureza**, pois em todos eles **a legislação de referência, que orientou o norte interpretativos dos julgadores, foi a lei de defesa do consumidor, o que não se verifica na hipótese dos autos**.

Uma das belezas da atividade jurisdicional é a capacidade de se deparar com o novo, novas situações e novas circunstâncias que

constantemente exigem dos magistrados uma reanálise do Direito sobre renovados enfoques. A conflitualidade interpessoal, que não deixa de ser um dos aspectos das relações humanas, é sempre mais criativa que o legislador e que o magistrado.

Esse tipo de litígio a que estamos fazendo referência aqui, portanto, não pode ser compreendido como uma simples sequência da jurisprudência dominante do STJ, pois tal afirmação não seria totalmente adequada, pois – mesmo que sejam utilizados como referência interpretativa – os julgamentos anteriores desta Corte a ele não se aplicam de forma perfeita, sem dificuldades.

De fato, ao encerrar a conta-corrente mantida por uma corretora de criptomoedas, de forma imotivada e unilateral, as instituições financeiras impõem 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.

Ainda, a alegação segundo a qual o Bitcoin e outras criptomoedas podem ser utilizadas para o cometimento de crimes, em razão do anonimato propiciado, não é suficiente para justificar um ato unilateral do banco, porquanto os mesmos fenômenos podem ocorrer com o aporte da moeda corrente, o Real. Como explicado acima, o Bitcoin pode ser utilizado em uma diversidade muito ampla de transações comerciais, e ainda possui muito potencial de expansão.

Limitar seu uso pela possibilidade de realizar atos ilícitos é fechar os olhos à realidade e, ainda, satisfazer-se com uma postura demasiada simplista do Direito e das soluções jurídicas que ainda devem ser construídas para hipóteses semelhantes à do recurso em julgamento.

Ademais, ainda que essa postura – encerrar contas-correntes pela possibilidade de atos criminosos – seja aceita como legítima, ela deveria ser aplicada indiscriminadamente, para todos os correntistas, o que não se verifica na realidade.

Veja-se que, sobre isso, não há qualquer menção na imprensa, seja geral ou especializada, que os bancos tenham encerrado unilateralmente as contas-correntes de grandes empreiteiras e outras empresas flagrantemente

envolvidas em esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro, como os investigados na Operação Lava-Jato.

De fato, não se poderia exigir dos bancos uma atividade de *longa manus* do Estado, para que ele decida o que é lícito e o que não está em conformidade com o ordenamento jurídico. Situação muito diversa seria se houvesse lei ou manifestação das autoridades competentes que proibissem a negociação de criptomoedas em território nacional, o que – de igual modo – ainda não ocorreu. Note-se que o Comunidade n. 31.379, de 16 de novembro de 2017, apenas alerta sobre possíveis riscos em operações com essas moedas, mas não as declara ilegais, nem coíbe de qualquer modo as transações com essas criptomoedas.

Mesmo que o foco da análise jurídica seja o negocial, o bilateral e sinalagmático – e não a análise do funcionamento de todo o mercado – não se pode descurar da essencialidade da conta-corrente para as atividades das corretoras de Bitcoin.

Tudo isso permite que a resilição seja coibida como um abuso de direito, pois deixa de ser um exercício de um direito legítimo, mas um ato com fins ilícitos, que é negar a possibilidade de existência econômica às corretoras de Bitcoin, sem qualquer fundamento legal.

Contudo, é necessário mencionar que, no julgamento do REsp 1.696.214/SP (Terceira Turma, j. 09/10/2018), o Superior Tribunal de Justiça entendeu que muitos aspectos relevantes suscitados por uma corretora de Bitcoin, em seu recurso especial, não estariam propriamente prequestionados e, assim, entendeu pela validade da resilição da conta-corrente efetuada por uma instituição financeira, sem afastar, contudo, a possibilidade de futura reapreciação desses aspectos em outra oportunidade.

7. CONCLUSÃO

Considerando todo o exposto até aqui, pode-se resumir os argumentos da seguinte forma como se segue. Não se aplica a legislação de defesa do consumidor à hipótese, também não é admissível a incidência da lei de defesa da concorrência, por completa ausência de prequestionamento.

Os julgados desta Corte Superior, antes mencionados, não possuem aplicação direta para a solução dos conflitos entre bancos e

corretoras de criptomoedas, pois em todos eles a legislação de referência dos julgadores foi a lei de defesa do consumidor, o que não se verifica na hipótese dos autos.

O Bitcoin e as criptomoedas representam um grande desafio e não existe qualquer estrutura regulatória minimamente coordenada em âmbito nacional e internacional, apesar de alguns países estarem experimentando formas de regulação e promoção.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há disposição que, de antemão, declare a ilegalidade de operações e da posse de Bitcoin e outras criptomoedas.

De um lado, há a possibilidade jurídica de resilição do contrato de conta-corrente. Por outro lado, na hipótese, o contrato de conta-corrente se apresenta como uma infraestrutura essencial para a existência econômica das corretoras de Bitcoin.

Ao negar acesso a uma infraestrutura essencial para essas corretoras, com a consciência da imprescindibilidade do uso da conta-corrente para sua existência econômica, os bancos extrapolam os limites do exercício legítimo do direito de resilir o contrato então firmado, cometendo um abuso de direito.

De qualquer modo, ainda se deve aguardar uma nova oportunidade de manifestação do Superior Tribunal de Justiça, em que essas situações sejam apreciadas em seu mérito.

8. REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALDUCCINI et al. **Bitcoins – os lados desta moeda**. RT, v. 104, n. 953, mar. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 16ª ed., 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 14ª ed., 2016.

MATTOS, Eduardo da Silva. **Concorrência no sistema de pagamentos**: condutas anticompetitivas e acesso a câmaras de compensação como essential facility. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. vol. 67. ano 18. p. 111-129. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Direito bancário**. São Paulo: RT, 2013.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system**. Disponível em https://bitcoin.org/bitcoin.pdf. Acessado em 16 de janeiro de 2019.

PONSFORD, Matthew. **A Comparative Analysis of Bitcoin and Other Decentralised Virtual Currencies**: Legal Regulation in the People's Republic of China, Canada, and the United States (July 24, 2015). Hong Kong Journal of Legal Studies, (2015) 9 HKJLS 29. Disponível em https://ssrn.com/abstract=2554186.

SALOMÃO Filho, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. 2 ed. SP: Malheiros, 2008.

SCHARDONG, Ademar. **Cooperativa de crédito**. Porto Alegre: Rigel, 2002.

UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE (USGAO). Report to the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, U.S. Senate, Virtual Currencies: Emerging Regulatory, Law Enforcement, and Consumer Protection Challenges (maio de 2014) 10.

ZIEBARTH, J.A.B.M.; COUTO. J.A. **A doutrina das essential facilities**: uma análise da jurisprudência brasileira. RDCom, v. 2, n. 4, jul.dez. 2011.

ZITTRAIN, Jonathan. **The Generative Internet**. 119 Harvard Law Review, 2006.

Os 30 Anos da Constituição e da Criação do STJ: Retrospecto, Avanços e Desafios

Laurita Vaz
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO E DA CRIAÇÃO DO STJ: RETROSPECTO, AVANÇOS E DESAFIOS

Ministra Laurita Hilário Vaz

1. UM BREVE ESCORÇO SOBRE OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil é o vértice da pirâmide legislativa, ponto a partir do qual todas as outras leis devem encontrar apoio, para que tenham validade. Nela se resume a forma e o regime de governo, como está organizado o Estado brasileiro, além de consagrar os direitos e deveres dos cidadãos. Por isso é comumente chamada de Carta Magna.

A atual Constituição Federal ganha relevo e importância no cenário histórico brasileiro, dentre outras razões, por ter sido elaborada, votada e promulgada logo depois de 20 anos de ditadura militar, período marcado por censuras a toda forma de expressão e sérias restrições a liberdades e garantias dos cidadãos.

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil foi apelidada de *Constituição Cidadã*, porque abriu caminho para assegurar e reafirmar direitos fundamentais do cidadão, como o direito ao voto, à vida, à liberdade, à educação e à saúde.

Os direitos humanos sempre tiveram lugar de destaque nos textos das Constituições brasileiras. Na atual, a sétima na história do Brasil, o legislador deu enorme ênfase aos direitos humanos.

Dentre os princípios fundamentais estão a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil (inciso III do art. 1º), e a prevalência dos direitos humanos, que rege as relações internacionais do Brasil (art. 4º, inciso II).

Os tratados internacionais sobre direitos humanos, submetidos a regime de votação especial em cada Casa do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais (§ 3º do art. 5º, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004).

O hodierno entendimento do Supremo Tribunal Federal, aliás, é no sentido de considerar que os tratados internacionais sobre direitos humanos, aprovados pelo Congresso Nacional fora da hipótese do § 3º do art. 5º, são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio como norma supralegal.

Há expressa indicação do legislador constituinte de que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (art. 7º).

A União pode se valer da intervenção nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a observância de princípios constitucionais, dentre eles, os direitos da pessoa humana (alínea b, inciso VII, do art. 34).

Nesse contexto, recentemente, o Legislador preocupou-se em criar mais um instrumento apto a garantir a prevalência dos direitos humanos, mormente prevendo uma forma mais branda de intervenção da União na esfera estadual, desde que atendidos certos pressupostos.

O incidente de deslocamento de competência, por iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República, assim, permite à União a excepcional intervenção na esfera de atuação local, de uma forma menos drástica do que a intervenção prevista nos moldes do art. 34, visando ingressar supletivamente em casos que, eventualmente, pudessem trazer consequências danosas para o Brasil no cenário internacional, quando constatado o desrespeito a compromissos assumidos nessa seara.

A implementação de uma política pública que efetivamente garanta os direitos humanos dos cidadãos requer, além de um arcabouço jurídico, ações afirmativas, com administradores públicos dispostos a sair da retórica para a prática.

2. CRIAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: RETROSPECTO, AVANÇOS E DESAFIOS

O Constituinte de 1988, no auge da chamada "crise do STF", que sofria pelo excessivo número de processos, criou o Superior Tribunal de Justiça – STJ, que ficou conhecido como *Tribunal da Cidadania*. O STJ é assim chamado porque cabe a ele uniformizar a interpretação da lei federal – sempre de acordo com a Constituição –, a fim de garantir os direitos ao cidadão, com a solução de inúmeras controvérsias do dia a dia, como questões de direito previdenciário, tributário, consumidor, criminal, família, empresarial etc. A uniformização da interpretação do direito federal tem levado à estabilidade das relações jurídicas, diminuindo a insegurança no trato das pessoas físicas e jurídicas.

Se, naquela época, a crise do STF motivou a criação do STJ, hoje, quem vive situação semelhante é o STJ. Na última década, o STJ tem enfrentado um crescimento anual progressivo na quantidade de processos distribuídos a cada um de seus ministros. As alterações legislativas e as adaptações da estrutura interna do tribunal não têm sido suficientes para acompanhar essa demanda crescente, muito embora se reconheça um esforço hercúleo dos ministros e dos servidores, com resultados surpreendentes em termos de produtividade.

Muitas das medidas que foram adotadas ao longo desses anos lograram êxito, no sentido de aprimorar e acelerar o processamento e julgamento dos processos, atendendo satisfatoriamente as metas estabelecidas pelo CNJ, mormente a implementação do processo eletrônico, que propiciou uma expressiva celeridade na tramitação dos feitos submetidos ao STJ.

Durante a minha gestão na Presidência do STJ – 2016 a 2018 –, alcançou-se um feito histórico, que foi, no último ano do biênio, reduzir em 25% o acervo de processos do Tribunal. Isso só foi possível graças ao empenho e dedicação de ministros e servidores, somados a medidas administrativas, como a criação do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP, que tem trabalhado no fomento da utilização do rito dos recursos repetitivos; a restruturação do processo de trabalho da Secretaria Judiciária e do Núcleo de Admissibilidade de Recursos

Repetitivos – NARER, que foi ampliado; além do bem-sucedido trabalho da Força-Tarefa, formada por assessores e assistentes do meu Gabinete e da Presidência, que prestaram valioso auxílio a alguns Gabinetes de Ministros das três Seções do Tribunal.

No entanto, mesmo alcançando marcas importantes, reconhecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que premiou o STJ com o Selo Justiça em Números 2018 na categoria Diamante, o problema precisa de uma solução definitiva. O STJ não pode mais se prestar a julgar casos e mais casos, indiscriminadamente, como se fora uma terceira instância revisora. Não é essa a missão constitucional do tribunal. Comparando com outras Cortes Superiores de outros países, que possuem competência semelhante, constatamos que o STJ é o tribunal que mais produz julgados no mundo.

O número excessivo de recursos que aportam no STJ todos os dias é, sem dúvida, uma das maiores preocupações de todos os ministros, porque impede o tribunal de cumprir o seu papel constitucional, que é precipuamente o de uniformizar a interpretação da lei federal, e não servir de terceira instância revisora dos julgados dos tribunais estaduais e regionais. Esse claro desvirtuamento da função institucional do STJ – que hoje se ocupa muito mais em resolver casos do que teses – tem provocado irreparáveis prejuízos à sociedade, notadamente porque impõem ao jurisdicionado uma demora desarrazoada na entrega da prestação jurisdicional.

Por essa razão, trabalhei intensamente, contando com o apoio dos demais ministros do STJ, membros do Ministério Público Federal e outras autoridades, no sentido de sensibilizar os parlamentares do Congresso Nacional sobre a premente e inadiável necessidade de se racionalizar a via recursal para a instância superior, de modo que seja resgatada a real missão do STJ, garantindo às partes a concretização da promessa do Legislador de celeridade e razoável duração do processo, insculpida no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República.

Logramos êxito inicial nessa importante empreitada, com a aprovação, na Câmara dos Deputados, nos dois turnos de votação, da PEC 209, que institui um filtro de relevância para as questões a serem deduzidas no recurso especial para o STJ. De acordo com a proposta, para

que o recurso especial seja admitido, deverá ser demonstrado que a questão discutida tem repercussão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

A ideia da PEC, em sua essência, é evitar o congestionamento de recursos especiais no STJ relativos a causas de menor relevância, temas corriqueiros, que não extrapolam o mero interesse individual das partes envolvidas. Mesmo as questões de menor relevância para a coletividade merecem, sem dúvida, a atenção do Estado-Juiz, encarregado do deslinde das controvérsias. No entanto, há de se revigorar a importância das instâncias ordinárias, capazes de dar fim às lides no primeiro grau de jurisdição ou na via recursal própria para o tribunal revisor. E lá devem ter fim as discussões que não irradiem consequências além do interesse individual das partes envolvidas.

Ao chegar ao Senado Federal, no entanto, a PEC teve sua tramitação suspensa, em razão do Decreto de Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro. Esperamos que, passada a situação de exceção, com o restabelecimento da normalidade, seja a matéria votada no Senado para, finalmente, otimizarmos o trabalho do maior tribunal superior do país.

Sem embargo da importância da aprovação do filtro de relevância proposto como requisito do recurso especial, o Legislador ordinário tem criado novidades na lei processual civil para reforçar o papel de Corte de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015, reafirmando a inovação trazida pela Lei n. 11.672/2008, que incluiu o art. 543-C (recursos repetitivos) ainda no antigo Código, instituiu um modelo de precedentes que deve ser observado pelas instâncias inferiores, de modo a proporcionar uniformidade, celeridade e, portanto, segurança jurídica. Cumpre observar que, em pouco mais de dez anos, o STJ atingiu a marca de mil temas de repetitivos, reforçando o papel precípuo dessa Corte, que é de uniformizar a jurisprudência.

O rito dos recursos especiais repetitivos tem o condão de trazer racionalização aos julgamentos, poupando o Judiciário e as partes interessadas, quando a controvérsia é definitivamente resolvida em

julgamentos qualificados pelos tribunais de justiça e pelas instâncias superiores. O escopo dessa forma qualificada de julgamento é exatamente impedir a proliferação de ações e de recursos que veiculem teses já apreciadas e decididas.

Desse modo, consegue-se uma redução expressiva na tramitação de processos, quando o tribunal, de segunda instância ou superior, decide a tese em dois ou mais processos que serão aplicados aos feitos sobrestados e aos casos futuros em todas as instâncias. No mais, espera-se que todas as instâncias do Poder Judiciário, com a pacificação da jurisprudência por meio de fixação de precedentes qualificados, reproduzam esses entendimentos, os quais são de "estrita observância pelos Juízes e Tribunais" (nos termos dos arts. 926 e 927 do CPC/2015 e do art. 121-A do Regimento Interno do STJ).

Assim, o STJ tem condições de centrar seus esforços no deslinde de controvérsias novas, sem a necessidade de ter de, repetidamente, pronunciar-se sobre a mesma matéria já examinada e resolvida.

Por muitos anos, a meu sentir, houve uma certa resistência das instâncias ordinárias em observar os precedentes das Cortes Superiores, sob o argumento de que se deveria preservar o livre convencimento do juiz. Ora, a função jurisdicional, que é una, pressupõe divisão de competências para racionalizar a análise e julgamento das lides trazidas à apreciação do Poder Judiciário. E, a partir da definição pela Constituição Federal do papel de cada juiz e tribunal do país, resta ao magistrado seguir a orientação estabelecida pelas Cortes Superiores – intérpretes finais da Lei Federal e da Constituição –, o que não atenta contra o princípio do livre convencimento motivado, concretizado a partir do trabalho de subsunção do caso à norma que deve ser aplicada. Contudo, a interpretação da norma, repito, cabe aos tribunais, dentro de suas competências. Ainda hoje há importantes tribunais locais que são renitentes quanto à observância da jurisprudência das Cortes Superiores, o que só faz postergar a solução da lide, sobrecarregando as pautas de julgamento. A mudança legislativa já veio, está à disposição dos operadores do direito, mas são esses que devem mudar suas atitudes, em prol de uma justiça mais equitativa, justa e célere.

Não obstante a importância desse tipo de julgamento qualificado nas várias esferas do direito público e privado, capaz de proporcionar maior racionalidade e celeridade no processamento das ações e recursos, em matéria penal, essa via ainda é muito pouco utilizada. Além disso, tendo o *habeas corpus* como panaceia para todos os males do processo penal, a Terceira Seção do STJ e as duas Turmas que a integram sofrem um pouco mais com a proliferação de impetrações de todo tipo, precipitando a análise de questões pelos Tribunais Estaduais e Regionais Federais e Cortes Superiores, as quais poderiam ser perfeitamente arguidas por meio de recursos próprios.

Outro aspecto importante a ser considerado quando o assunto é o aprimoramento da prestação jurisdicional, é a utilização da tecnologia disponível.

Em junho deste ano, ao abrir o inédito seminário sobre Governança de TI, no STJ, disse que, nos dias atuais, não conhecia nenhuma área do conhecimento humano que promovesse tantas inovações em tão pouco intervalo de tempo, como a Tecnologia da Informação. Diuturnamente, testemunhamos o avanço tecnológico que nos oferece mais meios de realização de tarefas, de forma cada vez mais rápida e eficiente.

Diante dessa realidade, é crucial que o Poder Judiciário concentre esforços, no sentido de manter uma constante atualização e modernização do seu parque tecnológico, em busca sempre do aprimoramento dos processos de trabalho, sobretudo, em razão da premente necessidade de redução de gastos e aumento de produtividade, ou seja, teremos de realizar mais com menos.

Nesse cenário, surge a chamada "inteligência artificial", assim nominada, porque foi atingido um estágio de expertise tecnológica em que é possível processar uma gigantesca quantidade de informações, agrupá-las e estudá-las, extraindo conclusões e interpretações com altíssimo grau de refinamento. E, além disso, a máquina é capaz de prosseguir o seu autoaprimoramento, com constante processo de aprendizagem.

A "alma" desses poderosos sistemas, na verdade, é uma série de algoritmos matemáticos e estatísticos que possibilitam essa especial

capacidade de interpretar, aprender e "raciocinar" de modo aproximado ao processo cognitivo humano, daí a expressão "inteligência artificial".

Na seara do Direito, há um enorme campo de aplicação, tanto para advogados quanto para juízes e tribunais. Sabe-se que já foram desenvolvidas importantes ferramentas para escritórios de advocacia, capazes de tornar a gestão dos processos mais eficiente.

E o STJ, atento a essa realidade, tem-se empenhado em desenvolver estudos e projetos-pilotos para aprimorar processos de trabalho interno – tanto para área cartorária quanto para a atividade jurisdicional propriamente –, como também para utilização do público externo. O resultado que se busca, afinal, é maior eficiência de áreas estratégicas para o tribunal, com um gasto financeiro e laboral otimizado. Tenho orgulho de ter inaugurado esse trabalho no STJ e fico feliz de ver que tem sido dada continuidade pela nova gestão.

3. CONCLUSÃO

Somos uma jovem democracia, ainda em formação, nossa Carta Magna acaba de completar apenas 30 anos, passando por várias emendas, por várias controvérsias importantes suscitadas perante seu intérprete máximo, o Supremo Tribunal Federal, com inúmeros reflexos na vida dos cidadãos brasileiros, isso tudo sem falar nas polêmicas institucionais envolvendo os Poderes da República.

O Superior Tribunal de Justiça, criado nessa mesma Constituição Federal, veio para resolver a crise que assolava o Supremo Tribunal Federal, assoberbado com uma quantidade de processos impossível de ser administrada. Não obstante, após três décadas, o problema se renova, sob nova roupagem, no próprio STJ.

As turbulências sócio-político-econômicas pelas quais o país tem atravessado nos últimos anos geram indesejável instabilidade das relações sociais, públicas e privadas, e, por conseguinte, insegurança jurídica, o que contribui negativamente para agravar o quadro do chamado custo-Brasil, prejudicando nosso crescimento e desenvolvimento.

Os investidores, internos e externos, precisam de estabilidade, de confiabilidade, de segurança jurídica, para aportar seus dinheiros em novos

projetos ou ampliar os que já existem. Não há progresso sem investimento, não há investimento sem estabilidade.

Nesse cenário de múltiplas crises, o brasileiro, forte pela própria natureza, se mantém confiante e esperançoso em um futuro com mais oportunidades, justiça e igualdade.

O Poder Judiciário, em meio a essa turbulência, surge como um "moderador", um ponto de equilíbrio, um braço forte para compor crises internas e externas do Estado. A magistratura brasileira – formada por homens e mulheres vocacionados, comprometidos e empenhados na busca de uma sociedade justa e igualitária – está cumprindo com sua obrigação institucional e tem desempenhado bem seu papel. Espera-se atualmente do Poder Judiciário, de forma talvez antes não vista, uma resposta institucional que se traduza em credibilidade e segurança.

A meta de todos os Magistrados e Tribunais, acredito, é ser capaz de acompanhar a demanda dos jurisdicionados e manter o trabalho em dia, abreviando o tempo para o julgamento dos processos, tarefa essa bastante árdua, tendo em vista o vertiginoso aumento de ações e de recursos.

Aprimorar a prestação jurisdicional é o grande desafio. A questão que se apresenta em decorrência disso é saber justamente como efetivá-la. Não é tarefa fácil. Conjugar celeridade com qualidade da prestação jurisdicional parece ser o fiel da balança. Buscar novas estratégias tem sido essencial nessa luta por presteza e qualidade, ao mesmo tempo em que, estabilizadas as demandas, se alcance o ideal de todos: a segurança jurídica.

A Reserva do Possível e sua Aplicação

João Otávio de Noronha
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO

*Ministro João Otávio de Noronha**

1. INTRODUÇÃO

A **teoria da reserva do possível**, surgida na Alemanha, foi "importada" pelo Brasil e interpretada como sendo a **teoria da reserva do financeiramente possível**, porque limitava a concretização dos direitos fundamentais sociais à existência de recursos públicos disponíveis. Desde então, tem sofrido muitas críticas, calcadas inclusive no fato de que há profundas diferenças entre as realidades econômicas e sociais vivenciadas nas sociedades alemã e brasileira.

A concessão de acesso universal aos direitos fundamentais sociais, previstos constitucionalmente, é **dever** do Estado.

Contudo, há um limite de possibilidades materiais para a realização desses direitos imposto pela sociedade, pois o Estado reflete a riqueza da população, uma vez que o custeio das ações de serviços públicos depende do aporte de parte dessa riqueza para os cofres públicos. Daí o princípio da reserva do possível, segundo o qual os direitos sociais devem ser efetivados na medida da possibilidade de custeio do Estado.

---

* Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

É nesse cenário que se observa o aumento contínuo de demandas por serviços, tais como os relativos à saúde, desdobramento do direito à vida, cabendo ao Estado fazer escolhas, estabelecer prioridades e critérios a serem seguidos por meio da implementação de políticas públicas, dentro do limite do economicamente razoável.

Por isso deve o intérprete sopesar o binômio entre razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, buscando equilíbrio entre o dever do Estado de promover e proteger tais direitos sem comprometer as finanças públicas. Isso porque o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser obstáculo à eficácia e realização dos direitos sociais.

Assim, neste texto, propõe-se a ponderação de princípios colidentes na busca do equilíbrio entre valores aparentemente conflitantes, passando-se rapidamente pela questão da hermenêutica, necessária à tarefa interpretativa. A pretensão é contribuir para a fértil discussão sobre aplicação do princípio da reserva do financeiramente possível pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. SURGIMENTO DA TEORIA

A teoria da reserva do possível surgiu no Direito como forma de regular a extensão da atuação estatal no âmbito da efetivação dos direitos sociais e fundamentais, condicionando a prestação de serviços públicos à existência de recursos.

A origem dessa teoria (*Vorbehalt des Möglichen*) remonta a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*) concernente ao direito à educação.

Tratava-se de caso de candidatos ao curso de Medicina que não conseguiram ingressar nas faculdades públicas de ensino devido à limitação do número de vagas. Na época, o Tribunal Constitucional da Alemanha entendeu que o Estado não tinha recursos financeiros suficientes para proporcionar a todos os interessados educação ampla e satisfatória.

A pretensão dos estudantes baseou-se no art. 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e centro de formação.

O Tribunal alemão, diante do impasse, entendeu que a prestação requerida deveria corresponder ao que o indivíduo poderia razoavelmente exigir da sociedade, fazendo nascer a necessidade da razoabilidade dos pleitos em desfavor do Estado. Corresponderia ao que se poderia razoavelmente exigir da sociedade, mantendo limites razoáveis à obrigação de prestar do Estado[1].

Amparando-se nesse princípio, aquela Corte reconheceu que era necessário garantir a dignidade do ser humano. Entendeu que essa dignidade correspondia ao direito da população ao ensino básico gratuito e concluiu que o ensino superior, pelo menos naquele momento, não era obrigatório porque não fazia parte do núcleo de direitos fundamentais.

O Tribunal não reconheceu a falta de orçamento. A decisão, baseada na razoabilidade, amparou-se no fundamento de que a alocação de grande parte dos recursos para atender referido pleito comprometeria o bem comum da maioria e da sociedade.

3. CONCEITO

De acordo com o art. 7º, IV, da Constituição Federal, o mínimo existencial é o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida digna, efetivados os direitos à saúde, à moradia e ao ensino fundamental.

A ideia de reserva do possível é comumente associada à alegação de carecimento de recurso para a efetivação de direitos por parte do Estado. Assim, os direitos sociais que exigem prestação de fazer estariam sujeitos à **reserva do possível**, justificando-se a limitação do Estado nas reais condições socioeconômicas, em face daquilo que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade.

---

[1] De acordo com Humberto Ávila, **razoabilidade** diz respeito a **congruência**: "[...] o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação"; a **equivalência**: a razoabilidade deve ser considerada em relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona; a **proporcionalidade**: "Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim" (2004, pp. 106 e 109-110).

Portanto, a expressão **reserva do possível** refere-se ao fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sociais a serem por eles supridas.

A respeito dessa questão, Flávio Martins Alves Nunes Júnior escreve:

> Os direitos sociais, vistos como direitos de segunda dimensão ou geração, geram ao Estado um dever principal de agir, de fazer (não obstante, como vimos acima, é também gerado um dever de não fazer). Por essa razão, por estarem vinculados a prestações estatais concretas relacionadas a distribuição de bens materiais, estão intimamente ligados a uma dimensão econômica. Em outras palavras os direitos têm custos.
>
> [...]
>
> Embora todos os direitos tenham um custo, evidentemente os direitos sociais, que necessitam de reiteradas políticas públicas, têm um custo imediato mais intenso, impactante no orçamento, motivo pelo qual levantou-se a tese da "reserva do possível": limites fáticos, jurídicos e orçamentários que impedem o cumprimento imediato do direito social. Nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen, "a reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito".[2]

A reserva do possível traz, no bojo de suas discussões sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado em relação às prestações de fazer, o limite de suas possibilidades, que, em última análise, diz respeito ao limite que a sociedade pode suportar já que ela sustenta o Estado. Ou seja, a limitação do Estado está na razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Na verdade, é fato que a satisfação dos direitos tem custos elevados. Concretizar o projeto constitucional de garantia de direitos sociais, considerados fundamentais, demanda a concentração de elevados esforços na arrecadação, gestão, distribuição e alocação de recursos públicos.

---

[2] 2017, pp. 1.063/1.064.

Trata-se de recursos escassos na medida em são suportados pela sociedade mediante tributos, o que não pode ser negligenciado na promoção de políticas públicas direcionadas ao atendimento de tais direitos.

Flávio Martins ainda destaca que a reserva do possível não pode ser vista como parte integrante dos direitos fundamentais sociais ou do núcleo essencial desses direitos. Consiste, na verdade, em uma limitação jurídica e fática à execução desses direitos[3].

Todavia, há críticas a esse entendimento, destacando-se a de José Joaquim Gomes Canotilho, segundo o qual "rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica"[4].

Na verdade, a consideração dos direitos não pode desprezar a escassez; caso contrário, a questão ficará nas frágeis asas da utopia. Certamente que, em todos os países do mundo, há pessoas sendo assassinadas, há mendigos nas ruas, outros sem educação básica ou tratamento de saúde adequado, tudo em decorrência da escassez de recursos, mesmo nos países considerados ricos. A população não tem condições de arcar com um Estado ideal, sob pena de empobrecimento, que leva ao empobrecimento da própria nação. Também o Estado, por mais eficiente que seja, ainda terá falhas, pois por trás dele está o homem.

Portanto, é necessário levar em conta a escassez de recursos.

O Ministro Celso de Mello tem defendido que o direito à vida tem mais peso que o interesse financeiro do Estado, com o que concordamos, embora tenhamos de reconhecer a escassez do dinheiro público e sua má gestão (aí incluídos o desvio de verbas públicas e a corrupção), de modo que não há como realizar direitos sociais na falta de recursos. Confira-se o que diz Sua Excelência no voto proferido no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8 (DJ de 24/11/2000):

---

[3] Op. cit., p. 1.064.

[4] 2004, p. 108.

> Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Na verdade, o princípio da reserva do possível, considerado apenas sob o ponto de vista financeiro – como se se tratasse de alguma teoria do financeiramente possível, já que é comumente trazido à baila para embasar decisões acerca de questões que envolvem direitos fundamentais –, não pode ser dissociado da razoabilidade da pretensão deduzida.

Portanto, essa teoria está relacionada à razoabilidade da pretensão, o que está intimamente ligado à proporcionalidade.

A propósito da proporcionalidade, Marçal Justen Filho (1998) afirma o seguinte:

> [...] a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. Assim, por exemplo, a tensão entre Justiça e Segurança é permanente em todo sistema normativo. A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico. O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores.

É certo que o traslado de teorias estrangeiras deve ser avaliado e aplicado à luz das reais condições socioeconômicas do país que as recebe. A Alemanha é um país com alta renda *per capita*, economia ascendente e

qualidade de vida superior à do Brasil. Isso apenas em relação à questão econômica[5]. A Alemanha tem uma das economias mais sólidas do mundo.

Portanto, embora seja um princípio perfeitamente adaptável à realidade dos diversos países, essa leitura customizada é necessária, de forma a não ser limitada apenas ao sentido orçamentário, sobretudo ao cuidar de direitos fundamentais, item bastante sensível na realidade nacional, tendo em vista a existência de uma população extremamente necessitada em um Estado rico, mas com péssima gestão financeira.

4. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

É necessária uma rápida discussão acerca da questão da hermenêutica constitucional, em busca da concretização da norma constitucional.

Konrad Hesse (1991) afirma que "a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade", ou seja, a interpretação constitucional considera os fatos do mundo real além do texto.

A hermenêutica constitucional exige parâmetros de controle na interpretação que guardem conformidade com a consciência jurídica material, evitando-se arbitrariedades dos responsáveis pelas interpretações e respectivas decisões. A interpretação deve alcançar o objetivo de atualidade do texto constitucional, e o intérprete deve considerar os fatos como são na realidade.

Mesmo que se considere (não posso afirmar, é uma hipótese) que a atividade interpretativa pressupõe a subsunção da norma ao caso concreto, é preciso apreender o significado da norma à luz da compreensão do caso concreto a ser solucionado. Contudo, esse procedimento deve ser realizado no contexto histórico atual, ficando comprometida a concretização das normas na hipótese de tal procedimento ocorrer fora de um ponto da existência histórica. Isso explica parte das críticas feitas à aplicação da teoria do possível, surgida numa época passada, numa sociedade que nunca tangenciou situações similares às brasileiras.

---

[5] HESSEL e PERRONE, 2018.

Daí a oportuna observação de Canotilho: "Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista, que tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental"[6].

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS

Princípios, em sentido jurídico, são normas elementares ou disposições primordiais que constituem o alicerce do ordenamento jurídico. Nas palavras de Nelson Nery Junior[7], "são mandamentos de otimização", pois podem ser cumpridos em graus diferenciados, a depender das possibilidades reais e jurídicas envolvidas.

De modo geral, as normas contêm implícita ou explicitamente o princípio que lhes serve de fundamento. Portanto, trazem em si os fundamentos normativos que servem de pontos interpretativos.

A Constituição precisa ser interpretada em seu conjunto, como um todo sistematizado. A hermenêutica constitucional faz com que os dispositivos ganhem força ativa que influencia a realidade política e social.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade – este, na Reforma do Judiciário, foi positivado pela EC n. 45/2004, a qual inseriu no art. 5º da CF/88 o inciso LXXVIII, que assegurou a todos, no âmbito judicial ou administrativo, a "razoável duração do processo"–, segundo Luís Roberto Barroso, remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta de 1215, tratando-se de "valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle de discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema"[8].

A razoabilidade, como princípio de interpretação que impede a consumação de atos, fatos e comportamentos inaceitáveis, constitui uma

---

[6] Apud LENZA, 2008.

[7] 2016, p. 37.

[8] BARROSO, 2009, p. 305.

garantia do devido processo legal e de todos os princípios e garantias assegurados pela ordem constitucional brasileira.

Nesse sentido, Barroso observa que "[...] a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade"[9].

O princípio da razoabilidade nos julgados terá efeito de controle e invalidação em face dos dados objetivos de cada caso. A falta de razoabilidade nas decisões judiciais enseja injustiça.

Entretanto, deve ficar claro que é de difícil alcance esse princípio diante dos desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação. Daí a necessidade de o intérprete trabalhar com todos os instrumentos hermenêuticos – objeto, método, realidade e norma –, que devem ser manejados à luz do caso concreto.

Desse modo, os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito. Também devem ser considerados os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade e, em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.

Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada **razoabilidade interna**, que se refere à existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins.

Uma situação bastante pontual é a relativa aos pedidos de custeio de tratamento médico no exterior, não obstante o SUS oferecer possibilidade de tratamento em território nacional. Nessa situação, mesmo diante do direito fundamental à saúde previsto na Constituição, obrigar a

---

[9] Op. cit.

rede de saúde pública a financiar todo e qualquer tratamento no exterior significaria provocar uma lesão nesse sistema, mormente quando os tratamentos ofertados no exterior ainda estão em fase de experimento, sem eficácia comprovada. Estar-se-ia ferindo a isonomia e não garantindo o direito à saúde do postulante[10].

Outro exemplo são as construções em faixas de domínio público – rodovias e ferrovias – ou em faixas de proteção ambiental diante do direito à moradia. Trata-se de questão que leva o intérprete ou julgador a valer-se da proporcionalidade diante de interesses aparentemente antagônicos[11].

Como se trata de pretensões protetivas ligadas a forças aparentemente conflitantes, seria propício evocar a **máxima da proporcionalidade**, que se apresenta sob três condições, a saber: **necessidade** (meio mais benéfico ou menos oneroso para o cidadão), **adequação** e **proporcionalidade em sentido estrito**[12].

Se a pretensão protetiva colide com outros direitos fundamentais ou fere direitos protegidos constitucionalmente, em tese não pode ser acolhida pelo Poder Judiciário, que tem legitimidade para aferir esse parâmetro valorativo.

Há ainda outro requisito a ser enfrentado, isto é, a proporcionalidade em sentido estrito, que se verifica por meio do contraste da justificativa da pretensão protetiva no ordenamento jurídico, especialmente quando se tratar de restrição de direitos, como a liberdade.

Na segunda hipótese acima citada, há colisão de direitos fundamentais: direito à moradia, mas também à segurança (art. 4º da Lei n. 6.766/1979, obrigatoriedade da observância da faixa de domínio não edificável de 15 metros nas rodovias e ferrovias). Para além da questão de obras realizadas na faixa *non aedificandi*, ambos os direitos tocam ao direito maior previsto na Constituição: o direito à vida.

---

[10] TRF 1. AC n. 111106420114014100. DJe de 11/12/2014.

[11] REsp n. 1.748.699/RN, DJe de 13/11/2018.

[12] GOMES, 2013, p. 88.

A discussão é profunda. Tratando-se de colisão de direitos fundamentais insolúvel pelos métodos tradicionais, cabe ao magistrado valer-se dos métodos contemporâneos para sopesar todas as circunstâncias do caso concreto, os direitos fundamentais em colisão e as consequências jurídicas de cada um diante das possíveis soluções apresentadas pela Constituição.

Não se questiona o dever do Poder Público em relação à moradia, tampouco o direito à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme assegura o art. 225 da CF, ou à segurança dos cidadãos. Além disso, não se pode esquecer que o direito à moradia não encontrou nas políticas estatais forma razoável de solução, sendo certo que construções em lugares inadequados, invasões de terras públicas e particulares foram tornando-se comuns no país.

Em razão disso, essa colisão de direitos fundamentais é patente e, na busca da solução constitucionalmente adequada, cumpre ao juiz valer-se da razoabilidade para a aplicação eficaz de um direito fundamental.

6. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para alguns autores, são o mesmo e contêm em si ideias de natureza axiológica, das quais emanam valores relativos à Justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, enfim, uma escala de valores[13] que importam para sociedade no momento da decisão.

O princípio da razoabilidade é um princípio – que, em tese, serve para colocar limite à atividade discricionária do Estado – de não fácil alcance já que o aplicador deve transcender seus próprios pensamentos sobre o que seja bom, certo e justo para ir colher dos princípios gerais

[13] Os valores se organizam na seguinte escala de importância: **ÉTICO** é o juízo sobre o bem e o mal e refere-se àquilo que é vital/vida. **MORAL** é a ação normativa do comportamento, costumes, hábitos, normas e leis e refere-se ao convívio humano em sociedade. **MATERIAL** é o juízo sobre o que é necessário para a sobrevivência humana. **RELIGIOSO** é o juízo sobre o que é bom para o espírito e refere-se às coisas da alma. **ESTÉTICO** é o juízo sobre o belo e o feio e refere-se às coisas do mundo sensível, da natureza. **UTILIDADE** é juízo sobre o que é melhor e pior e refere-se às coisas e aos objetos (MONDIM, 2018).

que guardem conformidade com a consciência jurídica geral a solução interpretativa. Tudo isso no momento social adequado, já que a sociedade está em permanente transformação. Uma das particularidades opostas à **nacionalização** do princípio da reserva do possível diz respeito justamente à inadequação pela diferença de realidades entre Brasil e Alemanha.

Daí a necessidade de o intérprete manejar os instrumentos hermenêuticos à luz do caso concreto, evitando arbitrariedade. Daí também o porquê de tal princípio ser de aplicação adequada para a resolução de conflitos no Brasil, pois nunca é visto isoladamente, senão em conjunto com outros princípios consagrados constitucionalmente.

Todavia, não se fala em princípio da razoabilidade sem trazer a lume o importante princípio da proporcionalidade, segundo o qual as medidas tomadas pelo julgador devem guardar proporção direta com as necessidades a serem atendidas, ou seja, o alcance das decisões deve ter razoabilidade para que não caia na arbitrariedade.

A decisão judicial não deve desbordar do que seja realmente necessário para sua finalidade. Deve-se esclarecer que, quando os operadores do direito aplicam dispositivos constitucionais a vários casos, mas de formas diferentes, estão usando o princípio da razoabilidade para fazer justiça e dar efetividade às normas constitucionais.

Convém destacar que as constituições costumam traduzir-se em longo elenco de propósitos e finalidades: elas definem determinado fim a ser alcançado e nem sempre dispõem sobre os meios para tanto, sendo, portanto, de crucial importância a interpretação.

Daí dizer-se que o princípio da razoabilidade é hermenêutica constitucional; nas palavras de Paulo Bonavides, "abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição"[14].

---

[14] 2003, p. 359.

Esse é um princípio fundamental para dar efetividade às normas constitucionais; portanto, está em relação de complementaridade com o princípio da reserva legal. Observa-se que uma das garantias constitucionais é que os homens sejam tratados equitativamente, o que pressupõe, para além da igualdade formal, tratamento diferenciado que permita a adequação da lei às necessidades de cada um e de todos.

A inobservância dos princípios é em si uma inconstitucionalidade, pois o intérprete constitucional deve ter como ponto de partida os princípios constitucionais, que são os espelhos da ideologia da Constituição. Portanto, sem princípio, não há ordem constitucional e, sem ordem constitucional, não há democracia nem Estado de Direito.

7. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO STJ E NO STF

O Município de Criciúma questionou, no REsp n. 1.185.474/SC[15], a obrigação imposta pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina de criar vaga em creche. Alegou a precariedade do orçamento público e violação das disposições dos arts. 32 e 87 da Lei n. 9.394/1996.

Afirmou que "a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz ver que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras", ou seja, da reserva do possível.

A segunda Turma do STJ, ao apreciar a questão, seguindo o voto do relator, Ministro Humberto Martins, entendeu que o princípio da reserva do possível deveria ser aplicado ao caso. Do voto consta o seguinte:

> A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por que motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

[15] REsp n. 1.185.474/SC, DJe de 29/4/2010.

Para o relator, "a doutrina e jurisprudência germânica, conscientes da existência de limitações financeiras, elaboraram a teoria da 'reserva do possível' (*Der Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado".

Registrou que não se pode exigir da ação humana a realização de algo impossível, destacando que a problemática está em que as limitações orçamentárias vão de encontro à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que, em regra, realizam-se com a implementação de prestações positivas pelo Estado.

Contudo, a realização dos direitos fundamentais não é ato que possa ficar restrito ao juízo discricionário do governante, pois são direitos ligados à dignidade humana, entre os quais os relacionados aos direitos prestacionais essenciais como educação e saúde. Nesse aspecto está o desafio do governante, pois são direitos que, sendo prestacionais, demandam medidas positivas do Poder Público e abrangem a alocação significativa de recursos para sua efetivação.

Assim, o Ministro Humberto Martins analisou o disposto no art. 4º da Lei n. 8.069/1990 (que praticamente repete o art. 227 da Constituição Federal), segundo o qual:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Concluiu, pois, que a priorização dos investimentos na educação infantil, devido a sua essencialidade, não é resultado de opções políticas dos ocupantes momentâneos do cargo de chefe do Poder Executivo, mas sim de imposição da própria Carta Magna.

Salientou ainda que o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão no julgamento do RE n. 436.996/SP, tendo asseverado que a educação infantil não se expõe a avaliações meramente discricionárias da administração pública.

Entendeu, portanto, ser dever do Estado, quando alega insuficiência de recursos, demonstrá-la, pois não se admite a tese como mera desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, manteve a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em outro caso, no REsp n. 353.147[16] (relator Ministro Franciulli Netto), a Segunda Turma conheceu de outro aspecto da aplicação do princípio na hipótese de direito fundamental à saúde.

O caso era de um portador de retinose pigmentar que afetava os dois olhos e que o deixaria cego, tendo em vista a progressão da doença. Os médicos nacionais recomendaram tratamento no exterior, em um centro mundial que desenvolvia estudos sobre a doença. Contudo, o paciente não conseguiu o custeio do tratamento pelo Estado: o Ministério da Saúde, nos termos da Portaria n. 763 de 7 de abril de 1994, indeferiu o pedido.

A questão chegou ao STJ, que determinou a realização do tratamento.

O relator entendeu que, diante de um direito fundamental, qualquer justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público cairia por terra. Adotou a doutrina de Ives Gandra da Silva Martins de que "o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo"[17].

Todavia, a Ministra Eliana Calmon divergiu do relator por entender que, se ao sistema privado de prestação de serviço de saúde não se pode impor limites além do contrato, em relação ao sistema público, o limite está nas forças da receita reservada para cada rubrica. Acrescentou ser "muito fácil o discurso liberal de que o direito à vida e à saúde é absoluto

---

[16] REsp n. 353.147/DF, DJ de 18/8/2003.

[17] 1985, p. 27.

e acima de qualquer interesse. Mas a verdade é que só o conhecimento médico-administrativo pode priorizar os tratamentos e autorizá-los ou não, o que não pode ficar ao saber das informações obtidas pela parte, ou chanceladas pelo Judiciário que, sem o conhecimento fático necessário, enxerta razões subjetivas como fundamentos das decisões da Justiça, o que me parece lamentável, em termos de segurança jurídica".

Contudo, prevaleceu o entendimento do relator, Ministro Franciulli Netto, embora haja julgados em sentido contrário.

O Supremo Tribunal Federal, no RE n. 581.488[18], da relatoria do Ministro Dias Toffoli, analisou interessante questão suscitada em ação civil pública movida em desfavor da União em que se discutia o acesso de paciente a internação pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em acomodações melhores e atendimento por médico selecionado pelo paciente, mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes.

O relator reconheceu ser constitucional a regra que veda, no âmbito do SUS, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio sistema ou por conveniado, mesmo que o paciente arque com a diferença de custos.

Em seu voto, afirmou o Ministro que o sistema público de saúde no Brasil, instituído pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), prevê dois eixos de ação. Em primeiro lugar, estabelece a prestação de serviços públicos de saúde e, em segundo lugar, uma gama de atividades denominadas de ações de saúde relacionadas nos arts. 200 da Constituição Federal e 5º e 6º da Lei n. 8.080/1990.

O sistema nacional de saúde está baseado nos princípios da universalidade, integralidade e equidade, mas isso não significa que o Estado deva fornecer todo tipo de serviço de saúde na forma pretendida pelos cidadãos. A cobertura, segundo o entendimento do relator, deve ser, de fato, a mais ampla possível, observando-se os elementos técnicos regulados pelo Estado e pela ciência, bem como os limites orçamentários estritos. Ou seja, os serviços devem ser reconhecidos como adequados pelas

[18] RE n. 581.488/RS, DJe de 8/4/2016.

autoridades científicas, médicas, farmacêuticas e administrativas (sanitárias) e serão prestados de acordo com a capacidade econômica do Poder Público, sendo absolutamente lógico que os direitos sejam garantidos por meio da prestação do serviço público no local em que haja verba orçamentária suficiente. Observe-se trecho do voto:

> Essa ideia de que o Estado deve fazer o que é possível há de estar sempre aliada ao senso de necessidade, do que é necessário executar, elemento essencial à elaboração e à boa implantação de políticas públicas.

Também registrou o seguinte:

> [...] o fato de os custos extras correrem por conta do próprio interessado, não implicando, ao menos, financeiramente, despesas extras para a Administração, não possui o condão de autorizar a implantação da "diferença de classe". Primeiro porque, embora a questão econômica não possa ser ignorada, ocupará sempre papel secundário diante dos objetivos constitucionalmente impostos ao ente estatal; em segundo lugar, porque a implementação de um sistema de saúde equânime foi uma missão expressamente imposta ao Estado; e, em terceiro lugar, porque a igualdade, inclusive no atendimento público de saúde, é algo compreendido no próprio conceito de dignidade da pessoa humana, constituindo, portanto, fundamento da República, o qual deve ser incansavelmente perseguido e aplicado pelo Estado sempre que for chamado a atuar.

Portanto, com base nos exemplos acima indicados, observa-se que a reserva do possível como princípio condicionante da efetivação dos direitos sociais abrange questões além da financeira, havendo uma tendência bastante acentuada de observância dos princípios da razoabilidade e da reserva do possível quando se condena o ente público a realizar os direitos da população à saúde e à educação.

8. CONCLUSÃO

A grande questão referente aos direitos sociais é que, como são previstos constitucionalmente (por exemplo, o art. 196, segundo o qual a

saúde é um direito de todos, é dever do Estado), devem ser cumpridos tal como um pacto social.

Observa-se que a **Constituição Federal de 1988 conferiu à vida o *status* de bem maior entre os direitos fundamentais; portanto, na prática, não deve haver descaso com a saúde e com outros direitos sociais, que nada mais são do que desdobramentos do direito à vida, à vida com qualidade, tal como o direito à educação**.

Assim, o Estado tem o dever de conceder a todos o acesso universal a esses bens, protegendo o cidadão. O custeio das ações de serviço de saúde baseia-se nas receitas públicas decorrentes do ingresso de recursos nos cofres públicos.

No entanto, os recursos públicos necessários para a implementação desses direitos são escassos diante de demandas ilimitadas.

Daí o surgimento do princípio da reserva do possível, construção da jurisprudência alemã, o qual estabelece que os direitos sociais devem ser efetivados de acordo com a possibilidade de custeio do Estado e desde que a demanda por esses direitos esteja dentro do limite do economicamente razoável.

Para a observância desse princípio, deve-se sopesar o binômio entre a razoabilidade da pretensão e a disponibilidade financeira do Estado, buscando-se equilíbrio entre o dever do Estado de promover e proteger tais direitos e o não comprometimento das finanças públicas.

Não por outro motivo, Fernando Gomes Correia Lima e Viviane Carvalho de Melo[19] discorrem sobre a matéria nestes termos:

> O **Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência** é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir

[19] 2018.

> do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à **reserva do possível** no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Portanto, deve-se considerar a disponibilidade de recursos materiais do Estado, a prévia previsão orçamentária para aquele gasto público e a razoabilidade da pretensão constante do requerimento de providência ao Estado.

Apesar disso, no Brasil, o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser tido como um obstáculo à eficácia e realização dos direitos sociais, tendo em vista as particularidades existentes no país, como desigualdade na distribuição de renda, o que enseja a necessidade de o Estado prover as necessidades básicas de uma vida mais digna. Dessa forma, a mera alegação da reserva do financeiramente possível não constitui empecilho à efetivação desses direitos, como se tem observado em larga escala no que tange ao direito à saúde, pois são inúmeras as decisões que determinam a realização de tratamentos.

Em relação a essa questão, não há discricionariedade do administrador público, de forma que a escolha estatal de alocação de recursos públicos deve respeitar os direitos sociais. Afinal, as normas constitucionais são dotadas do atributo da imperatividade, tendo o Estado o dever de assegurá-los efetivamente a todos os cidadãos como decorrência da garantia do direito à vida, conforme estabelece a Constituição Federal.

Portanto, o argumento da falta de recursos financeiros pelo Estado não se sobrepõe ao dever de garantir direitos correlatos à dignidade humana.

Assim, **esses direitos têm de ser cumpridos, pois vivemos num Estado Democrático de Direito, sustentado por uma Constituição viva e eficaz e não mera letra morta. A sociedade que vive a democracia e pactua obrigações com o Estado deve ter a consciência de que a concretização de seus direitos é dever do Estado, e não um favor que lhe é prestado**.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> .

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 106 e 109-110.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 108.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSEL, Rosana; PERRONE, Célia. Diferenças entre as economias alemã e brasileira são gritantes. In: *em.com.br: Economia*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2014/07/10/internas_economia,546915/diferencas-entre-as-economias-alema-e-brasileira-sao-gritantes.shtml>. Acesso em: 9 dez. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho de. *O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde*. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46:artigos&Itemid=18>. Acesso em: 9 dez. 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Caderno de Direito Natural: Lei Positiva e Lei Natural n. 1*, 1. ed., Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27.

MONDIM, Westerley Santos Batista. *Valores: axiologia ou teoria dos valores*. Disponível em: <https://sites.google.com/site/filosofiapopular/etica/valores---axiologia-ou-teoria-dos-valores>. Acesso em: 7 dez. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 1.063-1.064.

A Importância do Conselho Nacional de Justiça para o Desenvolvimento Social e Econômico: uma Avaliação nos 30 Anos da Constituição Federal de 1988

Humberto Martins
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A IMPORTÂNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E ECONÔMICO: UMA AVALIAÇÃO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins**

1. INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma estrutura nova no contexto do Poder Judiciário nacional. Ele foi criado com o objetivo de efetivar um controle administrativo e financeiro de todos os órgãos jurisdicionais do Brasil, sem distinção de ramo (justiça especializada trabalhista ou militar) ou de dependência (federal, estadual ou distrital). A sua criação decorre da aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário; essa é uma origem jurídico-normativa. Todavia, a sua criação está diretamente relacionada a um movimento mundial de reorganização dos órgãos judiciais em dezenas de países. O movimento mundial pela reforma do Poder Judiciário continua em ação ao redor do mundo. Ele se relaciona com a percepção que emergiu nas democracias ocidentais, no final do século passado, acerca da necessidade de um sistema jurídico bem ordenado e coerente para possibilitar – ou para garantir – o desenvolvimento social e econômico. O presente artigo parte dessa ideia primeira – a importância de um ordenamento jurídico

* Corregedor Nacional de Justiça.

moderno para o desenvolvimento – para demonstrar que existe uma correlação necessária entre ela e a existência de uma organização judiciária eficiente. Por outro prisma, é possível considerar que, sem um Poder Judiciário eficiente e ordenado, diminuirão as chances de desenvolvimento social e econômico de um país. Uma das facetas desse movimento mundial de reforma do Poder Judiciário é a expansão da experiência francesa, italiana, portuguesa e espanhola de criação de conselhos da magistratura para garantir a supervisão administrativa e a independência dos judiciários nacionais. Como descreve Herbert Cornelio Pieter de Bruyn Júnior:

> Atualmente, os Conselhos estão presentes em vários países do mundo, onde começaram a se disseminar na década de 1960, com a função precípua de garantir a independência do Judiciário. Amiúde, atuam, ainda, como órgãos de planejamento, gestão e controle disciplinar, bem como, às vezes, de seleção de magistrados. Na Europa, onde em geral o Conselho é considerado como evolução ao sistema de freios e contrapesos, há dois modelos: (i) o latino-europeu, no qual predominam os laços com o Executivo (sistema francês, italiano, etc.); (ii) o nórdico-europeu, surgido na Suécia em 1975, que formula o projeto de orçamento do Judiciário e cuida de sua distribuição entre os diversos ramos, coordena toda a política de custeio e investimentos, gerencia os recursos humanos, físicos e logísticos: além de se encarregar do recrutamento e treinamento dos juízes. E seu plenário que faz, ainda, a distribuição dos recursos, do balanço anual e justificativa de gastos. É seguido, também, pela Dinamarca. Na América Latina, o processo de reforma do Judiciário, com o objetivo de aprimorar a administração da Justiça e possibilitar ampliação ao seu acesso, bem como a simplificação de procedimentos, teve o apoio do Banco Mundial, a despeito das críticas de que, em regra, neste continente, os Judiciários não dependem do Ministério da Justiça, diversamente da Europa. A esse respeito, é de relevo citar o Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial, o qual prescrevia a reforma do Judiciário pela adoção: (i) de um órgão de controle externo; (ii) de meios alternativos de solução de conflitos; (iii) da prevalência da jurisprudência dos órgãos de cúpula. Nessa parte do hemisfério, além do Brasil, pode-

> se citar a constituição de Conselhos, entre outros, na Argentina (1994), na Colômbia (desde 1886, reformado na Constituição de 1991), no Peru e no México (1994)[1].

Outros autores demonstraram esse processo de construção de conselhos nacionais e estaduais de supervisão do Poder Judiciário na América Latina e na Europa, como Charles Pessanha[2]. Ainda, Alexandre Veronese e Eduardo Manuel Val identificaram, em artigo publicado em 2008, a formação de conselhos na Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela[3]. Os autores, ainda, comparam as competências dos conselhos da Argentina e do Brasil para concluir que as diferenças institucionais entre eles estão relacionadas com as distintas culturas judiciárias e jurídicos dos dois países. Assim, o dilema dos dois países é o mesmo: garantir independência judicial. Contudo, as fórmulas podem ser diferentes, em razão da história política de cada país. Nesse sentido, cabe entender que a necessidade de formar conselhos de supervisão gerencial do Poder Judiciário se relaciona com a busca de uma maior independência e eficiência. Esse é o tema do presente artigo.

O artigo possui três partes. A primeira parte trata da necessidade de fixar um sistema jurídico ordenado e coerente para que o direito possa ser compreendido e, assim, vivido por todos os cidadãos. Esse é um imperativo moderno do direito. As normas jurídicas precisam ser portadas – e sentidas, vividas – pelos cidadãos para que o direito possa existir em sua plenitude. A segunda parte reavalia um debate muito importante acerca de uma pergunta bem antiga: como é possível fazer os direitos subjetivos

---

[1] PIETER DE BRUYN JÚNIOR, Herbert Cornelio. A separação dos poderes e o Conselho Nacional de Justiça: uma análise da independência do judiciário em face do CNJ. **Direito Federal: revista da AJUFE**, ano 30, n. 96, p. 383-426, 2017, p. 403-404.

[2] PESSANHA, Charles. A experiência dos conselhos de magistratura ibero-americanos: uma análise. In: IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 4-7 ago. 2014, **Anais Eletrônicos do IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. Belo Horizonte: ABCP, 2014.

[3] VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. Notas comparativas acerca dos conselhos nacionais de justiça do Brasil e da Argentina. **Revista Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 7-21, 2008.

se tornarem realidade? É evidente que a existência de boas leis é um passo relevante para tanto. Mesmo assim, é evidente que a existência de um aparato judicial, bem organizado e eficiente, mostra-se necessário para a concretização de direitos. Por fim, a terceira parte apresenta o conceito de constituição constitutiva de direitos. Esse conceito será trazido da obra recente de Gunther Teubner, cujos esforços intelectuais recentes têm se dedicado à compreensão de um constitucionalismo global. A passagem por esses três temas – sistema normativo claro, efetividade jurisdicional, constitucionalismo em prol da expansão de direitos – servirá para justificar a missão do Conselho Nacional de Justiça do Brasil, no escopo da interpretação de uma consolidação da Constituição Federal de 1988 nesses 30 anos. A conclusão do trabalho evidenciará que o Conselho Nacional de Justiça é um exemplo de uma reforma gerencial em prol da efetividade do direito – por um lado – e da afirmação continuada do Estado de Direito no Brasil – por outro.

2. A NECESSIDADE DE ORDENAR A VIDA SOCIAL E ECONÔMICA COM ATENÇÃO À JUSTIÇA

Qual a influência de um sistema jurídico em relação ao desenvolvimento social e econômico de um país? Essa pergunta está na base da reflexão de um dos fundadores da sociologia moderna: Max Weber. Esse autor alemão nos legou obras clássicas sobre a compreensão da vida social e pode ser considerado, também, como um dos fundadores da sociologia do direito. Em sua obra magna – "Economia e Sociedade: esboço de uma sociologia compreensiva" –, Max Weber redigiu um capítulo específico para tratar da sociologia do direito[4]. A sua teoria de classificação dos sistemas jurídicos é dirigida à produção da resposta teórica à pergunta que inicia esse parágrafo. Max Weber se formou em direito pela Universidade de Heidelberg, tendo dedicado largos estudos ao estudo da economia e da história. A sua tese de doutoramento tratou do sistema agrário romano, indicando claramente que o objetivo de sua futura sociologia seria lançar as bases para a formulação de uma teoria da sociedade moderna que considerasse o direito como um elemento central para a vida social.

---

[4] WEBER, Max. **Economia e sociedade**, v. 2. Brasília: Editora da UnB, 1999.

Portanto, ao se seguir a trajetória e o diagnóstico de Max Weber, é possível indicar que o direito configura um elemento central para que haja o desenvolvimento econômico e social de uma nação. Um sistema jurídico claro e coerente se apresenta como um imperativo para que os cidadãos possam estabelecer, entre si, relações jurídicas seguras e previsíveis. Esse ponto de vista não se refere apenas à teoria da sociedade. Ele acabou por influenciar diversas ações que foram empreendidas por vários governos ao redor do mundo em prol de reformar sistemas judiciários. Um bom exemplo é uma pesquisa publicada em 1999 pelo Banco Mundial, na qual eram analisados vários indicadores de performance judicial em diversos países[5]. O objetivo da pesquisa era avaliar os países em razão das reformas judiciais que estavam sendo empreendidas, bem como daquelas que estavam sendo projetadas. Essa pesquisa foi realizada com base em estudos e diagnósticos anteriores, que foram realizados pelo mesmo Banco Mundial[6]. Ao voltar, portanto, para os anos 90 do século passado, tem-se um claro de que o sistema jurídico e o Poder Judiciário eram vistos – ao redor do mundo – como elementos cruciais.

A questão primeira, contudo, está relacionada com a existência de um sistema jurídico, no sentido clássico da palavra, ou seja, normas jurídicas organizadas e claras para permitir a realização de práticas sociais e econômicas com o máximo de segurança jurídica. Não somente empresas e investidores teriam interesse na existência de normas jurídicas confiáveis. As próprias sociedades nacionais também demandavam a existência – ou melhoria – de um Estado de Direito. Os países do Leste Europeu haviam sido libertos recentemente de processos ditatoriais, com o colapso da União Soviética, e precisavam reorganizar os seus sistemas jurídicos nacionais em bases liberais. Em nosso caso, na América Latina, vários países estavam caminhando para uma redemocratização e, assim, precisavam melhorar os seus sistemas judiciários. É a partir dessa compreensão que se pode

---

[5] DAKOLIAS, Maria. **Court performance around the world: a comparative perspective**. Washington, DC: World Bank, 1999 (World Bank technical papers, 430).

[6] DAKOLIAS, Maria. **The judicial sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform**. Washington, DC: World Bank, 1996 (World Bank technical papers, 319).

observar, ao redor do mundo, um processo global de reforma jurídica e do Poder Judiciário.

É evidente que a reforma do sistema jurídico estava relacionada com a própria reforma do Estado. Em sentido mais amplo, o sistema jurídico é uma peça angular do Estado. No caso do Brasil, esse processo de reforma do direito pode ser visto – hoje – como uma marcha pela reformulação de várias áreas. Assim como a codificação havia sido um processo necessário e importante na modernização dos países no século XIX[7], a reforma do direito – e ainda é – relevante no século XX e XXI. No caso do Brasil, isso é evidenciado pela sanção e vigência de um novo Código Civil (2002), de um novo Código de Processo Civil (2015) e de uma reforma da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, renomeada para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (2018). Além dessas mudanças, ocorreram diversas alterações em outras leis e códigos em prol da atualização do direito brasileiro. Assim, o direito – e isso é muito perceptível nos países da tradução romano-germânica – não é modificado apenas para acolher novas áreas que necessitam de regulação jurídica. Ele é, também, modificado para atualizar o sistema jurídico em sintonia com o mundo.

A reformulação do ponto de vista estatutário, ou seja, a partir da aprovação pelo parlamento e da sanção pela presidência de novas normas jurídicas, é muito relevante. Contudo, a atualização do direito se dá, também, pelo seu uso social, bem como pela interpretação judicial. É evidente que os países de tradição romano-germânica têm sido influenciados pela lógica dos precedentes judiciais[8]. Essa incorporação de culturas jurídicas é um fenômeno que foi diagnosticado por Luiz Werneck

---

[7] NEVES, Marcelo. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 30, n. 88, p. 5-27, 2015; VERONESE, Alexandre. Entre os dispositivos conceituais e a gramática: o direito e a política na formação do Código Civil de 1916. **Revista Escritos**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 297-338, 2012.

[8] CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. A crescente importância da jurisprudência em matéria eleitoral. In: I'talo Fioravanti Sabo Mendes (org.). **O direito em precedentes judiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 205-220.

Vianna, ao indicar que os magistrados brasileiros estavam sintonizados com as transformações mundiais em marcha nas democracias ocidentais avançadas. A ressignificação de um conceito de direito que incorpora valores de justiça – denominada pelo autor citado como "positivação do direito natural" – em seu seio é uma clara evidência desse diálogo entre as culturas jurídicas ocidentais[9].

Em suma, a atualização e a melhoria no direito objetivo são elementos claramente importantes para a configuração contemporânea do Estado de Direito. Não é, entretanto, a única providência necessária. Para que o sistema jurídico – entendido como o direito objetivo – possa ser eficaz, ele requer atenção gerencial para ser eficiente. O Estado de Direito, portanto, requer eficiência, como será descrito na próxima seção.

3. JUDICIÁRIO EFICIENTE E DIREITOS GARANTIDOS

Um dos problemas mais agudos no que se refere à expansão dos direitos está adstrito aos meios de garantia e de fruição. Esse problema pode ser visualizado nos conflitos que, por vezes, opõem o Poder Judiciário ao Poder Executivo. É certo que a função primeira do Poder Executivo está dirigida à gestão da máquina administrativa que, no caso do regime federativo do Brasil, envolve a entrega de diversos direitos aos cidadãos. Há dois exemplos que demonstram a necessidade de ação coordenada entre o Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. O primeiro exemplo é o Sistema Único de Saúde, que envolve ações diretas dos três níveis de administração. A União gerencia hospitais tanto quanto os Estados, o Distrito Federal e o município também o fazem. Ainda, a União supervisiona a oferta de serviços de saúde por particulares, bem como fiscaliza e regula os planos de saúde. No caso da oferta direta, existe uma partição de especialidades entre os vários entes federativos. Assim, além de complexo, o provimento do direito à saúde é cooperativo. Para que ele seja eficiente, faz-se necessária a colaboração entre os diversos níveis de administração, bem como uma clara atuação

[9] VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, 'positivação' do direito natural e história. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996.

regulatória do sistema privado. O segundo exemplo é a educação. A União oferta serviços educacionais nos quatro níveis: educação fundamental, ensino médio, ensino superior e estudos de pós-graduação. Todavia, há Estados da Federação que assim também procedem. E existem municípios que são instituidores de entidades de educação superior ditas comunitárias, ou seja, que atuam na oferta do ensino superior. Além disso, existe uma ampla rede de entidades educacionais privadas, com ou sem fins lucrativos, que oferecem variados níveis de educação. Assim como na saúde, sobressairá nessa análise a necessidade de cooperação.

Para que possamos – do ponto de vista de um país tão grande e complexo como o Brasil – postular eficiência, é imperativo que haja cooperação. A boa cooperação otimiza recursos e facilita a circulação de informação entre os diferentes componentes do sistema em questão. Dessa forma, as experiências exitosas podem ser compartilhadas, assim como é possível que os bons padrões de gestão sejam melhorados e racionalizados. É claro que a complexidade continua a ser um traço marcante desses sistemas de oferta de serviços públicos. Esse elemento já havia sido indicado por Boaventura de Sousa Santos, ao estudar o Poder Judiciário português e definir que:

> A emergência nesse período, sobretudo na área econômica, de uma legalidade negociada assente em normas programáticas, contratos-programa, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, originou o surgimento de litígios altamente complexos, mobilizando conhecimentos técnicos sofisticados, tanto no domínio do direito, como no domínio da economia e da ciência e tecnologia[10].

Contudo, é possível que a complexidade passe a ser um elemento inerente do sistema jurídico, sem se transformar em um obstáculo para o desenvolvimento, uma vez que existem meios gerenciais para lidar com ela. A construção do Conselho Nacional de Justiça foi – e tem sido – um meio

---

[10] SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 30, n. 88, p. 5-27, 2015.

para lidar com essa complexidade, no caso brasileiro. O Conselho veio exatamente para produzir um órgão nacional de controle administrativo, supervisão e planejamento judiciário[11]. A peculiaridade do Poder Judiciário do Brasil é a existência de vários ramos especializados de justiça, que são órgãos da União, em paralelo com vários judiciários estaduais. A tendência histórica foi a construção de sistemas judiciários estaduais que continham muitas peculiaridades e que não estavam integrados. O Conselho Nacional de Justiça veio a se consolidar como um ponto de encontro entre os vários sistemas estaduais e os vários sistemas federais.

4. EM PROL DE ACLARAR A FUNÇÃO CONSTITUTIVA DE DIREITOS DA CONSTITUIÇÃO

A teoria dos sistemas possui Niklas Luhmann como uma incontornável referência em relação à compreensão teórica do direito moderno[12]. Esse autor pode ser considerado como um continuador distante de uma evolução da sociologia do direito iniciada por Max Weber. A obra de Niklas Luhmann foi influenciada, como toda a sociologia do Século XX, por Talcott Parsons, o qual, por conseguinte, apesar de ser norte-americano, realizou seus estudos de doutoramento na Universidade de Heidelberg, na Alemanha. A Universidade de Heidelberg foi a instituição germânica na qual Max Weber lecionou por décadas. Naquela instituição, as obras dele figuravam como referências obrigatórias para os estudantes das áreas de humanidades. A teoria de Niklas Luhmann possui uma singularidade analítica, que é o seu rigor conceitual, tendo influenciado diversos pensadores contemporâneos da área de direito. Entre esses, vale

---

[11] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O CNJ e o planejamento do Judiciário. In: MENDES, Gilmar Ferreira (coord.); SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (coord.); MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). **Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 295-316; AMORIM, José Roberto Neves. O papel do CNJ na gestão dos interesses do Judiciário. In: LEWANDOWSKI, Ricardo (org.); NALINI, José Renato. **O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 107-114.

[12] RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis: Editora Vozes, 2017.

destacar um trabalho recente de Gunther Teubner, por meio do qual o autor busca compreender o tema da emergência do constitucionalismo global.

Ao utilizar a teoria dos sistemas, os teóricos buscam isolar trechos das sociedades modernas para poder fundamentar os empreendimentos analíticos. Assim, é localizada a crescente especialização dos subsistemas sociais, bem como as interações que existem entre eles, seja pela identificação de estruturas, seja pela definição de funções. Assim é que Gunther Teubner descreve o aparecimento de funções constitutivas nos sistemas constitucionais. Ela é a função por meio da qual os sistemas constitucionais servem como base para a estruturação de si mesmas e do próprio sistema jurídico. Elas servem, também, como elemento para influência em outros sistemas sociais. Podemos identificar que as constituições modernas – e a sua interpretação, também, por óbvio – têm a tendência de definir direitos subjetivos aos cidadãos, identificados esses como a base das interações sociais, em sintonia com uma escala global de fixação. Vale conferir a definição do autor que evidencia a relação de marcos locais – nacionais, por exemplo – e uma emergente constituição global:

> As outras constituições setoriais – a constituição da economia, ciência, mídia e sistema de saúde – realizam a função constitutiva paralela, designadamente, de assegurar a autonomia do seu meio específico, contemporaneamente, em escala global. Cada constituição parcial faz uso de regras constitutivas para regular a abstração de meios comunicacionais homogêneos – poder, dinheiro, direito, conhecimento – como um construtor social inserido num sistema funcional globalmente constituído[13].

O ponto de vista do autor pode, inclusive, ser ampliado para identificar a formação de uma base jurídica mais ampla de direitos subjetivos. Tais direitos subjetivos não são previstos, necessariamente, na obra constitucional primária. Ao contrário, eles decorrem da evolução

---

[13] TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 75-76.

constitucional que acompanha a história dos vários países. Se dirigirmos o nosso olhar aos Estados Unidos da América, veremos que a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787-1788 foi precedida pela Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, por meio da qual foram reconhecidos diversos direitos civis e políticos. Em 1791, houve, ainda, a ratificação das dez emendas à Constituição original, que é denominada de Carta de Direitos dos Estados Unidos. O direito à liberdade de expressão e de imprensa, por exemplo, decorre da Primeira Emenda. O direito ao devido processo legal foi fixado pela Quarta Emenda. O processo de evolução constitucional, nos Estados Unidos da América, contudo, não foi interrompido pela produção de textos pelo Congresso. Ao contrário, a interpretação de casos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América é um processo histórico de construção e refinamento dos direitos subjetivos originalmente previstos na aurora daquela república.

Podemos indicar que as obras legislativas do Congresso e a sua apreciação por parte dos tribunais, com destaque para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, é responsável pela constituição – no sentido funcional de Gunther Teubner – de novos direitos. Vale exemplificar esse processo de atualização, ou seja, de exercício da função constitutiva. A Constituição daquela nação possui um evidente caráter liberal e prescreve direitos que são somente oponíveis ao Estado. Assim, as liberdades e garantias dos cidadãos são barreiras contra a intervenção arbitrária do poder estatal. Não obstante isso, cabe entender que o poder privado, ao longo do século XIX, posteriormente ao fim da Guerra Civil Americana em 1865, cresceu enormemente. Houve, portanto, necessidade de controlar as empresas privadas e a primeira agência reguladora independente data do final do Século XIX: a "Interstate Commerce Commission" (Comissão Interestadual de Comércio). Esse crescimento da ação estatal, contudo, nunca foi considerado ilegítimo pela Suprema Corte, mesmo sob a luz da Constituição liberal original. Assim, é possível indicar que vários direitos subjetivos foram sendo inseridos na legislação federal dos Estados Unidos da América em um processo histórico que conjugou ações do Congresso e dos tribunais. O sentido, portanto, de uma constituição constitutiva é inferido dessa atuação permissiva à expansão dos direitos dos cidadãos

naquele país, bem como pela previsão de aparatos estatais e sociais para concretizá-los. A Constituição passa a ser a base na qual estão imersos todos os órgãos estatais, sejam eles de oferta de serviços públicos, sejam eles atribuídos de função de controle, como é o caso das agências reguladoras independentes.

Esse conceito de imersão de uma constituição constitutiva pode ser bem-visto em órgãos de planejamento e controle. Um bom exemplo da imersão constitucional do Conselho Nacional de Justiça é o debate acerca da possibilidade, ou não, de um órgão de controle administrativo realizar a apreciação da constitucionalidade de leis para fundamentar suas decisões. O caso concreto da Petição n. 4.656/PB (Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba v. Conselho Nacional de Justiça) aclara a questão. Nesse caso, o Conselho havia determinado a exoneração de diversos servidores do judiciário, porquanto considerou que os atos administrativos de nomeação estavam amparados em legislação local que violaria frontalmente a Constituição Federal no que tange aos princípios da obrigatoriedade de prévio concurso público para o provimento de cargos, empregos e funções. O sindicato ajuizou a petição e demandou a anulação da decisão do Conselho Nacional de Justiça porquanto o CNJ não poderia, segundo o sindicato, realizar o controle de constitucionalidade de leis estaduais. O Pleno do Supremo Tribunal Federal confirmou que o Conselho Nacional de Justiça poderia apreciar a constitucionalidade dos atos dos órgãos controlados, uma vez que:

> (...) insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho[14].

[14] BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Petição n. 4.656 (Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba v. Conselho Nacional de Justiça), Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 19 dez. 2016, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 4 dez. 2017.

Como bem explica Georges Abboud, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal é plenamente coerente com a institucionalização de um Estado Constitucional. Isso ocorre porque os atos administrativos são proferidos com base em uma derivação encadeada de fundamentos de ordem legal e constitucional. Em sistemas constitucionais recentes, não é possível separar os atos da Administração Pública do controle constitucional, tampouco é razoável deixar de apreciar a constitucionalidade de leis quando da produção de atos administrativos. O autor explica que o agir administrativo está vinculado aos termos da Constituição por dois eixos: a competência para produção; e a sua materialidade com base nos critérios constitucionais. Por fim, o autor explica que outros países estão alinhados nessa perspectiva e que a aferição da constitucionalidade do agir administrativo é um imperativo à própria Administração Pública[15]. É claro que a questão não é incontroversa. É forte o entendimento de que a própria Constituição Federal restringe o controle difuso de constitucionalidade aos órgãos judiciais e que a sua extensão aos demais órgãos da Administração Pública – mesmo que de controle do Poder Judiciário – seria indevida[16]. Em caminho intermediário, Rafael de Lazari considera que o controle de constitucionalidade não pode ocorrer; porém, a fiscalização realizada pelo Conselho Nacional de Justiça pode apreciar a legalidade dos atos administrativos e, assim, considerar a força normativa da Constituição[17].

Contudo, o objetivo do exemplo, no presente artigo, não está cingido à imersão na controvérsia específica. Ele serve ao propósito de demonstrar que existe uma função constitutiva da Constituição Federal de 1988 que irradia o seu poder ao conjunto normativo e amplo do sistema jurídico. Dessa forma, tal poder constitucional se espraia para as práticas e para ações sociais nos órgãos que perfazem o Poder Judiciário, sem

---

[15] ABBOUD, Georges. Controle de constitucionalidade pelo CNJ: o correto novo entendimento do STF, **Revista dos Tribunais**, n. 990, p. 55-65, abr. 2018.

[16] DE MORAES, Alexandre. Vedação ao controle de constitucionalidade na via administrativa, **Revista dos Tribunais**, n. 951, p. 141-151, jan. 2015.

[17] DE LAZARI, Rafael. **Conselho Nacional de Justiça: dimensões operacionais e controvérsias**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 248.

distinções. O Conselho Nacional de Justiça realiza ações próprias, ao passo que também exerce controle sobre as ações dos demais órgãos do Poder Judiciário, com exceção do Supremo Tribunal Federal. Segundo Richard Pae Kim, é possível visualizar a oferta de direitos fundamentais em ações próprias do Conselho Nacional de Justiça[18]. O autor listou dezesseis ações e programas, que vão desde o mutirão carcerário até a recomendação para aplicação de condições especiais para a tomada de depoimentos de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de crimes. Pela concatenação de direitos fundamentais, pode-se identificar, ainda, a produção de direitos subjetivos em linha com o que preveem os tratados internacionais de direitos humanos, bem como as mais avançadas cartas constitucionais do mundo em matéria de proteção jurídica.

Essa concepção de direito é convergente com o que Ulrich Beck denominou de um regime cosmopolita, que possui supedâneo em uma nova construção teórica para o direito em tempos de globalização. O autor explica que existem três fontes jurídicas para a formação de uma soberania cosmopolita, que é "a possibilidade de se estabelecer um conjunto de direitos que são, ao mesmo tempo, transnacionais e válidos para cada fator social possível, incluindo os indivíduos"[19] (p. 304). Essas três fontes seriam: o direito racional, o positivismo jurídico e o pragmatismo. O primeiro é uma derivação do ideal de Immanuel Kant, que visualizava a racionalização das prescrições jurídicas em normas jurídicas autoevidentes. A autoevidência seria crucial para determinar a incorporação, por todos, das prescrições jurídicas, tornando-as passíveis de universalização. A segunda fonte – positivismo jurídico – se torna cada vez mais válida ao passo que se torna mais efetiva do ponto de vista empírico. A sua justificação deriva da legitimidade continuada. Por fim, a terceira fonte seria o pragmatismo jurídico, por meio do qual as formas jurídicas são adaptadas em nível global,

---

[18] KIM, Richard Pae. O Conselho Nacional de Justiça como órgão garantidor e qualificador de direitos fundamentais. In: LEWANDOWSKI, Ricardo (org.); NALINI, José Renato. **O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115-135.

[19] BECK, Ulrich. **Power in the global age: a new political economy**. London: Polity Press, 2005, p. 304.

nacional e local, de modo a resolver problemas objetivos e concretos. As três fontes jurídicas, segundo Ulrich Beck, se complementam, uma vez que demandam fundamentação ética e empírica. Assim, apesar das três fontes parecerem antagônicas, ao contrário, elas se reforçam mutuamente.

Um constitucionalismo constitutivo de caráter transnacional não pode pretender ser desvinculado do seu manancial local. O potencial paradoxo seria evidente: quanto mais universal, mais respeitoso com a peculiaridade local. Quanto mais cosmopolita, mais tolerante com a diferença e com a pluralidade de formas de existir e de viver. Ele possui um traço de radicalidade liberal e uma agenda programática de desenvolvimento social e econômico, também. A sua racionalidade é exatamente baseada na sintetização e na agregação das diferenças em pontos comuns e universais. Para concluir esse artigo, serão traçados elementos que demonstram como um órgão como o Conselho Nacional de Justiça possui potencial criativo para auxiliar o sistema judiciário brasileiro a se tornar um impulsor do desenvolvimento.

5. CONCLUSÃO

Existem autores que dividem a história da relação entre os poderes governamentais com uma dinâmica na qual haveria a prevalência, em cada período, de um dos pilares das repúblicas ocidentais[20]. Assim, nos primórdios da modernidade, o poder prevalente teria sido exercido pelo Poder Legislativo. Os exemplos históricos são muitos. No caso da Revolução Francesa, foi a Assembleia Nacional Constituinte que redigiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Esse documento ainda hoje faz parte do conjunto de normas constitucionais daquele país. Assim, a Declaração era um documento legislativo, construído por um órgão de representação da população. O documento francês teve inspiração na Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, aprovada por uma convenção, durante os eventos da Revolução Americana. Bem antes,

[20] SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 11, n. 30, p. 29-62, 1996.

a Revolução Inglesa já havia produzido a luta entre o poder régio e o poder representativo. A Revolução Inglesa é o termo que marca um período longo de conflitos na Inglaterra entre os anos 1640 até 1660. Ocorreram, nesse momento histórico, duas guerras civis, que colocaram o Rei Carlos I em luta contra o Parlamento. O Parlamento acaba por organizar um exército, dirigido por Oliver Cromwell. A fase mais aguda se encerrou com a condenação do Rei perante o Parlamento. Quase que a Inglaterra passa a ser regida como uma república. Contudo, com a coroação de Carlos II, filho do rei decapitado, a Inglaterra se mantém como uma monarquia. A Revolução Inglesa – ou Guerra Civil Inglesa – foi crucial para afirmar a importância do Parlamento no início da modernidade.

Mesmo após esses primórdios, os parlamentos mantêm uma relevância central até a emergência da necessidade de expansão do Estado Administrativo. No final do século XIX, por exemplo, os Estados Unidos da América viviam o período denominado como "Gilded Age" (era dourada). A Guerra da Secessão havia terminado e o período após 1865 era marcado pela reconstrução do país. Houve acelerado crescimento, combinado com uma enorme expansão industrial e territorial. Ao tempo em que houve um sensível aumento de riqueza, também houve uma perceptível concentração dela na mão dos grupos industriais emergentes. A concentração de poder econômico em algumas empresas e grupos precisava ser controlada em prol da afirmação da liberdade. Um exemplo claro é a construção de sistemas administrativos para regulação da economia, como a Comissão Interestadual de Comércio, em 1887, bem como a aprovação do *Sherman Antitrust Act*, em 1890, lei federal que proíba os monopólios e os cartéis. Esse final do Século XIX evidencia a ascensão do Poder Executivo como o pilar central da política e da organização social no ocidente. As suas funções somente se expandem ao longo do Século XX. Não obstante isso, no final do Século XX, o Poder Judiciário se afirma como um ponto muito importante na equação dos direitos. Todavia, para que os direitos dos cidadãos sejam protegidos, há que existir controle e proteção do Poder Judiciário. Esse controle é que garantirá a publicidade e, principalmente, a eficiência. Como indica Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> O Conselho Nacional de Justiça, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, não apenas se consolidou de forma

> rápida dentro do Poder Judiciário e da sociedade brasileira, como efetivamente se transformou em uma espécie de "sentinela do Poder Judiciário" e da magistratura (...). O incremento da atuação do magistrado no mundo contemporâneo deve ser vinculado à sua responsabilidade quanto ao dever de prestar contas – espécie de *accountability* – e à possibilidade de ele ser sancionado para os casos de abuso ou de negligência (...). O ideal é justamente alcançar o equilíbrio entre a independência jurídica do magistrado, a responsabilidade do controle social e a responsabilidade-sanção dos juízes que atuam com abuso ou negligência[21].

Os trinta anos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, evidenciam que a nossa obra constitucional continua em marcha. Os meios de expansão dos direitos dos cidadãos, cada vez mais, exigem um Poder Judiciário eficiente e claro. Para garantir o direito à eficiência do Poder Judiciário e, assim, concretizar os demais direitos previstos na Carta de 1988 e nas leis do Brasil, o Conselho Nacional de Justiça está atento e atuante. É preciso conhecer o passado, para bem viver o presente e planejar o futuro!

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Controle de constitucionalidade pelo CNJ: o correto novo entendimento do STF, **Revista dos Tribunais**, n. 990, p. 55-65, abr. 2018.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O CNJ e o planejamento do Judiciário. In: MENDES, Gilmar Ferreira (coord.); SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (coord.); MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). **Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 295-316.

AMORIM, José Roberto Neves. O papel do CNJ na gestão dos interesses do Judiciário. In: LEWANDOWSKI, Ricardo (org.); NALINI, José

[21] NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Novo Código de Processo Civil e atuação do Conselho Nacional de Justiça. In: RODRIGUES, Geisa de Assis (org.); ANJOS FILHO, Robério Nunes. **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil, v. 2**. Brasília: ESMPU, 2016, p. 55-56.

Renato. **O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 107-114.

BECK, Ulrich. **Power in the global age: a new political economy**. London: Polity Press, 2005.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Petição n. 4.656 (Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba v. Conselho Nacional de Justiça), Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 19 dez. 2016, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 4 dez. 2017.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. A crescente importância da jurisprudência em matéria eleitoral. In: I'talo Fioravanti Sabo Mendes (org.). **O direito em precedentes judiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 205-220.

DAKOLIAS, Maria. **Court performance around the world: a comparative perspective**. Washington, DC: World Bank, 1999 (World Bank technical papers, 430).

DAKOLIAS, Maria. **The judicial sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform**. Washington, DC: World Bank, 1996 (World Bank technical papers, 319).

DE LAZARI, Rafael. **Conselho Nacional de Justiça: dimensões operacionais e controvérsias**. Curitiba: Juruá, 2017.

DE MORAES, Alexandre. Vedação ao controle de constitucionalidade na via administrativa, **Revista dos Tribunais**, n. 951, p. 141-151, jan. 2015.

KIM, Richard Pae. O Conselho Nacional de Justiça como órgão garantidor e qualificador de direitos fundamentais. In: LEWANDOWSKI, Ricardo (org.); NALINI, José Renato. **O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115-135.

NEVES, Marcelo. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 30, n. 88, p. 5-27, 2015; VERONESE, Alexandre. Entre os dispositivos conceituais e a gramática: o direito e a política na formação do Código Civil de 1916. Revista Escritos, Rio de Janeiro, n. 6, p. 297-338, 2012.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Novo Código de Processo Civil e atuação do Conselho Nacional de Justiça. In: RODRIGUES, Geisa de Assis (org.); ANJOS FILHO, Robério Nunes. Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil, v. 2. Brasília: ESMPU, 2016.

PESSANHA, Charles. A experiência dos conselhos de magistratura ibero-americanos: uma análise. In: IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 4-7 ago. 2014, **Anais Eletrônicos do IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. Belo Horizonte: ABCP, 2014.

PIETER DE BRUYN JÚNIOR, Herbert Cornelio. A separação dos poderes e o Conselho Nacional de Justiça: uma análise da independência do judiciário em face do CNJ. **Direito Federal: revista da AJUFE**, ano 30, n. 96, p. 383-426, 2017.

RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis: Editora Vozes, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 30, n. 88, p. 5-27, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 11, n. 30, p. 29-62, 1996.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. Notas comparativas acerca dos conselhos nacionais de justiça do Brasil e da Argentina. **Revista Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 7-21, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, 'positivação' do direito natural e história. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**, v. 2. Brasília: Editora da UnB, 1999.

Intercâmbio Judiciário: os Impactos da Repercussão Geral no Superior Tribunal de Justiça

Maria Thereza de Assis Moura
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

INTERCÂMBIO JUDICIÁRIO: OS IMPACTOS DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura**

RESUMO

A eficiência do sistema de precedentes brasileiro exige dos Tribunais Nacionais um intercâmbio dialógico e cooperativo sobre determinados institutos, entre eles o da Repercussão Geral. O presente artigo é dividido em cinco partes. Interliga a criação do Superior Tribunal de Justiça e a instituição da repercussão geral como fatos marcantes do Recurso Extraordinário (Parte 1); situa a repercussão geral como ferramenta do sistema de precedentes (Parte 2); descreve o seu gerenciamento no Supremo Tribunal Federal (Parte 3); analisa os números produzidos na Suprema Corte (Parte 4) e identifica os reflexos da repercussão geral na administração judiciária do STJ (Parte 5). O artigo se propõe a investigar os impactos da repercussão geral na administração judiciária do STJ, com ênfase na transversalidade do instituto.

* Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Professora Doutora de Direito Processual Penal da USP.

Colaborador Mateus de Freitas Cavalcanti Costa. Juiz Federal. Magistrado Instrutor no Superior Tribunal de Justiça. Mestre em Direito.

1. A INSTALAÇÃO DO STJ E A REPERCUSSÃO GERAL: DUAS OCORRÊNCIAS CONSTITUCIONAIS PARADIGMÁTICAS PARA A IDENTIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Os trinta anos de instalação do Superior Tribunal de Justiça, comemorados neste ano de 2019[1], simbolizam a primeira grande transformação do Recurso Extraordinário sob a Constituição Federal de 1988, a qual restringiu seu alcance para questões exclusivamente constitucionais, com a transferência da sindicabilidade da violação dos tratados e leis federais, pela via do Recurso Especial, ao STJ recém instalado.

No regime constitucional anterior, competia ao STF julgar em recurso extraordinário as causas decididas em última ou única instância envolvendo tanto a matéria constitucional quanto a infraconstitucional, relativa a tratado ou lei federal[2], derivando, desse desmembramento da competência do STF, a modelagem do STJ[3].

Após institucionalizados na CF/88 os papéis do STJ e do STF no que diz, respectivamente, às questões federais infraconstitucionais e constitucionais, outra mudança paradigmática veio a impactar a estrutura

---

[1] "Certo dia, iam-se os trabalhos da Constituinte quando em 1987, o relator da Comissão de Organização dos Poderes, numa reunião em seu gabinete de trabalho, disse a três ou quatro ministros do Tribunal Federal de Recursos que, ali na Comissão, o que se pretendia era o Superior Tribunal de Justiça, e não o tribunal proposto tanto pelo Federal de Recursos quanto pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, o Tribunal Superior Federal, proposta, aliás, já acolhida pela Subcomissão de Organização do Poder Judiciário. (...) **O Superior Tribunal foi instalado no dia 7 de abril de 1989, ano em que lhe foram distribuídos 6.103 feitos, dos quais julgou 3.711**". (**NAVES, Nilson Vital**. *Superior Tribunal de Justiça: antecedentes, criação e vocação. In: MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luis Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. v. 3, p. 142 a 166. (Cesar Asfor Rocha 20 anos de STJ).

[2] **CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros**. *Recurso Especial. In: FÉRES, Marcelo Andrade e CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros (org.). Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 769 a 795.

[3] "Numa imagem, a 'costela de Adão', extraída do recurso extraordinário e com a qual o constituinte veio a formar o recurso especial, vem a ser o que se convencionou chamar 'questão federal', por oposição à 'questão constitucional', esta agora reafirmada como seara própria do STF, enquanto 'guarda da Constituição'" (**MANCUSO, Rodolfo de Camargo**. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: RT, 2001, p. 29).

do Recurso Extraordinário quinze anos depois – equidistante no tempo à criação do STJ e à presente data –, com a introdução, por via da EC 45/2004, do instituto da repercussão geral.

Previu a EC 45/2004, no artigo 102, § 3º, da CF[4], determinação segundo a qual o recorrente teria que demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais do recurso extraordinário, podendo, nos termos da lei, o STF recusar a admissão por maioria qualificada de dois terços de seus membros. Sob a ótica processual, a repercussão geral foi instituída como um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, e sob a ótica da administração da justiça, visou a funcionar como um filtro de relevância para reduzir a quantidade de casos a serem julgados pela Suprema Corte, selecionado, com certo grau de discricionariedade balizado por conceitos jurídicos indeterminados, aquelas causas que possuíssem transcendência e relevância para o direito nacional[5].

Na experiência brasileira, aponta-se o revogado instituto da arguição de relevância como a inspiração mais próxima da repercussão geral, embora existam distinções marcantes entre eles[6]. Vigente no período constitucional anterior ao de 1988, naquele tempo em que o

---

[4] Art. 102. § 3º, da CF: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

[5] "[...] nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência. [...] A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa". (**MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel**. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 40.)

[6] "Tal arguição tinha lugar em recursos referentes a processos, cuja controvérsia, em princípio, não se achava albergada pelo elenco nominal do art. 325, I a X, do RISTF. Estava-se diante, portanto, de uma cláusula aberta que franqueava o acesso ao Supremo Tribunal Federal a certas causas, que, apesar de não constarem na enumeração regimental, tivessem a respectiva relevância provada. (...). Não se pode confundir, assim, a atual repercussão geral (ou transcendência) com a antiga arguição de relevância. Enquanto esta constituía um mecanismo de atribuição de admissibilidade apenas a recursos que não se encontrassem expressamente previstos na enumeração regimental, aquela é exigida de todo e qualquer recurso extraordinário". (**FÉRES, Marcelo Andrade**. *Do Recuso Extraordinário. In: FÉRES, Marcelo Andrade e CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros (org.). Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 617 a 658).

recurso extraordinário concentrava a guarda das questões constitucionais e a negativa de vigência dos tratados e leis federais - CF/1969, art. 119, III - a arguição funcionava como filtro de admissibilidade das questões federais perante a Suprema Corte, na direção de permitir o conhecimento de recursos extraordinários sobre o direito infraconstitucional além das hipóteses previstas estritamente no RISTF, ou seja, possuía função *"neutralizadora das exclusões"*[7] dos casos de inadmissibilidade. Em grande síntese, a questão federal suscitada no recurso extraordinário deveria possuir "*relevância*", assim qualificada como aquela que "p*elos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa*", justificasse a apreciação do recurso extraordinário pelo STF (RISTF, art. 327, § 1º).

Atualmente a repercussão geral está prevista nos artigos 1.035 a 1.045 do NCPC (Lei 13.105/2015), e nos artigos 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, sob um modelo indexado à formação de precedentes judiciais e cuja característica transversal reflete na administração judiciária dos Tribunais nacionais[8].

2. A REPERCUSSÃO GERAL COMO FERRAMENTA DO SISTEMA DE PRECEDENTES

O STF, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando o tema constitucional versado não pressupuser questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. Esse é o viés de filtro de relevância e transcendência assumido pela repercussão geral.

---

[7] **ALVIM, Arruda**. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988, p. 27 e 87.

[8] "Sem embargo de controvérsias e percepções distintas, fruto de seu tempo e das reflexões teóricas e práticas que o permeiam, o Código de Processo Civil tem nos variados dispositivos que versam sobre precedentes uma de suas mais significativas marcas. Dessa forma, impõe-se um convite à academia e à magistratura a realizar maiores reflexões sobre a divisão hierárquico-funcional da jurisdição civil à luz da Constituição e sobre o próprio funcionamento que se espera de um órgão de cúpula do Poder Judiciário e Corte Constitucional no seio de uma democracia constitucional". (**FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski**. *Repercussão geral do recurso extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional*. Revista de Processo Comparado. vol. 7. ano 4. p. 227-251. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2018).

Muito embora essa perspectiva apresente a repercussão geral como um requisito de admissibilidade de todos os recursos extraordinários, inclusive de recursos vocacionados à solução de casos individuais, a praxe de sua análise pela Suprema Corte – via decisões analíticas, com fundamentação vertical tanto para afirmar a repercussão como recusá-la, e a necessidade de quórum qualificado para a sua recusa - a conduziu para uma ferramenta de resolução de demandas de massa, repetitivas, com a expansão da tese firmada para outros casos semelhantes em curso nas diversas instâncias nacionais.

De fato, o STF vem ordinariamente analisado os recursos extraordinários com repercussão geral, seja para negá-la, seja para afirmá-la, como mecanismo de criação de "teses" replicáveis, não para a solução de "casos" concretos[9]: *"(...) o modus operandi da Corte consist[e] em extrair do caso concreto a questão em tese debatida, fazer um juízo sobre a sua relevância in abstracto e projetar os efeitos desse juízo a todos os processos no País que discutam tal questão*"[10].

---

[9] A redação do RISTF, ainda remissiva ao artigo 543 e seguintes do CPC/73 (revogado), "ordinariza" a adoção da sistemática repetitiva nos recursos extraordinários (artigos 328 e 328-A), ao prever que a decisão negativa de repercussão geral vale imediatamente "*para todos os recursos sobre questão idêntica*" (artigo 326 do STF).

[10] **BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio**. *Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar*. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, n. 3, 2017 p. 695-713. Nesse trabalho, ao tempo que demonstram a praxe de utilizar a repercussão geral como mecanismo para a solução de demandas repetitivas, os autores fazem crítica bastante construtiva ao modelo de deliberação atual por exigir da Corte Suprema uma motivação analítica para todos os casos de repercussão geral, quando deveria fazê-lo apenas para afirma-la. Propõem, para eficiência do sistema, a adoção de decisões de efeitos limitados ao caso concreto e motivação sumária para os casos de negativa de repercussão geral: "Essa eficácia ampla faz todo o sentido para os casos em que há a afirmação da repercussão geral: de fato, ainda que não se trate de uma controvérsia repetitiva, cuida-se de uma hipótese em que o STF reconhece estar diante de um recurso cujo mérito terá de ser resolvido, por apresentar "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo". Entretanto, no caso de negativa de repercussão geral, essa expansão de efeitos significa criar precedentes sobre questões de pouca relevância, ou melhor, sobre a pouca relevância de questões em tese, para fins de (des) cabimento de recurso extraordinário. Trata-se de uso um tanto anômalo do sistema de precedentes: como regra, precedentes são firmados em matérias de alta relevância, e não a partir de decisões que atestam a ausência de questões relevantes que transcendam os interesses das partes (...). Demandar motivação analítica para todas as decisões negativas de repercussão geral é inviabilizar o uso do filtro para os fins a que se destina e, portanto, contrariar o art. 102, § 3º, da Constituição".

A tese jurídica extraída a partir da repercussão geral possui características típicas de um precedente qualificado, por isso, sua formação admite manifestação de terceiros e faculta ao relator do caso, a partir do reconhecimento da repercussão geral, suspender todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (artigo 1.035, § 5º, do CPC). Essa a razão pela qual o tema relevante tratado no recurso extraordinário deve superar os *"interesses jurídicos do processo"*.

Sob essa perspectiva, a repercussão geral integra o eixo de valorização dos precedentes do sistema processual brasileiro, no sentido de promover estabilidade, integridade e coerência das decisões[11]. Além de filtro de relevância e requisito de admissibilidade, a repercussão geral tem função uniformizadora, ao atribuir isonomia e racionalidade à solução de casos semelhantes, estendendo a tese jurídica extraída para outros casos concretos idênticos; a um só tempo, filtra o julgamento de recurso extraordinário com questões constitucionais de relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa, e uniformiza a interpretação constitucional para outros casos sobre a mesma questão constitucional. Em suma, o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida oportuniza ao STF conferir uniformidade à interpretação constitucional de determinado tema, eclipsando a solução do caso concreto em prol de um objetivo sistêmico de extrair uma norma geral do julgado para servir de solução para outros casos, por amostragem[12].

---

[11] "[...] o processo civil passou a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes". **MITIDIERO, Daniel**. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 16).

[12] "A *repercussão geral* situa-se entre os mecanismos de formação de precedentes. Destina-se a resolver questão constitucional submetida ao STF em controle difuso, que esteja caracterizada pelos requisitos da relevância e da transcendência e que, uma vez decidida, orientará os julgamentos dos demais órgãos do Poder Judiciário em casos múltiplos. Permite a seleção de recursos representativos da controvérsia constitucional, para que, em sendo solucionada a questão, os efeitos do pronunciamento do STF projetem-se sobre todos os recursos e processos que versem acerca de tema idêntico (...). Mais do que um mecanismo para garantir que seja observado o entendimento do

Precisamente em razão dessa característica expansiva - a repercutir tese jurídica sobre situações individuais que não participaram da formação do julgado e que serão impactadas diretamente pelo pronunciamento – a repercussão geral possui o atributo de transversalidade, cujos reflexos se estendem para além do funcionamento e das demandas em curso no STF.

3. GESTÃO DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A repercussão geral foi implementada no STF em 2007, portanto, 3 anos após a sua previsão na EC 45/2004.[13]

Há, na Presidência do STF, uma estrutura para a triagem dos Recursos Extraordinários e Agravos em Recursos Extraordinários, antes de distribuí-los aos Relatores designados pelo sorteio eletrônico da Corte[14]. Como a repercussão geral é o último requisito de admissibilidade a ser apreciado[15], frequentemente ocorre que os recursos tenham seu trânsito

STF, evitando-se a dispersão da jurisprudência, a repercussão geral tem as virtualidades necessárias a construção e aplicação dos precedentes. Necessário, porém, que os órgãos do Poder Judiciário bem reconheçam a extensão e os limites de suas funções e que a autoridade de um julgado da Suprema Corte em matérias de controle de constitucionalidade seja naturalmente reconhecida". (**FERRAZ, Taís Schilling**. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104 e 105).

[13] A regulamentação foi realizada por meio da EC 21/2007 e integra os artigos 322 e seguintes do RISTF. O STF decidiu que a repercussão geral, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, somente poderia ser exigida após sua regulamentação pelo RISTF, o que só ocorreu em 03.07.2007 (QO no AI 664.567, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe. 18.06.2007).

[14] Em 2012 o STF estruturou um núcleo para auxílio ao gerenciamento administrativo da repercussão geral, vinculado à Assessoria Processual da Secretaria-Geral da Presidência do STF – Resolução 487/2012.

[15] "O art. 323 do RI/STF prevê que *'[q]aundo não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão,* o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral'. São essas *'outras razões'* – e não a falta de repercussão geral – que normalmente se invocam para inadmitir recursos, razões essas identificadas com óbices já "tradicionais", de há muito erguido pela jurisprudência da Corte ao acolhimento das pretensões dos recorrentes. Fora os casos de erros grosseiros, é de praxe o Tribunal negar seguimento a recursos por qualificar a matéria controvertida como infraconstitucional, e não constitucional (Súmulas n. 280 e 636), como fática, e não jurídica (Súmula n. 279), ou apontar a falta de pré-questionamento (Súmulas n. 282 e 356) (...). Hoje, portanto, a repercussão geral

negado pela ausência de outro requisito qualquer – óbices mais frequentes: matéria infraconstitucional, ausência de prequestionamento, ofenda reflexa, entre outros – já nessa triagem inicial realizada na estrutura da Presidência[16].

Ainda na triagem inicial, os recursos extraordinários interpostos contra acórdãos na sistemática de recursos especiais repetitivos e os selecionados como representativos de controvérsia são encaminhados à Presidência da Corte para avaliação prioritária da repercussão geral dos casos. A medida representa, na visão da Corte, "*fortalecimento do instituto da repercussão geral na sistemática da gestão de precedentes qualificados*" e prestigia "*o trabalho desenvolvido no STJ no exame de matérias infraconstitucionais repetitivas*", ao viabilizar "*com a possível celeridade, a consolidação da posição do Judiciário sobre elas*"[17].

Diferentemente dos demais requisitos de admissibilidade, para os quais há uma análise concorrente entre o Tribunal "*a quo*" e o "*ad quem*", a análise da repercussão geral é de atribuição exclusiva do STF (art. 1.035, § 2º, do NCPC)*;* os tribunais de origem não podem, ao deliberar sobre a admissibilidade de recursos extraordinários, negar-lhes processamento por entender ausente a repercussão geral, salvo se o próprio STF já tiver negado a sua existência com relação ao mesmo tema (art. 1.042 do CPC/2015)[18].

é um filtro de relevância só usado expressamente em última hipótese, *'[q]uando não for o caso de inadmissibilidade por outra razão'.* Inverte-se, assim, a conhecida máxima de gestão de tempo, *'primeiro, o mais importante'*". (**REGO, Frederico Montedonio**. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 54 e 55).

[16] Art. 13. São atribuições do Presidente: V – despachar: c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento, **recursos extraordinários** e petições ineptos ou de outro modo **manifestamente inadmissíveis**, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou **ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral**, conforme jurisprudência do Tribunal.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoInformacaoGeral/anexo/Edio59.pdf. Acesso: dezembro 2018.

[18] II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente

Ultrapassada a triagem inicial, o recurso é distribuído a um dos Ministros do STF para admissibilidade recursal com relação a todos os requisitos. Por último é feita a análise da repercussão no Plenário Virtual da Corte (artigo 323 do RISTF). Assim, não sendo caso de inadmissão por outro requisito, e não sendo um caso em que a repercussão geral tenha sido apreciada antes, situação na qual o Relator deve aplicar o precedente (arts. 323, § 1º e 327, § 1º, do SISTF), ou de caso em que a repercussão geral possua presunção absoluta (arts. 1.035, § 3º e art. 987, § 1º, do CPC), o Relator deve submeter a repercussão geral ao Plenário Virtual da Corte.

O Plenário Virtual é o meio de manifestação dos Ministros quanto à existência ou não de repercussão geral. Via sistema eletrônico, os Ministros se manifestam: *(i)* sobre a existência ou não de questão constitucional; *(ii)* sobre a existência ou não de repercussão geral, nessa ordem. As questões são excludentes, mas pode ocorrer que o Ministro assente não existir questão constitucional em debate *(i)*, mas ao mesmo tempo registre que há repercussão geral (*ii*), caso o quórum entenda que a questão é constitucional. Por fim, (*iii*) deve o Ministro responder se o caso é de reafirmação da jurisprudência da Corte (*"sim ou não"*), e, caso o *sim* prevaleça, a hipótese autoriza o julgamento virtual do mérito do recurso extraordinário.

As respostas virtuais devem ser lançadas no sistema no prazo de 20 dias. O silêncio quanto à existência ou não de repercussão geral (*ii*) será computado como voto pela sua existência, exceto se a manifestação do Relator declarar que a matéria é infraconstitucional, *(i)* caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação pela inexistência de repercussão geral. Ou seja, caso não haja voto expresso em número maior que dois terços dos Ministros em 20 dias pela inexistência de repercussão geral, ela é considerada reconhecida,

---

voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita "à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal" (Art. 543-A, § 2º). (AI-QO 664.567, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/06/2007, publicado em 06/09/2007, Tribunal Pleno).

exceto se a manifestação do Relator for pela inexistência de controvérsia constitucional.

Uma vez reconhecida a repercussão geral são distribuídos ou redistribuídos ao Relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema. Negada a repercussão geral, a decisão se projeta para todos os recursos sobre questão idêntica (art. 326 do RISTF).

4. A REPERCUSSÃO GERAL EM NÚMEROS

De 2008 até o final do ano de 2018, foram reconhecidos ***690*** temas de repercussão geral, dos quais ***385*** tiveram o mérito julgado. Desses, ***279*** corresponderam a novos temas, ao passo que ***106*** constituíram reafirmação de jurisprudência da Corte. Nesse período, o ano mais profícuo foi o de 2014, em que julgado o mérito de ***47*** casos, e o menos produtivo foi o ano de 2012, em que julgado o mérito de apenas *7* temas de repercussão geral.

Não foi reconhecida a repercussão geral em ***327*** temas. Desses, ***285*** por versarem sobre matéria infraconstitucional e apenas ***42*** por não preencherem os pressupostos (relevância econômica, social, política e jurídica).

Consolidando os números: foram analisados ***1.017*** temas de repercussão geral no período, dos quais ***690*** foram reconhecidos e ***327*** foram negados. Entre os temas reconhecidos, há ***308*** casos pendentes, o que revela um passivo de julgamento de aproximadamente *44%* dos temas na Suprema Corte[19]. Considerado que a média de julgamento de mérito da repercussão geral no período foi de aproximadamente 38 processos por ano (385/10), a Corte precisaria de 8 anos, no mínimo, apenas para zerar o estoque de repercussão geral, sem considerar a entrada de novos feitos. São números que merecem reflexão[20], levando em conta que a lei determina

---

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg. Acesso: 19 de dezembro de 2018.

[20] **WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues**. *Repercussão geral: como transformá-la num instituto adequado à magnitude da missão de uma Corte Superior? In*: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (coords.). *Repercussão geral da questão constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 621.

que o recurso com repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 1.035, 9, do CPC).

5. OS IMPACTOS DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do caráter transversal da repercussão geral, a repercutir sobre a administração judiciária e acervo de outros órgãos integrante do sistema de justiça, apregoa-se uma "*necessidade de diálogo*" entre o STF e os demais Tribunais Nacionais, com ênfase em uma "*gestão compartilhada*", com uma ampliação de "*espaços institucionais*" de debate sobre o instituto[21].

5.1. EFEITOS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por administração judiciária se compreende o conjunto de ações voltadas à eficiência do sistema de justiça, orientadas por planejamento estratégico, baseadas em comunicação e execução transparentes e qualitativas. O foco das ações é na atividade administrativa do Poder Judiciário, e nessa dimensão alcança o relacionamento institucional com

---

[21] "A gestão compartilhada é um processo de aproximação, por meio de diversas ferramentas de comunicação, entre o Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos do poder judiciário brasileiro. As principais ações desenvolvidas nesse projeto: a) envio de ofícios aos Tribunais de origem; b) visitas de assessores do Supremo Tribunal Federal em cada Tribunal; c) convite para que gestores dos Tribunais venham a reuniões específicas com a assessoria da Presidência do STF responsável pela gestão de temas da repercussão geral; d) promoção de seminários destinados a discutir com autoridades nacionais e internacionais a sistemática de repercussão geral; e) promoção de *wokshops* com grupos de trabalho dos tribunais de origem para colher sugestões sobre a melhoria da sistemática (...). O contato com os tribunais é meta permanente da Presidência do Supremo Tribunal, pois ainda surgem diversos questionamentos na aplicação do instituto, das mais variadas ordens (procedimentais e de mérito). Para facilitar a comunicação com o STF, que normalmente era feita por *e-mail* ou por telefone, e também para proporcionar um espaço de interação entre os Tribunais, foi criado o Fórum da Repercussão Geral. (...). Atualmente já participam hoje do fórum quase 50 Tribunais. (**SILVA, Christine Oliveira Peter da**. *Repercussão Geral em Evolução: Narrativa Histórica, Teórica e Metodológica*. RDC n. 110, Nov-Dez/2017, p. 25 e 26).

os outros entes estatais e entidades sociais que interagem com o sistema de Justiça[22].

No aspecto de inter-relação entre os órgãos judiciários, as características da repercussão geral demandam intercâmbio de informações entre o STF e outros integrantes do sistema de justiça para sistematização e uniformização de rotinas administrativas, especialmente para o gerenciamento dos temas afetados e controle dos feitos sobrestados em decorrência da repercussão geral. Como órgão central de gerenciamento do sistema de repercussão geral, o STF mantém base de dados atualizada para auxiliar a administração da Justiça das diversas Cortes nacionais; a Secretaria de Tecnologia de Informação do STF também alimenta periodicamente a base de dados do CNJ, disponibilizando aos Tribunais conveniados informações processuais sobre a repercussão geral[23].

Há no STJ um operante sistema de gestão administrativa dos precedentes em respaldo às funções jurisdicionais da Corte. Sobretudo após o CPC de 2015, mas mesmo antes dele, as práticas de gestão administrativa de precedentes no STJ, que já eram destacáveis, foram reforçadas, visando a atender os novos paradigmas de coerência e estabilidade judiciais que orientaram a nova codificação[24].

---

[22] **COSTA, Mateus de Freitas Cavalcanti**. *Uma análise sobre a aplicação dos princípios da governança corporativa na Administração da Justiça. Aspectos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. In:* **PENTEADO, Luiz Fernando Wowk; PONCIANO, Vera Lúcia Feil** (coords.). *Curso Modular de Administração da Justiça: Planejamento estratégico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 372).

[23] Art. 329 do RISTF. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.

[24] As rotinas de gestão de precedentes do STJ orientaram projetos nacionais depois escalados pelo CNJ: "Quem repete o fácil refrão falso do imobilismo do aparelhamento judiciário não terá tido olhos para ver o que se passa no STJ. Tribunal modelar, bem instalado, com servidores de alto nível profissional e humano (...). **O Núcleo de Recursos Repetitivos**: Relevante contribuição à efetividade do julgamento dos recursos repetitivos foi a criação, pela Presidência do STJ do Nurer, o Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (Resolução STJ n. 11/2013, do Presidente Min. Felix Fischer, aprofundando organização anteriormente implantada - Resolução STJ n. 2/2013 e Resolução STJ n. 3/2008, Presidente Humberto Gomes de Barros), forte no exemplo dos Tribunais estrangeiros, que desenvolveram o conceito de irrecebilidade recursal, como consequência da permissão para recorrer ("leave to appeal", "permission pour appeller", "zuliissigkeit" etc.) para

Nessa dinâmica, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução CNJ n. 235/2016 com o objetivo de disciplinar uma adequada estrutura administrativa aos Tribunais para a divulgação, sistematização e interlocução entre as Cortes sobre os temas de repercussão geral, promovendo ainda integração tecnológica para que as informações pudessem ser atualizadas e divulgadas periodicamente[25].

Previu o CNJ a criação de Núcleos de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP) nos Tribunais Nacionais, vinculando-os à Presidência ou Vice-Presidência das Cortes[26]. No STJ, as atividades do NUGEP são supervisionadas por uma Comissão de Ministros, denominada de "*Comissão Gestora*". Essa Comissão Gestora de Precedentes é formada por 4 Ministros (3 titulares e um suplente) e tem suas atribuições disciplinadas no artigo 46-A do RISTJ**,** entre as quais compete, além de supervisionar o NUGEP, realizar a aproximação dela com os demais Ministros da Corte, e padronizar os procedimentos administrativos dos julgamentos repetitivos, dos incidentes de assunção de competência e dos feitos sobrestados em razão da repercussão geral. Ao Presidente da Comissão de Precedentes, por delegação do Presidente do STJ, incumbe a análise dos requisitos formais dos recursos representativos de controvérsia e dos pedidos de suspensão

recursos sobre temas já pacificados ou recursos mal-formados, que, por defectivos, não devem ser conhecidos, para que não venha a, com base em contraditório inepto, formar-se jurisprudência que impeça o conhecimento de aprofundado debate futuro, com fundamento em contraditório de fôlego, tão necessário aos Tribunais Superiores". (**BENETI, Sidnei**. *A modernização do Superior Tribunal de Justiça – Criação da Constituição de 1988. In: Estudos de Direito Constitucional (Homenagem a J. Bernardo Cabral)*. Rio de Janeiro; editora JC, 2014, p. 357 a 361).

[25] Dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências.

[26] A Resolução 235/2016 do CNJ foi bastante minudente sobre os NUGEPs. Suas atribuições gerais e sua estrutura administrativa foram estabelecidas nos artigos 6º e 7º da Resolução. Antes dela, vigia a Resolução 160/CNJ, e parte das atividades de gestão de precedentes até então prevista para ser executada pela Coordenadoria de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (CRER) foram absorvidas e ampliadas pelo NUGEP.

em incidente de resolução de demandas repetitivas (Emenda Regimental 26/2016 – art. 40, V, do RISTJ - e Portaria STJ/GP 299/2017).

O NUGEP é vinculado ao Gabinete da Presidência do STJ. Particularmente sobre a repercussão geral, compete ao NUGEP gerenciar e unificar as rotinas de aplicação dos temas de repercussão geral nos processos da Corte; auxiliar os órgãos julgadores na gestão do acervo sobrestado em decorrência da repercussão geral e consolidar dados estatísticos e gerenciais relacionados a esses recursos sobrestados. Compete-lhe ainda acompanhar o trâmite dos recursos selecionados como representativos da controvérsia encaminhados ao STF, municiando a atividade jurisdicional quanto à admissibilidade e sobrestamento de casos futuros, além de fazer a interlocução com o CNJ e o STF sobre os temas afetados à repercussão geral. Dessa maneira, o NUGEP subsidia a Vice-Presidência, os Gabinetes dos Ministros, a Coordenadoria de Recursos Extraordinários (CREX) e os demais órgãos julgadores sobre os impactos da repercussão geral nos processos do acervo, otimizando o tempo de tramitação dos feitos e evitando suspensões equivocadas e/ou omitidas. Sob a ótica operacional o NUGEP pratica ações administrativas para o público externo, lançando e excluindo dados no sistema de acompanhamento processual da Corte, de forma padronizada, sobre os sobrestamentos e eventuais incidentes em temas de repercussão geral, com o apoio da Coordenadoria de Recursos Extraordinários (CREX)[27].

O NUGEP é a casa de força do sistema de precedentes do STJ, funcionando como unidade de integração, de gestão de informações, de assessoria e de inteligência. Por via dele se identifica a simbiose entre a jurisdição e a gestão administrativa de precedentes na Corte.

5.2. IMPACTOS DA REPERCUSSÃO GERAL SOBRE A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO STJ

Os reflexos da repercussão geral sobre a jurisdição do STJ são diversos e podem ser divididos em dois grandes grupos.

---

[27] BRASIL. STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Nugep. Acesso: dezembro de 2018.

No primeiro grupo os reflexos repercutem na resolução dos casos que ingressam cotidianamente na Corte, os quais são impactados pela tese de repercussão geral já definida pelo STF. Decorrem, esses efeitos, da característica expansiva e transversal da repercussão geral como mecanismo de formação de precedentes[28].

Nesse contexto, admite-se a negativa de seguimento aos recursos extraordinários sob admissibilidade da Corte desde que *(i)* o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral sobre a questão constitucional, ou *(ii)* o acórdão recorrido esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral. Assim, se o STF assentou que determinado tema não tem repercussão geral, ou, se possui, e o acórdão se alinha à tese fixada pelo STF, a Vice-Presidência do STJ deve negar seguimento ao recurso (artigo 1.030, I, do CPC). Em outra via, se o acórdão recorrido *(iii)* divergir do entendimento do STF adotado em repercussão geral, o processo deve ser encaminhado ao órgão julgador para oportunizar juízo de retratação, na medida em que descabe à Vice-Presidência, no juízo de admissibilidade, sindicalizar o mérito de

---

[28] Para os efeitos do presente trabalho, em que o foco é a repercussão geral enquanto ferramenta do sistema de precedentes e seus consequentes impactos na gestão administrativa e do acervo processual do STJ, o pressuposto é que o tratamento ordinariamente dado pelo STF à repercussão geral é o de um mecanismo de solução de demandas repetitivas, o que, na nossa compreensão, é a verdadeira vocação do instituto, conforme analisado na Parte II. Sem embargo, merece o registro a possibilidade teórica da repercussão geral não ser associada à sistemática repetitiva. Nesse sentido: "A prática do STF tem sido fundir as técnicas de repercussão geral e do julgamento de casos repetitivos. Sucede que nem sempre há essa coincidência. É certo que a existência de recursos repetitivos sobre matéria constitucional aponta a existência de repercussão geral, como, aliás, determina ao § 1º do art. 987 do CPC. Mas é possível haver repercussão geral sem que haja repetição. Basta imaginar alguns exemplos: a) o recurso extraordinário que discuta o direito de a parte sustentar oralmente em um julgamento, sem que se depare com a imagem de Jesus crucificado ao fundo do salão de sessões; b) recurso extraordinário que discuta o direito de um transgênero de ser preso em penitenciária feminina; c) recurso extraordinário em que se discuta a extensão do conceito de direito adquirido; d) recurso extraordinário em que alguém pretenda que em sua certidão de nascimento não conste, do item dedicado ao gênero, nem masculino nem feminino. Em todos esses casos, dificilmente haverá recursos extraordinários repetitivos, mas a análise da repercussão geral se impõe" (**DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da**. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Salvador: Jus Podivm, 14ª edição, 2017, p. 425 a 426).

decisões de outros órgãos jurisdicionais do Tribunal (artigo 1.030, II, c/c art. 1.040, do CPC).[29]

Da decisão que negar seguimento ao recurso extraordinário nos casos (*i)* e *(ii),* acima (art. 1.030, I, "a" e "b", do CPC), cabe agravo interno[30], configurando erro grosseiro a interposição do ARE (art. 1.042 do CPC)[31].

---

[29] "Ao negar a repercussão geral a determinada questão constitucional, o STF estará afirmando que sobre ela não se pronunciara em controle difuso sendo considerados inadmissíveis todos os recursos extraordinários que a veicularem [CPC/2015, art. 1.035, § 8º]. Na hipótese inversa, se for reconhecida a repercussão geral, o consequente pronunciamento da Corte constitucional sobre o mérito da questão terá efeitos sobre os casos individuais múltiplos. Os recursos extraordinários que tratarem de tema idêntico e que atacarem decisões conformes à do STF, serão considerados prejudicados no âmbito dos próprios Tribunais e turmas recursais de origem. Os processos em que tenham sido prolatadas decisões contrárias a entendimento firmado serão levados a juízo de retratação, e os recursos extraordinários apenas poderão ter seguimento na hipótese de manutenção da decisão, e desde que atendidos os demais pressupostos de admissibilidade. Nas demais fases, os processos que dependam da solução da mesma questão terão prosseguimento com aplicação da tese firmada [CPC/2015, art. 1.040]". (**FERRAZ, Taís Schilling**. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104).

[30] "A circunstância de a decisão recorrida conformar-se com o entendimento do STF não afasta, necessariamente, a existência de repercussão geral, o que evita o temido 'engessamento' da jurisprudência e contribui para a constante revisitação de temas cuja solução pode variar ao sabor das contingências sociais, políticas, econômicas ou jurídicas, sobretudo porque o STF adota a chamada interpretação concreta do texto constitucional a que aludem autores do porte de Friedrich Muller e Konrad Hesse, de sorte que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com o contexto do momento. É por isso, aliás, que cabe agravo interno contra decisão do Presidente ou Vice-presidente, que não admitir recurso extraordinário nos casos dos incisos I e II do art. 1.030 do CPC" (**DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da**. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Salvador: Jus Podivm, 14ª edição, 2017, p. 422).

[31] Recentemente o STF sufragou esse entendimento (ARE n. 1.071.668/RS, DJe 06.11.2018, Rel. Min. Dias Toffoli). Restou consignado: *a)* não haver razão jurídica para que, configurada essa hipótese, os autos sejam devolvidos pelos demais Tribunais ao STF; *b)* não caracterizar usurpação da competência do Supremo o não conhecimento de tal agravo pela Corte local, já que contra a decisão que aplica a sistemática da repercussão geral só cabe agravo interno, nos termos do art. 1.030, § 2º do CPC/2015, e c) a ocorrência da flexibilização do enunciado da Súmula n. 727/STF, a qual vedava o não encaminhamento pela Corte de origem do agravo interposto contra decisão denegatória de admissibilidade do extraordinário, a partir da criação do instituto da repercussão geral, conforme precedentes da Corte.

De 2015 até o final de 2018 foram proferidas pela Vice-Presidência aproximadamente ***6.200*** decisões de negativa de seguimento de RE em razão de não reconhecimento de repercussão geral da tese do recurso e aproximadamente ***3.900*** decisões de negativa de seguimento em razão do acórdão recorrido estar em conformidade com o entendimento firmado em repercussão geral. Por outro lado, encaminhados para juízo de retratação ao Relator em razão do acórdão contrariar tese firmada em repercussão geral aproximadamente ***4.500*** processos[32].

No segundo grupo – os dos processos sobrestados (artigo 1.030, III, do NCPC) ou suspensos (artigo 1.035, § 5º, do NCPC) - situam-se os reflexos da repercussão geral na gestão do acervo processual da Corte. Nesse caso não há impacto imediato na diminuição do acervo, ao contrário, há um atraso na resolução dos processos, condicionados à definição da repercussão geral que será julgada no STF.

Uma vez reconhecida a repercussão geral, faculta-se ao Relator do STF suspender todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. São as situações de suspensão nacional previstas no artigo 1.035, 5º, do CPC, de competência exclusiva do STF[33]. Nesse caso, o impacto da suspensão pode atingir qualquer estágio do processo, em todas as instâncias nacionais, inclusive os recursos sob a jurisdição do STJ.

A vinculação do STJ à suspensão determinada pelo STF é plena. Apenas se intempestivo o recurso poderá o interessado requerer a exclusão

---

[32] Dados aproximados. Fonte: NUGEP e Secretaria de Informática do STJ: dezembro de 2018.

[33] *§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional*. Em que pese a literalidade do artigo 1.035, § 5º, do CPC ("*determinará a suspensão do processamento*"), há temas que podem ter repercussão geral, mas não dizem com uma multiplicidade de processos. Assim, a suspensão nacional depende de motivação específica do Relator, conforme assentado ao ensejo da QO no RE n. 966.177/RS-RG: *"a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la" (Plenário, 07.06.2017).*

do sobrestamento para inadmitir o recurso extraordinário interposto a destempo. A regra tem o propósito de evitar que um recurso intempestivo interdite o reconhecimento do trânsito em julgado: a intempestividade é um dado objetivo, não há como ser corrigida.

Há certo questionamento doutrinário a respeito da eficácia da suspensão sobre processos flagrantemente carentes de outros pressupostos de admissibilidade, tal como, por exemplo, um caso de ausência de prequestionamento. O debate envolve o momento de realizar a suspensão, se antes ou depois de realizar a admissibilidade total do recurso. Compreendemos que a única racionalidade para esse sobrestamento se encontra na possibilidade de superar outros requisitos formais para, independentemente deles, encaminhar o processo ao órgão prolator para fins de retratação, caso a tese do recurso contrarie tema de repercussão geral definido pela Suprema Corte[34].

Quando reconhecido tema de repercussão geral sobre controvérsia de caráter repetitivo pelo STF, o sobrestamento dos feitos em curso no STJ é obrigatório e decorre do próprio reconhecimento da repercussão geral. Nesse caso, os demais recursos extraordinários pendentes sobre o mesmo tema devem ficar sobrestados no STJ, sem processamento de juízo de admissibilidade pela Vice-Presidência, enquanto não definida a tese (artigo 1.030, III, do CPC)[35]. Uma vez que a admissibilidade dos Recursos em

---

[34] "Daí se cogitar de levar a juízo de retratação um processo cujo recurso extraordinário seja carente, por exemplo, de algum dos requisitos de regularidade formal, de prequestionamento, ou mesmo sem preliminar formal de repercussão geral. Tal interpretação se coaduna com a ideia de prorrogação de competência dos tribunais recorridos, já admitida em julgados do STF, e com a natureza racionalizadora do instituto da repercussão geral, evitando que se permita o trânsito em julgado de decisão contrária a entendimento definitivamente firmado pelo STF, a gerar insegurança jurídica, ação rescisória, incidentes na execução etc (...). A repercussão geral é, portanto, mais do que um requisito de admissibilidade recursal. Este novo instituto provocou a relativização da importância dos demais requisitos, frente aos processos múltiplos que permanecem nos órgãos de origem" (**FERRAZ, Taís Schilling**. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 170).

[35] Art. 328-A do RISTF: Nos casos previstos no art. 543-B, *caput*, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo. § 1º Nos casos anteriores, o

curso no STJ é impactada pela definição da tese de repercussão geral, seria contraproducente o encaminhamento dos autos à Suprema Corte para que lá ficassem paralisados[36].

Pode ocorrer ainda que os representativos de controvérsia sejam selecionados pelo próprio STJ. Nesse caso, compete à Vice-presidência da Corte identificar os casos de demandas repetitivas que tenham fundamento em idêntica questão de direito para encaminhá-los ao STF (Portaria STJ 471/2014). Encaminhado o representativo, ficam sobrestados os demais recursos que versem sobre idêntica controvérsia, até que o STF aprecie o tema de fundo, seja no repetitivo encaminhado pelo STJ, seja noutro RE encaminhado pela mesma sistemática por outro Tribunal, ou mesmo em outro selecionado pelo próprio STF[37].

Para gerenciar esses representativos e administrar os feitos suspensos com base nessa sistemática, o STJ organiza os recursos extraordinários indicados pela Vice-Presidente em grupos de representativos e disponibiliza as informações no sistema informatizado da Corte para permitir o acompanhamento da controvérsia no STF e consequentemente

Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados nas hipóteses do art. 543-B, § 2º, e, quando coincidente o teor dos julgamentos.

[36] Há posições que defendem que a suspensão somente deve ocorrer nos casos em que o recurso extraordinário e a análise da repercussão geral sejam afetadas à sistemática dos recursos repetitivos. Nesse sentido: **WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de**. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo, RT, 2015, p. 1.508. A favor da suspensão em qualquer hipótese a partir do reconhecimento da repercussão geral: **BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio**. *Sobrestamento de processos ante a repercussão geral reconhecida*. Disponível em; https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o sobrestamento-de-processos-com-repercussao-geral-27102017. Acesso: dezembro de 2018.

[37] Art. 1.036 do CPC. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. § 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

controlar a suspensão dos processos até a definição do tema da Suprema Corte. Com essa sistemática, permite-se o sobrestamento dos processos pelo grupo, e não por um dos processos selecionados, facilitando o controle interno e os lançamentos no sistema, em caso, por exemplo, de substituição do recurso representativo selecionado por outro.

Estão suspensos por força da repercussão geral aproximadamente ***1.5 milhões*** de processos nos Tribunais Nacionais e, desses, ***2.833*** processos estão diretamente contabilizados no acervo do STJ[38].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A repercussão geral foi instituída com o propósito de qualificar os julgamentos no STF, visando a combater o exponencial aumento de recursos extraordinários que aportavam na Corte. O mesmo propósito permeou a criação do STJ, no ponto em que essa nova Corte absorveu a sindicabilidade da violação dos tratados e leis federais, pela via do Recurso Especial, e restringiu o alcance do recurso extraordinário dirigido ao STF para questões exclusivamente constitucionais.

Comemorados 30 anos da instalação do STJ, com a CF/88, e 15 da previsão da repercussão geral, com a EC 45/2004, esses eventos marcantes para a identidade do recurso extraordinário permanecem, com sobressaltos e distensões, ainda imbricados em perseguir consensos contra a super litigância nos Tribunais nacionais.

A vocação da repercussão geral é de mecanismo para a resolução de demandas repetitivas e de criação de precedentes. Com essa direção, na medida em que impacta o funcionamento dos demais órgãos judiciários, essa transversalidade exige diálogo e cooperação entre as diversas Cortes Nacionais, das quais devem ser exigidos esforços permanentes, efetivos, para o aperfeiçoamento da repercussão geral, incorporando esse propósito às suas gestões judiciárias.

A gestão cooperativa e dialógica é método do qual o sucesso do regime de precedentes não pode prescindir. São relevantes as iniciativas do

---

[38] BRASIL. STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Nugep. Acesso: dezembro de 2018.

STF em democratizar a gestão da repercussão geral. Se o funcionamento do instituto (ainda) não se refletiu da maneira esperada na redução dos números processuais – e isso é um ponto que merece reflexão, vigilância e abertura a transformações – não se pode negar que existe um norte, um projeto institucional em execução, para que isso venha a ocorrer.

O STJ não está inerte diante dos impactos da repercussão geral em seu funcionamento. Tanto no aprimoramento das funções administrativas, no interior das quais identificados centros de excelência na gestão de precedentes, seja na especialização dos órgãos judiciais que se retroalimentam dessa gestão, o Tribunal está a serviço da transversalidade da repercussão geral, colhendo os benefícios, adaptando-se às vicissitudes, mas contribuindo para o aperfeiçoamento do sistema. Entre o vigor e a intrepidez de um jovem adulto de trinta anos, comemorados neste ano de 2019, o STJ vem fazendo a sua parte.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017 p. 695-713.

BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. *Sobrestamento de processos ante a repercussão geral reconhecida*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o sobrestamento-de-processos-com-repercussao-geral-27102017. Acesso: dezembro de 2018.

BENETI, Sidnei. A modernização do Superior Tribunal de Justiça – Criação da Constituição de 1988. In: *Estudos de Direito Constitucional (Homenagem a J. Bernardo Cabral)*. Rio de Janeiro, editora JC, 2014, p. 357 a 361.

CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. Recurso Especial. In: FÉRES, Marcelo Andrade e CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros (org.). *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 769 a 795.

COSTA, Mateus de Freitas Cavalcanti. Uma análise sobre a aplicação dos princípios da governança corporativa na Administração da Justiça. Aspectos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. In: **PENTEADO, Luiz Fernando Wowk; PONCIANO, Vera Lúcia Feil** (coords.). *Curso Modular de Administração da Justiça: Planejamento estratégico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 371 a 389.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Salvador: Jus Podivm, 14ª edição, 2017, p. 425 a 426.

FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Repercussão geral do recurso extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional. *Revista de Processo Comparado*. vol. 7. ano 4. p. 227 a 251. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2018).

FÉRES, Marcelo Andrade. Do Recuso Extraordinário. In: FÉRES, Marcelo Andrade e CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros (org.). *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 617 a 658.

FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3ª. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

NAVES, Nilson Vital. Superior Tribunal de Justiça: antecedentes, criação e vocação. In: MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luís Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. v. 3.

REGO, Frederico Montedonio. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Repercussão Geral em Evolução: Narrativa Histórica, teórica e Metodológica. RDC n. 110, Nov-Dez/2017, p. 25 e 26.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Repercussão geral: como transformá-la num instituto adequado à magnitude da missão de uma Corte Superior? *In*: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (coords.). *Repercussão geral da questão constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 615-631.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo, RT, 2015.

Breve Nota sobre a Evolução e o Estado Atual do Direito Ambiental Brasileiro

Herman Benjamin
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

BREVE NOTA SOBRE A EVOLUÇÃO E O ESTADO ATUAL DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin

O Direito Ambiental, como *disciplina jurídica funcional*[1], está atrelado e responde a uma série de fenômenos naturais, objeto e foco das Ciências da Natureza. Entre elas, a Ecologia[2], ramo científico recente, cujo propósito é o estudo da *biosfera*, vale dizer, do conjunto dos ecossistemas e comunidades planetários, mosaicos de vida que dependem, em maior ou menor medida, da hidrosfera (= água, que cobre aproximadamente 71% da superfície do globo), da litosfera (= solo e rochas, cerca de 29% da superfície da Terra) e da atmosfera.

É a partir dessas influências ecológicas que o Direito Ambiental se apresenta como disciplina divergente, na medida em que se distancia e repudia certos dogmas do saber jurídico convencional.

---

[1] *Funcional* no sentido de que se organiza à volta de *objetivos* específicos, tema que já abordei em outra oportunidade. Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Função Ambiental*, *in* Antonio Herman V. Benjamin (coordenador), *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

[2] A Ecologia estuda a Natureza como rede de elementos interdependentes, bióticos e abióticos. Ensina que a Natureza está em permanente transformação, o que não impossibilita a ocorrência de situações de *equilíbrio ecológico dinâmico*. Como disciplina científica, consolidou-se (e ganhou reconhecimento popular) nos anos 70 (Richard O. Brooks, *A constitutional right to a healthful environment*, Vermont Law Review, 1992, vol. 16, p. 1.094).

1. PLANETINHA CHAMADO TERRA

A trajetória humana não transcorre, nem pode ser apreciada, em vácuo planetário. Hoje, nosso ainda modesto domínio dos fenômenos naturais nos permite afirmar, com convicção, que o ser humano está sujeito a processos físicos, químicos e biológicos altamente complexos e interdependentes, aí se incluindo, entre outros, a energia gerada pelo sol; a circulação permanente de elementos cruciais ao aparecimento e à manutenção da vida; as condições climáticas; a fotossíntese. Os seres vivos, informa o atual conhecimento científico, são, a um só tempo, beneficiários, atores e reféns desse cipoal de forças, que se encontram, por assim dizer, em delicado *equilíbrio dinâmico*[3]. Entende-se, sob tal enfoque, a razão de a Constituição de 1988 fazer referência a "meio ambiente *ecologicamente equilibrado*" (grifei).

O pequeno planeta que chamamos Terra localiza-se numa zona privilegiada ao redor de uma estrela (o Sol), onde os oceanos permanecem, na sua maior parte, em forma líquida. Nem tão perto da estrela, pois evaporaria os reservatórios de água, nem tão longe, algo que os transformaria em massa de gelo. Nesta e naquela hipótese, possivelmente não teríamos vida como a conhecemos.

Nesses oceanos líquidos e quimicamente ricos, por mecanismos ainda não decifrados inteiramente, há centenas de milhões de anos emergiram bactérias anaeróbicas simples que transformaram a atmosfera, então rica em dióxido de carbono, em outra com suficiente oxigênio para que organismos aeróbicos florescessem e dominassem mares e terra firme.

---

[3] Cf., em maior profundidade, Bernard J. Nebel e Richard T. Wright, *Environmental Science: The Way the World Works*, 5ª edição, Upper Saddle River, Prentice Hall, 1996; Bill Freedman, *Environmental Ecology: The Impacts of Pollution and Other Stresses on Ecosystem Structure and Function*, San Diego, Academic Press, 1989; Clive Ponting, *A Green History of the World: The Environment and the Collapse of Great Civilizations*, New York, Penguin Books, 1991; Eugene P. Odum, *Ecologia*, tradução de Christopher J. Tribe, Rio de Janeiro, Editora Guanabara Koogan, 1988; Peter J. Bowler, *The Norton History of the Environmental Sciences*, New York, W.W. Norton & Company, 1992; Ruth A. Eblen e William R. Eblen (editors), *The Encyclopedia of the Environment*, New York, Houghton Mifflin Company, 1994; Sharon La Bonde Hanks, *Ecology and the Biosphere: Principles and Problems*, Delray Beach, St. Lucie Press, 1996.

Esses mesmos átomos de oxigênio, normalmente encontrados em par (O^2), também se combinam em trio (O^3) para formar ozônio na atmosfera superior, camada que protege a superfície terrestre contra a maioria das radiações ultravioleta do sol, nocivas à estrutura de moléculas vitais.

Mas a vida no planeta é frágil, não obstante sua variedade, complexidade e longa história. Faz apenas 66 milhões de anos que um enorme asteroide atingiu a região da península mexicana de Iucatã e destruiu mais de 90% da flora e fauna existentes, incluindo os dinossauros, animais terrestres então dominantes. Paradoxalmente, atribui-se a essa tragédia ecológica a abertura de novos nichos, que permitiram, mais adiante, o surgimento, entre mamíferos e primatas, de uma espécie peculiar – *Homo sapiens* –, nós mesmos: indivíduos que, pelo desenvolvimento da inteligência, da razão e da sociabilidade, hoje refletem sobre o seu entorno na esperança de compreender as origens do Universo, da Terra e da vida em si. Para isso, usam a Ciência. E, na regulação do seu relacionamento com o planeta, empregam a Ética e o Direito.

2. GÊNESE DO DIREITO AMBIENTAL

No rastro de outros campos do conhecimento, jurídicos ou não, o Direito Ambiental surge como produto da evolução – neste caso, rapidíssima evolução – do pensamento ético, do saber científico, dos avanços tecnológicos, de novas prioridades sociais e políticas, de reorganização das premissas e do conteúdo do ordenamento, tudo com reflexo, tardio, é verdade, no currículo das Faculdades de Direito (inclusão, na grade curricular, como matéria obrigatória ou optativa) e no próprio funcionamento do Poder Judiciário (criação de Varas e Câmaras ambientais).

Na origem e no centro desse processo formativo identifica-se a crescente preocupação da população com a ininterrupta e grave degradação das bases ecológicas da vida planetária, acontecimento imune a fronteiras físicas, políticas ou econômicas. Observando o entorno comum a cada um de nós, só alienados, insensíveis ou ignorantes não concluirão que poluição e empobrecimento da biodiversidade da Terra, assim como seus impactos

na dignidade humana[4], representam traço marcante e inegável dos nossos tempos, realçado a partir do final da Segunda Guerra Mundial. Há dano ambiental nos países industrializados e nos de economia agrária, nas nações ricas e nas subdesenvolvidas, no Norte e no Sul, do Ártico à Antártica. Ao contrário do que se imagina, prejuízos e distúrbios ecológicos no uso e gestão dos recursos naturais não decorrem somente de crescimento industrial e agrícola, revelando-se, às vezes em maior grau, em episódios conhecidos de práticas neocolonialistas e exploração predatória localizadas nos rincões mais remotos e pobres do mundo. Na verdade, onde houver seres humanos, inevitavelmente haverá poluição[5] e degradação ambiental.

Criatura tardia do apagar das luzes do Século XX, o Direito Ambiental desponta quando a degradação ambiental atinge níveis alarmantes, principalmente com a poluição do ar e das águas. Nos seus primórdios, identifica-se o alargamento do *poder de polícia*, em particular no âmbito da proteção da saúde e do ordenamento do território, e a atualização do vetusto tratamento dos *direitos de vizinhança*, ambos reforçando a intervenção do Estado na propriedade e no manejo dos recursos naturais. Essa *gênese dual* confere-lhe, na partição clássica das famílias jurídicas, maternidade imprecisa, um pé avantajado no Direito Público[6] e outro, acanhado, no Direito Privado[7].

Mostra a história da civilização que o confronto, direto ou indireto, do ser humano com a Natureza é a regra, nem sempre por vocação ou opção destrutiva, mas por circunstâncias da sobrevivência. Assim sendo, a

---

[4] Coube à Ecologia e ciências conexas demonstrar que nossas ações degradadoras do meio ambiente amiúde também apresentam efeitos deletérios diretos e indiretos nos seres humanos (J. Baird Callicott, *Earth's Insights: A Survey of Ecological Ethics from the Mediterranean Basin ot the Australian Outback*, Berkeley, University of California Press, 1994, p. 9).

[5] Keith Hawkins, *Environment and Enforcement*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. xii.

[6] Entendido como "sistema de normas dirigidas a regular o fenômeno estatal a que o ordenamento dá lugar, ou seja, à própria pessoa estatal, ao exercício de seus poderes e funções e às relações que deste exercício derivam" (Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 5).

[7] Ou seja, "sistema de normas encaminhadas a disciplinar os particulares que integram o complexo social ao qual o ordenamento estatal se refere, assim como a regular as relações que entre aqueles se originam por sua própria vontade" (Renato Alessi, Ob. cit., p. 5).

utilidade do Direito Ambiental colocar-se-ia, em tese, tanto hoje como no período das primeiras civilizações, da expansão romana, dos impérios da América pré-colonial e dos grandes descobrimentos. No entanto, não basta o *embate pessoa-natureza* para viabilizar o nascimento do Direito Ambiental. Exige-se, ao oposto, um conjunto de condições éticas, econômicas, sociais, políticas, científicas, tecnológicas e, também, ecológicas e jurídicas. Um alinhamento de forças de várias ordens e grandezas, dentre as quais cabe destacar: industrialização massificada; prevalência da vida urbana, com seus grandes centros e aglomerações; compreensão mínima dos fenômenos ecológicos; funcionamento de regimes democráticos, com livre circulação de informações e valorização da participação pública; estabelecimento do Estado-Providência, interventor e garantidor do interesse social por excelência; aparecimento, no seio da sociedade, de uma generalizada consciência ético-ecológica.

Equivocado, por outro lado, conceber que o Direito Ambiental desponta do nada, em passe de mágica. Ao revés, o exame do passado indica que, em primeiro momento, o ambiente foi regrado de forma indireta e implícita, sem nome ou sobrenome, por conseguinte tutela deficiente e dispersiva, exemplo dos Códigos Civil e Penal e da legislação especial. Depois, mais frontalmente, passou-se a salvaguardar os *elementos* que o integram, uma *fase fragmentária*, de cunho setorial (regulação da fauna, flora e certas atividades), com ênfase no elemento que deixava de lado a interdependência das partes do ecossistema e também dos vários problemas, causas e soluções. Finalmente, chegamos à *fase holística*, isto é, o meio ambiente tratado como sistema integrado, dotado de identidade jurídica própria (= bem de uso comum do povo).

3. MEIO AMBIENTE

Meio ambiente é termo recente e "ambíguo"[8], verdadeira noção camaleônica[9], mesmo para os dicionários. Na frase conhecida de Lynton

---

[8] Patricia W. Birnie e Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 2.

[9] Michel Prieur, *Droit de l'Environnement*, 6e édition, Paris, Dalloz, 2011, p. 1.

Keith Caldwell, aí se encontra "termo que todos entendem e ninguém é capaz de definir". Fala-se em *conceito estrito* e *conceito amplo* de meio ambiente, ora traduzindo referência exclusiva a "componentes ambientais naturais", ora agregando a esses também os "componentes ambientais humanos"[10].

No plano internacional, os grandes acordos evitam defini-lo. A Declaração de Estocolmo, de 1972, em seu Preâmbulo, faz referência a *meio ambiente humano*, espaço que oferta às pessoas sustento físico e lhes confere oportunidade de crescimento social, moral, espiritual e intelectual. O documento acrescenta que os dois aspectos do ambiente – "o natural e o artificial" – são essenciais ao bem-estar do povo e à fruição de direitos humanos fundamentais.

Apesar dessas conhecidas dificuldades de assimilação e precisão conceituais, o Direito não se contenta em protegê-lo, indo além para defini-lo em textos legais. Nesse sentido, preceitua o legislador brasileiro que meio ambiente é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"[11].

Pelo que deflui da acepção legal, meio ambiente não se resume a *bem corpóreo*. Trata também de *bem imaterial*, já que composto de *condições*, *leis*, *influências* e *interações*. Impossível, pois, apreendê-lo, fisicamente, na sua inteireza, embora constituído de elementos materiais, chamados *recursos ambientais*.

Para nosso legislador, são recursos ambientais "a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera, a fauna e a flora"[12]. A partir desse enfoque legal, os recursos ambientais (= recursos naturais) abrangem

---

[10] José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias, *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo (Da Legitimidade Processual e das suas Conseqüências)*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 33.

[11] Lei n. 6.938/81, art. 3º, inciso I.

[12] Lei n. 6.938/81, art. 3º, inciso V, com a redação dada pela Lei n. 7.804, de 18.7.89.

tanto elementos vivos (= bióticos), como não vivos (= abióticos). Uma das diferenças entre essas duas categorias é que os recursos vivos são, comumente, renováveis, desde que poupados de exploração predatória e irracional, receita certa para a extinção[13].

Percebe-se que nossa legislação ambiental adota, como ponto de partida, um *conceito naturalístico*, resultado de convergência jurídica intensa em torno do *meio ambiente natural*, o que não equivale a excluir por completo o *meio ambiente artificial*, como se nota, p. ex., no terreno do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, das Unidades de Conservação, do controle da poluição, da responsabilidade civil. Ao assim proceder, o legislador seguiu orientação de ampla e abalizada doutrina, além de tendência do Direito estrangeiro. Inspirou-se no desígnio de salientar e focalizar o componente natural, para dessa forma melhor precisar os contornos da disciplina, sem barrar, longe disso, a porosidade de suas divisas a legítimas preocupações com o construído, atento ao alerta de que, no Direito Ambiental, apesar de sua proeminência atual, observa-se a ausência de "fronteiras claras"[14].

Assim visto, para o ordenamento brasileiro o meio ambiente constitui essencialmente uma *noção ecológica* que se reconhece e opera a partir de bases e influências humanas. Essa *sensibilidade dúplice* não implica que o Direito Ambiental atrele ao seu núcleo-duro o vasto universo do *ambiente construído*, objeto de outros ramos jurídicos irmãos, como o Direito Urbanístico e o Direito do Patrimônio Histórico e Cultural. Em síntese, o ser humano integra as considerações do Direito Ambiental, seja como agente da degradação, seja como beneficiário dos serviços ecológicos, pois "a vida em todas as suas formas", referida pela lei brasileira, abrange exatamente isso: *todas as suas formas*, nas quais se encaixa, por óbvio, a vida humana.

---

[13] Patricia W. Birnie e Alan E. Boyle, Ob. Cit., p. 419.

[14] Sir Harry Woolf, *Are the Judiciary environmentally myopic? in* Journal of Environmental *Law*, vol. 4, no. 1, 1992, p. 2.

4. INFLUÊNCIAS DA ECOLOGIA (E DA CIÊNCIA) NO DIREITO AMBIENTAL

Dispondo-se a regrar as atividades humanas com impactos na Natureza, o Direito Ambiental precisa incorporar – pois, do contrário, falhará – uma noção *orgânica* ou *holística* do ambiente, conforme estatuído no art. 3º, I, da Lei 6.938/1981, aceitando que não estamos simplesmente *na* natureza. Somos, antes de tudo, um dos seus componentes, único a conjugar inteligência e razão, daí a total capacidade de decidir e operar de maneira prudente sob o império de elevados padrões éticos e normas jurídicas. Dela surgimos, dela retiramos nosso suporte; a ela, finalmente, cada um a seu tempo, voltaremos como átomos e moléculas.

Pela Natureza somos orientados e aconselhados, apesar da arrogância que frequentemente nos domina, sentimento que se avulta no rastro de novas tecnologias. Tal situação corre o risco de se agravar, caso se utilizem, sem os procedimentos ditados pela precaução e pelo bom-senso, remédios tecnológicos desenhados para "curar a Terra", como a geoengenharia e a biologia sintética. Ora discreta, ora veementemente, a olhar além dos resultados concretos e imediatos esperados dos seus diversos instrumentos, o Direito Ambiental sinaliza a conveniência de não esquecermos que desobediência aos sussurros naturais, mais do que infração legal ou pecado, pode resultar, no cotidiano de milhares e até de milhões de pessoas, em desastres coletivos insuportáveis e irreversíveis, gravosos em particular para os mais vulneráveis e pobres.

Essa *interdependência de tudo com todos e de todos com tudo* – e, por via de consequência, o caráter supraindividual da proteção jurídica do ambiente – domina sem dúvida o Direito Ambiental, seus objetivos, princípios, instrumentos e instituições, a partir de comandos expressos da Constituição Federal e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Alertas sobre a conveniência, para não dizer, imperiosidade, de *utilização coletiva, solidária e cuidadosa do planeta* nunca faltaram, nem são exclusividade das últimas décadas, porquanto nos chegam desde a antiguidade clássica. Mais recentemente, no final do Século XIX, bem antes, pois, do surgimento do ambientalismo, já notava Herbert Spencer que "a superfície da Terra não pode, no sentido absoluto do termo, ser

apropriada pelos indivíduos e que só deve ser ocupada por eles com o reconhecimento de que é também pertença dos demais homens: noutras palavras, só a sociedade, em conjunto, se pode apropriar da Terra"[15]. Acrescento: apropriação que não exclua os interesses das gerações futuras, conserve e amplie a robustez das bases da comunidade da vida planetária e não deflagre declínio ou extinção de espécies e ecossistemas.

Propondo-se, então, a organizar o relacionamento do ser humano com o meio ambiente – isto é, a regrar as atividades humanas que afetam ou podem afetar esses frágeis processos físicos, químicos e biológicos –, o Direito Ambiental amarra-se umbilicalmente ao conhecimento científico e, com este, à Ecologia.

A relação estreita entre descoberta/saber científico e Direito não deve surpreender. É uma constante no decorrer da história, em especial a partir da Revolução Científica. Exemplo não longínquo encontra-se em Charles Darwin que, com a publicação, em 1859, de seu livro *A Origem das Espécies*, influenciou uma geração de juristas e políticos[16]. Não haveria, pois, por que ser diferente com os avanços no campo da Ecologia.

Poucas são as disciplinas jurídicas que, como o Direito Ambiental, mais do que aceitem, dependam tanto da proximidade e da sintonia com o conhecimento científico. E, exatamente porque obrigado a levar em conta as "leis da natureza", o Direito Ambiental adota *modelo interdisciplinar* no tratamento da prevenção, reparação e repressão do dano aos recursos naturais e aos processos ecológicos[17].

Não imaginemos, contudo, que à ciência ou aos cientistas, como categoria profissional, seja outorgado *poder de decisão política*, externo ou alheio aos três Poderes constitucionais. Por exemplo, os cientistas não arbitram, eles próprios e sozinhos, o nível de contaminação aceitável ou o risco de extinção de espécies a serem observados pelo ordenamento.

---

[15] Herbert Spencer, *A Justiça*, versão de Augusto Gil, Lisboa, Livrarias Aillaud e Bertrand, p. 94.

[16] Entre os quais se incluem Walter Baghot, Herbert Spencer, Oliver Wendell Holmes Jr., Woodrow Wilson e John Dewey.

[17] Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1997, p. 9.

Nesse quadro, a ciência pode desempenhar pelo menos dois importantes papéis no Direito Ambiental. Primeiro, produzir e fornecer a melhor informação técnica possível (= ciência pura), já que leis, políticas públicas e jurisprudência dela necessitam, seja na elaboração de normas jurídicas, seja na implementação ou reforma do quadro legal posto. Segundo, avaliar os riscos ambientais das várias atividades econômicas[18].

Indispensável, no tratamento dado à Ciência, não esquecer que, em harmonia com o que ocorre em outros campos da regulação jurídica, muitas vezes o ordenamento está dominado não por considerações puramente científicas, mas por outras de caráter e conteúdo éticos, dotadas de forte apelo social, psicológico ou religioso. Cite-se o caso da proibição de pesca da baleia, mesmo daquelas espécies cujas populações, após anos de vedação de captura, já estariam recuperadas – na opinião esposada por países pesqueiros (Japão em particular) – em níveis que possibilitariam, sem risco de extinção, o reinício da exploração econômica.

5. DIREITO AMBIENTAL E ECOSSISTEMAS

Para o Direito Ambiental – assim como para a Ecologia –, é central a noção de *ecossistema* (= sistemas ecológicos), termo cunhado originalmente por A. G. Tansley em 1935. Unidade funcional básica da vida na Terra, inclui comunidades *bióticas* (= organismos) e condições *abióticas* (= ar, água, solo, energia). Define-se como o conjunto de plantas, animais e micro-organismos em permanente interação, recíproca e com seu ambiente, de tal modo a perpetuar o agrupamento.

As várias formas de vida (humanos inclusive) não existem ou sobrevivem de maneira isolada, no éter, sendo, ao revés, constituintes e agentes de ecossistemas. Fundamental aos seres vivos, o processo de fotossíntese representa a base da vida na Terra como hoje a temos. É por meio dela, verdadeira porta de entrada de energia no sistema, que a força do sol é capturada e usada por plantas e micro-organismos, ensejando a produção de compostos químicos essenciais.

---

[18] David S. Favre, *The risk of extinction: a risk analysis of the Endangered Species Act as compared to CITES*, *in* New York University Environmental Law Journal, vol. 6, 1998, p. 345.

Além de caracterizados pela *interdependência*, os ecossistemas (bem como, mais amplamente, o próprio meio ambiente) não se apresentam estáticos – sensíveis que são a vários fatores –, mas evoluem até chegarem a patamar denominado *clímax*, caracterizado pelo maior número possível de plantas e animais para a energia ali disponível.

Finalmente, os ecossistemas dispõem de nível de produtividade variável (decorrência da luminosidade e temperatura, entre outros fatores), que vai da menor biodiversidade da tundra à excepcional riqueza das florestas tropicais, consideradas os sistemas ecológicos terrestres mais produtivos. Na medida em que os ecossistemas sofrem alterações, também são afetados (e extintos) animais e plantas deles dependentes, episódios graduais ou fulminantes que, incontáveis vezes, sucederam, *naturalmente*, no decorrer da jornada da vida planetária.

Hodiernamente, no entanto, é o ser humano o grande responsável pelas profundas modificações que afetam os mais diversos ecossistemas mundiais, ação (e também omissão) que ameaça a sobrevivência de muitos deles. Sem adequada regulação do Direito, esses sistemas ecológicos, imprescindíveis a nossa existência e a inumeráveis formas de vida, podem ser perdidos para sempre.

6. TRAJETÓRIA DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

Ninguém mais nega a realidade e a força do Direito Ambiental brasileiro: existência e vigor de cunho legislativo, teórico e prático. Apesar da tradição de proteção imperfeita e ineficaz de elementos naturais esparsos (florestas, fauna, água), a rigor, só em 1981, com a aprovação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, pulamos diretamente para um modelo normativo holístico, abrangente e desestruturador do regramento fragmentário até então vigente.

É certo que, como atrás dito, em maior ou menor escala, os problemas ambientais de origem antropogênica sempre aí estiveram, constatáveis a olho nu para quem pudesse (ou quisesse) enxergar e contasse com capacidade de discernimento e reação. Abstraídas vozes isoladas, faltava suficiente *percepção pública* da gravidade e extensão do problema. Nessas condições, não admira que inexistisse no Brasil, por conseguinte,

regime legal próprio e abrangente, pois não se pode regular aquilo que se desconhece ou aquilo que não se valoriza.

Mesmo tendo a degradação ambiental antecedido o Século XX, sua captação jurídica só começa a tomar forma sistemática e holística nas últimas décadas. Já vimos que ela toma forma na esteira de grandes transformações atravessadas pelo processo civilizatório, mais ainda após a primeira Revolução Industrial. De maneira acelerada e até inesperada, forma-se o Direito Ambiental brasileiro, em pleno regime militar, sem que isso o impedisse de, desde o início, incorporar o menu completo de novas teorias, institutos, princípios e instrumentos que o caracterizam.

Na década de 80, portanto, o Brasil segue os passos dos Estados Unidos e de países europeus em particular, em que juristas e legisladores, à luz do valor maior de proteção da vida – enxergada qualitativamente pelo prisma da *existência digna* e dos "novos direitos" –, acordaram para o fato de que o ordenamento jurídico tradicional mais atrapalhava do que propriamente auxiliava na imensa tarefa de evitar a deterioração da qualidade ambiental e a perda de biodiversidade.

Indubitavelmente, no Brasil o Direito é hoje muito mais sensível à questão da degradação da vida planetária. Mas essa "abertura ambiental" de juristas, legisladores, administradores e juízes não aconteceu de maneira isolada, pois, já se viu, é produto da conjugação de fatores indispensáveis, que vão da alteração fundamental do modelo de Estado às características e valores da sociedade, da percepção do processo de desenvolvimento ao grau do saber científico sobre a Natureza e seus fenômenos. No fundo, tomava conta da opinião pública brasileira uma imperceptível e profunda *transformação ética*. A nuance precursora de cuidado com o ambiente, portanto, não advém exatamente do Direito Ambiental em si, atribuída que deve ser, em verdade, ao progresso na conformação dessas forças sociais, culturais e científicas, que o viabilizam e legitimam, ontem e hoje.

Assim, ao ser promulgada em 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente respondeu a demandas e expectativas ditadas por condições éticas, econômicas, sociais e políticas que se achavam postas e prontas para o surgimento do Direito Ambiental, ao menos na porção mais rica e desenvolvida do território. Ecoando o que se verificou em outros países, aqui

o Século XX também foi marcado pela explosão demográfica, urbanização, industrialização e emprego desenfreado de novas substâncias químicas desconhecidas na Natureza. Agravaram-se os problemas de poluição (São Paulo e Cubatão viraram símbolo de contaminação), desmatamento, ocupação desordenada do litoral, destruição dos manguezais e declínio generalizado de biodiversidade. Nem se esperaria que fosse diferente, pois o urbano e o industrial, sabe-se, degradam sistemas naturais preciosos em maior escala do que culturas rurais e agrícolas. E estas, por sua vez, agridem mais o ambiente do que o extrativismo típico de sociedades de coletores e caçadores[19].

Por milhares de anos, o rural dominou o urbano no avanço das civilizações, influenciando as formas de organização político-jurídicas da humanidade, no que não foi diferente o Brasil a partir da chegada dos portugueses. A transição de um sistema rural a outro de feições urbano-industriais predominantes trouxe problemas e implicações de toda ordem, inclusive ambientais, para as quais a legislação existente encontrava-se absolutamente despreparada.

A explosão jurídico-ambiental projetou-se globalmente, até porque a crise ecológica, logo se percebeu, não era local ou nacional, mas, sim, planetária. Não surpreende, pois, que transpareça no nosso Direito Ambiental uma forte influência estrangeira, embora o legislador e o juiz brasileiros tenham, com notável criatividade, muito inovado (vejam-se, p. ex., o tratamento das Áreas de Preservação Permanente e da Reserva Legal; a elaboração de novos institutos, como a natureza *propter rem* das obrigações ambientais e o princípio *in dubio pro Natura*). Imprescindível não esquecer, ao analisar o influxo do Direito comparado, que nem sempre alterações de percepção e expectativas, inclusive legislativas, contam com gênese puramente autóctone (lembre-se a luta pela república, pela abolição da escravidão e pelo voto feminino), traço que, mais ainda em tempos de globalização, de mercados comuns regionalizados e de facilitação das comunicações, influencia não só o Direito Ambiental, mas também vetustas matérias, como o Direito Civil, Comercial, Penal e Processual.

---

[19] Joseph L. Sax, *The search for environmental rights*, *in* Journal of Land Use & Environmental Law, vol. 6, 1990, p. 95.

7. MATURIDADE, AUTONOMIA E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

A partir de 1981, o Direito Ambiental brasileiro firma-se em duas direções principais: a) desenvolvimento de objetivos, princípios, instrumentos e instituições próprios, que lhe garantem *individualidade* no sistema jurídico; b) limitação crescente do direito de propriedade, primeiro com a noção de *função social* e, depois, ao especializá-la e sofisticá-la, com referência à *função ecológica* da propriedade e do contrato.

Firma-se? O que se quer exatamente dizer? É nesse ponto que entram três noções aparentadas e assemelhadas, mas distintas: *maturidade*, *autonomia* e *consolidação*.

Primeiro, reconhece-se *maturidade* ao Direito Ambiental brasileiro, uma vez que suas bases teóricas e práticas estão erguidas e solidamente estruturadas. Um edifício legislativo, administrativo e judicial heterogêneo, constituído por mosaico de influências e heranças, enriquecido pelo desenvolvimento de institutos e opções próprios – de origem nacional ou inspiração estrangeira –, que ajustam e modificam artefatos de modelos anteriores, sem prejuízo de inovações peculiares.

Maturidade significando disciplina jurídica *adulta*[20], mas nem por isso estática, já que em contínua transformação, algo esperável de normas regradoras de processos ecológicos e da atuação humana sobre eles, auxiliada por uma avalanche de tecnologias revolucionárias. A consolidação avança também na chamada "especialização setorial", regulação em fluxo incessante, que acompanha (ou tenta acompanhar) a velocidade das ameaças à Natureza, bem como os avanços do conhecimento sobre o funcionamento do ambiente e as consequências e impactos sobre ele das condutas humanas.

---

[20] Maturidade essa que parece ser mais acentuada no terreno do Direito *legislado* (*law in the books*) e na *doutrina* (= teoria), do que no do Direito *aplicado* (= Direito em ação). Nos Estados Unidos, berço da disciplina, um dos seus pioneiros, em 1985, Grad, na apresentação da terceira edição do seu Manual, considerava que "Existirão, sem dúvida, alterações no Direito no futuro próximo, mas parece-me que a matéria alcançou um *nível moderado de maturidade e estabilidade*" (Frank P. Grad, *Environmental Law*, Third edition, New York, Matthew Bender, 1985, p. VI, grifei).

Nesse permanente processo de *hiperespecialização*, questiona-se a estrutura do Direito clássico, mas também as noções e proposições trazidas nos primeiros momentos do próprio Direito Ambiental[21].

Uma das marcas do Brasil, desde os primeiros dias da Colônia, vem a ser a de uma *nação importadora de modelos jurídicos*: o *transplante legislativo*. Há de se reconhecer, por outro lado, que tal impulso importador, quase vício, às vezes automático e irrefletido, esbarra em cipoal de obstáculos práticos insuperáveis (o choque da realidade) decorrentes da complexidade e heterogeneidade de um país continental. A maturidade do Direito Ambiental também denota a capacidade de libertação do hábito centenário de *produção legislativa em cascata ou dominó*, isto é, de primeiro esperar que países mais avançados legislem para só depois deixar a inércia para enfrentar, inclusive no plano judicial, os graves problemas que afligem o povo e os biomas.

Em segundo lugar, o Direito Ambiental brasileiro alcançou patamar de *autonomia* (o que não quer dizer *independência*, característica inobservável nos ramos do Direito). Como disciplina jurídica autônoma, não se cinge a transcender noções jurídicas de outras matérias, pois também cria conceitos, objetivos, princípios e instrumentos novos[22]. Essa autonomia se constata de múltiplas formas: estudo separado em manuais e tratados; inclusão na grade curricular das Faculdades de Direito; exigência, com nome e sobrenome, em editais de concursos públicos; criação de Varas e Câmaras especializadas; formação de jurisprudência temática.

Finalmente, a *consolidação*. Aqui, infelizmente, impróprio seria qualificar o Direito Ambiental brasileiro como seguramente consolidado, tanto mais se com isso se queira consignar um "olhar legislativo para a frente", sem perigo de se dar meia-volta desarrazoada.

---

[21] Veja-se, como exemplo, a crítica que se faz a trabalho pioneiro de 1973 — relativamente recente, portanto — do professor Massimo Severo Giannini, um dos principais administrativistas da Itália e precursor do estudo jurídico-ambiental (Amedeo Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, *in* Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1985, fascicolo 1, p. 32-59).

[22] Jean-François Neuray, *Introduction Générale*, *in L'Actualité du Droit de L'Environnement: Actes du Colloque des 17 et 18 novembre 1994*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 11.

Evidente que, igual a outros capítulos do Direito, não obstante o veloz e admirável avanço alcançado, ainda há muito o que fazer e aperfeiçoar. A isso se chama *progresso legislativo*. No entanto, há um dado político que infortuna a regulação do ambiente no Brasil: somos um País em que a lei de tutela coletiva, ao ser minimamente aplicada, faz logo aparecerem agentes econômicos e seus porta-vozes em pregação por reforma ou mesmo revogação. Daí resulta que o desenvolvimento, a aplicação e a sobrevivência mesma do Direito Ambiental viram trabalho diário, que (re)começa a cada instante, um desesperador estado de *Sísifo ecojurídico* em que o passado subjuga o presente e rejeita libertar o futuro.

Nesse aspecto, a importação seca e mecânica de padrões legislativos, supramencionada, já não se dá para *adicionar ao inexistente*. Ao contrário, em desiderato reducionista e retrógrado, busca *subtrair ao existente*, com manifesto ou dissimulado intento de rebaixar o patamar de garantia dos processos ecológicos essenciais e da saúde humana: a isso se chama *retrocesso legislativo*. Ao fazê-lo, atinge a integridade do microssistema, porquanto compromete seus princípios e instrumentos legais, ação que leva, ao final das contas, à debilitação dos próprios alicerces do Estado de Direito Ambiental. Discurso de demonização e desmoralização do microssistema como um todo normalmente precede os *movimentos regressivos antiambientais*, que vão da desregulamentação e privatização desenfreadas à abolição ou afrouxamento de procedimentos testados de comando e controle. Tal comentário – válido, em termos gerais, para os diversos ramos do Direito – não deve ser percebido como trava metodológica ou ideológica ao ofício inovador do legislador e do juiz, pois mudanças na lei e na jurisprudência amiúde se requerem precisamente para contraditar e superar o que de errado se pratica e se aceita, por vezes há séculos.

Em atmosfera onde reina absoluta insegurança *da* lei em si (em vez de insegurança causada *pela* lei), o desafio deixa de ser o de buscar novos e melhores princípios e instrumentos capazes de alcançar os objetivos dorsais do Direito Ambiental para virar interminável esforço de atenção e mobilização políticas visando preservar aquilo que, a duras penas e até tardiamente, foi antes conquistado.

8. CONCLUSÃO

Em conclusão desse curto ensaio, é seguro dizer que o Direito Ambiental brasileiro, superada a fase de formação, depara-se com o desafio da afirmação político-científica, a fim de impedir retrocessos legislativos e jurisprudenciais, o que requer, mais do que nunca, clareza doutrinária sobre sua matriz ética, estrutura orgânica e conteúdo técnico e, a partir daí, sobre os contornos de sua *Teoria Geral*.

Sem isso, o Direito Ambiental continuará a ser visto – e criticado – como um mosaico desordenado de normas, nobre nas finalidades solidaristas e intergeracionais, belo nas proposições criativas, sofisticado na argumentação teórica, mas utópico na ambição e raquítico, quando não paralítico, na prática e nos resultados.

Função de Julgar
Jurisdição Garantista

Napoleão Nunes Maia Filho
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

FUNÇÃO DE JULGAR
JURISDIÇÃO GARANTISTA

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

É comum ouvir-se o juiz proclamar a sua submissão à regra positivada e erguer a sua voz para sonorizar que todos estão sujeitos ao fiel cumprimento das leis e a seguir os precedentes judiciais. O julgador que assim procede elimina, ele próprio, o espaço judicial para ponderações judiciais ou críticas axiológicas consistentes, por entender não se incluir na função de julgar a tarefa de identificar os casos em que se deva excepcionar a aplicação da regra positivada. Essa regra positivada poderá ser uma lei, um artigo regimental, uma disposição regulamentar ou um precedente jurisprudencial, uma decisão repetitiva ou dotada de geral repercussão, uma súmula ou qualquer outra regra positiva. Em caso assim, imagina o juiz que referir a regra positivada é o mesmo que fundamentar a sua decisão.

1. JURISDIÇÃO E LEI
DIREITOS E REGRAS

É muito antiga e recorrente, nas discussões jurídicas sobre a função de julgar, a *questão* sobre qual a sua amplitude ou a sua estreiteza, qual a sua

liberdade ou quais as suas contenções. Dito de outra forma, a classificação da jurisdição será mais exata como *atividade criadora de soluções* ou como *atividade de aplicação silenciosa e pacífica das regras positivas, previamente elaboradas?* Esse problema pode, também, ser posto em termos diferentes, como, por exemplo, *qual a relação entre a atividade dos julgadores e o conceito de justiça* ou *quais os limites da busca da verdade, na elaboração das decisões dos casos judiciais?*

Essas questões podem ser de respostas fáceis ou de respostas impossíveis, dependendo do nível da *confiança otimista* ou da *dúvida questionadora* que o jurista julgador tenha, relativamente ao referido *conceito de justiça.* O jurista que confia, cegamente, no conteúdo de justiça das leis positivas tem poucos motivos – ou talvez mesmo nenhum motivo – para desenvolver reflexões sobre a função de julgar. Para os juristas confiantes nas propostas legalistas, o problema da justiça *simplesmente não existe.* Para eles, as soluções das questões jurídicas judicializadas *estão, com certeza, nas regras editadas pelos poderes estatais e, ainda, nas prescrições da jurisprudência.* Então, para quê realizar qualquer trabalho intelectual, já que o esforço de *apenas localizar* esses elementos sistêmicos lhes fornece *inquebrantáveis certezas?*

No entanto, para os juristas que questionam a justiça das leis escritas ou pensam que elas não a expressam, por serem genéricas e abstratas, a reflexão sobre este assunto *tende a ser um tormento intelectual e, às vezes, um dilema de ordem moral.* E o maior complicador dessa inquietação é a parca inclinação à transigência que esses juristas revelam em cada discussão, criando uma *aura de intolerância* em torno das posições que sustentam. E isso é aumentado porque, geralmente ou quase sempre, essas posições são minoritárias e isoladas, ou *vencidas e superadas,* na linguagem forense.

Não é de execução fácil, mas ingente, a tarefa de sustentar posições garantistas, no ambiente judicial conservador, porque as oposições a esses pontos de vista se montam em *argumentos ameaçadores,* apregoando o advento de uma era de incertezas, inseguranças e perigos. Certamente está na gênese do conservadorismo judicial a multissecular tradição compreensiva do *exercício clássico* da jurisdição, como se fosse de sua essência *conservar a ordem positiva vigente na sociedade, tal como expressa*

ou revelada por meio das suas leis escritas e dos seus precedentes exegéticos. Isto é, a jurisdição deveria atuar na execução fiel dos provimentos positivados pelas autoridades estatais e sob a chancela imperativa do seu poder. Essa função identifica-se, plena e diretamente, com o chamado *pragmatismo ordenador.*

O eixo desse pragmatismo ordenador é, por assim dizer, a *imposição cogente* das disposições e dos comandos legais e também dos precedentes judiciais, previamente positivados, *tidos esses elementos, aprioristicamente, como regras justas, boas e respeitáveis,* sem qualquer discussão dos seus conteúdos axiológicos. É isso o que forma ou constitui o *núcleo rígido* do sistema legalista e do correspondente modelo judicial. Nesse sistema, as regras legais e os precedentes valem *pelo simples fato de serem editados pelos poderes do Estado* e, quanto a eles, a única questão que se admite é a de saber-se da sua *validade formal,* derivada somente e apenas do processo de sua elaboração e de sua positivação.

Diz-se que, se as leis escritas forem formalmente válidas, ou seja, editadas pela autoridade compete, sancionadas regularmente e assim também publicadas, *as suas regras devem ser aplicadas tais como estão postas,* sem tirar e nem pôr. Segundo essa concepção, vigora, nesse ponto e sob esse aspecto, o preceito ou a *teoria do tudo ou nada,* ou seja, a regra é válida e deve ser aplicada, ou não é válida e deve ser descartada. Por essa teoria, sendo a lei válida, deve ser executada tal como nela se anuncia o respectivo preceito, ou não vale e, portanto, não deve ser executada. Essa simplicidade tem sido alteada à categoria de *técnica jurídica,* mas a sua compreensão seria mais exata, se fosse chamada de *técnica burocrática.*

Essa teoria se insere no âmago do *sistema neopositivista atual,* que tem a sua nascente contemporânea, *ao que se diz e se alardeia sem ressalvas,* no pensamento do jurista inglês Professor Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), a partir de obra que escreveu em 1961 – *O Conceito de Direito* – a qual lhe deu notoriedade acadêmica e o consagrou como filósofo do Direito. Contudo – *e essa anotação deve ser muito bem assinalada* – quando se atribui ao Professor Hart a *paternidade do neopositivismo contemporâneo,* não se faz, em geral, a devida análise de sua contribuição à teoria geral do Direito. No entanto, deve-se dar maior atenção, sobretudo,

à sua compreensão sobre o *reconhecimento da validade das regras positivas,* sujeita à aprovação no teste da correspondente *norma de reconhecimento.* Na opinião desse jurista, a centralidade da regra se desloca, portanto, para a respectiva *norma de reconhecimento,* o que significa que a regra positiva *não existe por si só e em si mesma.*

Na verdade, a teoria jurídica do Professor Hart *abre-se francamente para a adoção e para a admissão, no sistema de Direito, de elementos não legislados ou não positivados,* quando ele explica, por exemplo, a estrutura e a função da *norma de reconhecimento,* com base na qual se confere o requisito de *validade às regras legais ou positivas.* A função dessa norma de reconhecimento pode situar-se e operar em *dois ambientes distintos,* como o autor explica, valendo-se da comparação entre sistemas jurídicos do tipo *autocrático ou absoluto* e do tipo *limitado ou controlado.* Por conseguinte, há um *problema político* na avaliação da validade das regras positivas.

O Professor Herbert Hart recorre ao exemplo de dois modelos alternativos. No Modelo I (ou modelo simples), ele expõe que a *fonte da validade jurídica da regra* é o soberano (no seu exemplo, o monarca Rex I), que não se acha submetido a qualquer controle externo à sua vontade ou limite exógeno algum. Nesse caso, como diz o Professor Hart, *apenas o que ele decreta constitui direito e não há limites jurídicos a seu poder de legislar, sejam estes impostos por uma norma consuetudinária ou por um documento constitucional; o único critério para identificar o direito será a simples verificação do fato de ter sido declarado por Rex I.* Vale, portanto, o *pedigree* da regra, para se aferir e reconhecer a sua validade. Nesse modelo simples, a questão da validade da regra é uma *questão de autoridade* do seu editor.

No Modelo II (ou modelo complexo), *no qual existem várias fontes do direito, a norma de reconhecimento é, correspondentemente, mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, há mecanismos destinados a solucionar possíveis conflitos, hierarquizando-se esses critérios segundo uma ordem de subordinação e primazia relativas* (O Conceito de Direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.

129). Neste caso, importa, *além da origem da regra,* o exame do seu teor. O monarca, Rex II, não se acha livre e solto para editar as regras que bem quiser e entender, ao seu exclusivo talante. Pelo contrário, a regra por ele editada deverá *harmonizar-se* com referenciais externos a ela, sob a pena de não valer.

É bem possível que esta passagem da obra do Professor Herbert Hart autorize a *apressada conclusão* de que ele militaria em prol da *ideologia positivista simples.* Mas há que lembrar a sua oportuna advertência sobre a confusão entre *subordinação* e *derivação,* no que toca *à ideia de que a totalidade do direito resulta essencialmente, ou de fato (ainda que apenas de modo tácito), da legislação* (p. 130). A noção de *derivação,* como se vê, é mais *aberta* do que a de *subordinação* e, de algum modo, a supera ou a limita e tempera.

O cotejo analítico entre os dois aludidos modelos mostrará que, no Modelo I, a validade da regra positivada *depende tão só e apenas do fato de ser emanada da autoridade do monarca (Rex I).* No Modelo II, essa mesma validade *vai mais além* da simples verificação dessa origem *(pedigree)* ou dessa procedência, porque comporta questionamentos a respeito do seu conteúdo, subministrado pela cultura jurídica, pelos costumes, pelas disposições constitucionais e pela jurisprudência. Como se vê, no segundo modelo há espaço para o exercício crítico e, portanto, há também passagem sistêmica para a incidência de princípios, valores, ponderações, etc. É nesse ponto – mas não somente nele – que se insere a originalidade do pensamento jurídico do Professor Herbert Hart.

É preciso, ainda, lembrar que, no pórtico desse mesmo livro, em reflexão sobre o inafastável entrecruzamento das *obrigações legais* e das *obrigações morais,* o Professor Herbert Hart ressaltou que *há uma ideia – a de justiça – que parece unir os dois campos: esta é, ao mesmo tempo, uma virtude especialmente apropriada ao Direito e a mais jurídica das virtudes. Pensamos e falamos sobre a justiça de acordo com a lei e também falamos da justiça ou da injustiça das leis. Isso sugere* – continua o Professor Hart – *que o Direito deve ser compreendido como um ramo da Moral, ou da justiça, e que é a congruência com os princípios da Moral ou da justiça – e não a incorporação de ordens e ameaças – que é o seu elemento essencial* (op. cit., p. 9). Este é

o *ponto esquecido* da obra do Professor Hart, justamente o que lhe dá a máxima singularidade.

Nesse livro de ampla abrangência, o Professor Herbert Hart expõe, com sofisticação, a sua percepção do que denomina *positivismo inclusivista,* que leva em consideração a moral e a ética das condutas humanas, em oposição ao *positivismo simplesmente imperativo.* A distinção conceitual *nada tem de bizantina,* nem é um mero jogo de conceitos ou de palavras, mas se fundamenta na diferença, que para o Professor Hart é fundamental, entre o conceito de *ter a obrigação de* (como coerção moral) e o conceito de *ser obrigado a* (como coerção simples). No primeiro caso, tem-se uma obrigação jurídica de *perspectiva participante* (posição democrática) e, no segundo caso, tem-se o obrigado na posição *de mero destinatário passivo* (posição autoritária). Mais uma vez se denota que a compreensão do Direito não pode ser afastada da menção à Política, como, aliás, já assinalara o Professor Paulo Bonavides.

Foi o jurista americano Professor Ronald Dworkin (1931-2013) quem fez a crítica mais severa, *talvez mesmo exagerada e não totalmente procedente,* ao pensamento hartiano, sobretudo como tática para que se inserissem, na postura neopositivista, certos elementos de natureza principiológica. Veio daí a famosa *teoria do tudo ou nada,* representando a culminância da versão hiperpositivista e autoritária da compreensão do Direito. Na sequência desse pensamento, tanto a jurisdição judicial positivista, como a neopositivista, passa a ser considerada um *afazer eminentemente reprodutor das concepções legisladas e, portanto, eivado de autoritarismo.* Essa compreensão descarta a *contribuição da análise tópica ou contextual do caso em exame,* advinda do pensamento judicial *criador de soluções judiciais* ditadas pelas condições específicas do caso jurídico concretamente controvertido.

Não parece, porém, plenamente aceitável ou correto afirmar que haja uma contraposição *inconciliável* entre o pensamento do Professor Herbert Hart e o pensamento do Professor Ronald Dworkin, quanto aos conteúdos do Direito. No entanto, essa divergência é fomentada, assinalada e ampliada por muitos estudiosos da obra de ambos. Aliás, o Professor Hart teve oportunidade de rebater, uma a uma, as argumentações do

Professor Dworkin, explicando as suas proposições, em *post-scriptum* que não concluiu, porque colhido pela *feia parca.* Esse adendo foi organizado pelo cuidadoso trabalho da jurista Penélope Bulloch e do filósofo Joseph Raz, que fora discípulo do mestre Hart.

No seu livro *Levando os Direitos a Sério,* de 1977, o Professor Dworkin especifica, detalhadamente, a sua percepção do universo jurídico e concentra a sua reflexão nos *problemas da sua hermenêutica e da linguagem jurídica,* de certo modo as libertando das estreitezas das regras positivas. Essa libertação abre a porta da interpretação jurídica. Assim, permite-se que nela ingresse a concepção alargadora e ampliativa de sua realidade, *com a essencial incorporação de elementos não legislados, não positivados ou não colhidos diretamente no manancial das regras positivas.* Essa é uma visão renovadora do conceito de Direito e, certamente, remete as reflexões dos juristas a preocupações que eram, antes, apenas ou preferencialmente, dos filósofos.

Essa posição cognitiva, no entanto, se acha, por inteiro, no pensamento do Professor Herbert Hart, devendo ser reconhecido, no entanto, que o Professor Ronald Dworkin deu-lhe detalhamento mais extenso e menos *escolástico,* por assim dizer. Provém, possivelmente, dessa circunstância, de todo acidental, o prestígio que aureola a contribuição dworkiniana, de certo modo eclipsando o brilho daquela que foi elaborada pelo seu antecessor, o Professor Hart. O que se nota, porém, é que a obra do Professor Dworkin é muito mais conhecida e citada do que a do Professor Hart, mas o pensamento do jurista inglês é, seguramente, o seminal da renovação do conceito de Direito.

Na opinião do Professor Dworkin, *o juiz do caso concreto deve produzir a sua solução jurídica do problema jurídico que examina,* a partir da premissa de que *a sua interpretação há de ser, necessariamente, criativa.* Nas palavras desse escritor, o juiz *é um crítico e um autor,* recorrendo, inclusive, à imagem de que o intérprete judicial do Direito *escreve um romance contínuo.* O alvo preferencial do Professor Ronald Dworkin é o combate ao chamado *convencionalismo jurídico,* que faz a verdade jurídica emanar ou originar-se diretamente das *convenções pré-estabelecidas.* E isso isola ou afasta, definitivamente, a criatividade judicial e impede que a justiça

possa ser efetivada ou concretizada, no julgamento de determinado caso, *ocorrendo, apenas, um raciocínio de legalidade, que não absorve os detalhes e as especificidades do caso real.*

A comparação dworkiana ao juiz *escrever um romance,* no desempenho da sua função julgadora, não é uma alusão supérflua ou apenas um recurso de linguagem. Escrever um romance significa *criar, intelectualmente, um texto original, capaz de impressionar, persuadir ou provocar emoções duradouras.* Isso quer dizer que um romance não é (apenas) uma obra de ficção. Romancistas como Machado de Assis (1839-1908), Fiódor Dostoievski (1821-1881) ou John Steinbeck (1902-1968) são escritores que *trabalharam com a mente, captando certos aspectos relevantes da experiência da vida social, por exemplo, produzindo obras que marcaram e marcam gerações.* O que o Professor Ronald Dworkin passa, com a sua alusão ao *romance da decisão judicial*, é a poderosa ideia de que *o juiz é um criador, um ser pensante e um intelectual, e não um repetidor de pensamentos jurídicos anteriores a si mesmo, à maneira de um tecnoburocrata disciplinado, sem dúvida, porém mudo.*

O convencionalismo jurídico-judicial que o Professor Dworkin combate é o da *negação peremptória* dos valores e dos princípios do Direito e, ao mesmo tempo, a *total subordinação da justiça e da atividade judicial à tirania ou ao domínio das leis escritas.* Ninguém desconhece que o legalismo judicial é um método de trabalho jurídico *essencialmente burocrático,* mas, também, *extremamente confortável.* A sombra do legalismo enseja ao julgador acomodar-se e esquivar-se da responsabilidade de julgar pela sua consciência. Também lhe dá o álibi de atribuir ao ignoto legislador, ou seja, ao autor da regra positiva, ter estabelecido, eventualmente, uma *lei injusta ou inadequada.* O sistema legalista torna o juiz um justecnoburocrata, alguém que elabora as soluções dos problemas com base em preceitos, e não na observação da realidade.

É claro que a concepção adversa ao convencionalismo sofre a acusação de ser *hiper-subjetivista* e, portanto, possivelmente geradora de insegurança ou de arbitrariedade. Mas se deve relembrar que a atuação do julgador é vigiada de perto pelas partes integradas no conflito jurídico e até mesmo por pessoas estranhas a ele. Ademais, outros julgadores podem vir a

reexaminar, posteriormente, por meio de recursos processuais apropriados, as decisões dadas pelos que os antecederam. Esse controle não se faz aplicável, evidentemente, à produção legislativa. E quando o juiz atribui aos enunciados das leis a força de solucionar, diretamente, uma questão jurídica concreta, exclui de sua atividade a atuação dos valores e dos princípios do Direito. Quem pode negar que as leis escritas, frequentemente, *geram situações de conflito e não fornecem as soluções adequadas ou compatíveis com a realidade das controvérsias?*

Ninguém há de negar que a realidade das controvérsias somente se forma *depois da edição das leis escritas e que os conflitos jurídicos resultam, na sua maior parte, de dissensos na aplicação dessas mesmas leis e na sua interpretação.* Por isso mesmo, é incogitável que as leis tenham tratado de forma conclusiva as questões que lhes são posteriores, ou de modo a ensejar que as suas dicções possam veicular as soluções diretas das controvérsias jurídicas. A verdade é que os dispositivos legais se dirigem ao seu futuro e contemplam as questões jurídicas, como se fossem passíveis de tratamento genérico e inespecífico. Isto quer dizer que os seus dispositivos (das leis escritas) *nunca descem no nível dos detalhes ou das soluções concretas ou tópicas: somente as decisões judiciais são aptas à realização desse complexo empreendimento.*

O jurista alemão Professor Robert Alexy, em livro de importância decisiva para a elucidação desse relevante assunto, demonstrou que o modelo de sistema jurídico calcado apenas em regras (ou em leis escritas) propõe o insuperável dilema do *sim ou não (ou do tudo ou nada),* nas soluções judiciais das questões jurídicas. Esse modelo do tudo ou nada não deixa margem à incidência de valores e princípios ou de soluções geradas diretamente ou *in concretu* no ambiente judicial. Despreza-se, desse modo, *o enriquecedor contacto do juiz com os fatos da questão controvertida.* No modelo de sim ou não, o julgador fica fora da solução do problema jurídico e lhe cabe (ao julgador), apenas, *aplicar a regra positivada.* É por isso que se diz que, nesse modelo de jurisdição, *o juiz é, tão só, um burocrata competente.*

Essa redução da cognição e da conduta judicial à leitura dos textos das leis escritas leva, inevitavelmente, a jurisdição a comportamentos que

tendem ao conservadorismo intelectual – *que o Professor Dworkin chamou de convencionalismo* – e ao *mesmismo* decisório. E, *quando a evidência dos fatos ou a exigência da justiça impõe solução orientada em sentido diametralmente oposto,* a redução do Direito à regra não vacila em menoscabar a verdade. E também veicula um sentido autoritário da decisão judicial e põe a figura do juiz num *pedestal bem alto,* distante e indiferente ao que se passa ao seu redor. Mas a verdade é como o sol, que às vezes se esconde entre as nuvens, *mas nunca desaparece.*

Porém, o convencionalismo jurídico ou o conservadorismo intelectual jamais ocultarão a verdade dos fatos e das coisas, que sempre fustigará a consciência dos que cometem injustiças. E os que as cometem *não são apenas os que as promovem, mas também os que, podendo evitá-las, preferem a omissão e o conforto do abrigo das leis escritas.* Os fatos sobre os quais as regras positivas incidem podem estar ensombrados em exposições deficientes ou ralas, mas a sua compreensão depende, essencialmente, do espírito aberto de quem as lê, *com o ânimo de captar a verdade de sua manifestação.* As maneiras de comunicar uma ideia ou um pensamento são várias, mas o seu conteúdo é captável pela inteligência da pessoa destinatária. O que importa, deste modo, é que os *fatos da causa* sejam perceptíveis.

Aliás, o contacto do juiz com os fatos da questão é a *única fonte autêntica da decisão judicial justa e adequada.* Por isso, as decisões judiciais que não examinam os fatos controversos e os deixam ao relento de consideração estratégica, tendem, sempre, ao abstracionismo indiferente aos problemas existenciais da vida humana social. Trata-os como alheios aos *meandrele concretului,* que condicionam o comportamento das pessoas. O modelo de regras, ao supor que as leis albergam as soluções judiciais adequadas aos problemas jurídicos, imagina que as realidades da vida são materiais premoldáveis, passíveis de modelagem em rígidas formas de ferro.

Contudo, na crítica do Professor Robert Alexy, o que as decisões judiciais devem cumprir, segundo o modelo de regras, não é mais do que reproduzir e efetivar as disposições das leis positivas, afastando ou eliminando, portanto, a ideia de *ponderação judicial.* Como explicita esse autor, ainda em crítica a esse modelo, *se uma regra vale e é aplicável, então*

é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela prevê, não mais e não menos; as regras contém, nesse sentido, fixações no espaço do fático e juridicamente possível e sua aplicação é um assunto de tudo ou nada (Direito, Razão e Discurso. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Lael, 2010, p. 164).

Assinala o mesmo doutrinador, em outra obra, que *tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser; ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas* (Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87).

A consequência da aplicação dessa teoria, ou o efeito da sua aplicação no exercício da jurisdição, nos termos de sua síntese, é reduzir *drasticamente* o universo do Direito, fazendo-o confinado nos estritos limites das disposições positivadas (postura autoritária). Desse modo, gera-se um impedimento a que a atividade julgadora possa criar, a partir da análise da complexidade do caso concreto controvertido, *algum tipo de solução original ou talvez mesmo inédita* (postura democrática). Nessa visão das coisas, a função judicial fica submetida a uma espécie de *mutismo intelectual,* ao *silêncio institucional* ou *à impossibilidade de inovação jurídica,* diante da pressão formidável que o peso e o vulto das regras escritas exercem sobre a mente dos julgadores.

No entanto, todos os julgadores têm perfeita consciência das coisas, quando cometem uma injustiça processual ou *se dizem, alegadamente, impelidos pelo sistema jurídico a praticá-la.* E isso se revela numa frequência que mostra as disparidades de entendimentos judiciais sobre conflitos relevantes, como são os relativos à liberdade das pessoas, à proteção do seu patrimônio moral ou material e ao resguardo de suas ocupações e trabalho honesto; à preservação do meio ambiente equilibrado e sustentável; à boa-fé frente e aos abusos nos contratos públicos ou privados, às exorbitâncias nas relações de consumo e, numa observação mais ampla e abrangente, à tutela de interesses gerais, como, por exemplo, *a igualdade de acesso* à saúde, à segurança, à educação, ao transporte e à moradia com dignidade.

Se o julgador ficar alheio a esses macroproblemas, certamente não contribuirá para a efetivação da justiça igualitária, embora talvez possa se escudar nas dicções das leis escritas para apaziguar o espírito diante da censura íntima que sofrerá, por não ter evitado, quando poderia fazê-lo, a ocorrência concreta de uma injustiça. Numa relação jurídica desequilibrada, como são as que ocorrem na vida real, as leis não servem para nivelar as pessoas litigantes, porque elas (as leis) são elaboradas para reger situações abstratas, nas quais os indivíduos são *magicamente iguais.*

Teorizando sobre a decisão judicial e percutindo o tema da *igualdade de todos perante o processo,* o Professor Ricardo Luis Lorenzetti, que também é magistrado da Suprema Corte da Argentina, diz que *os juízes são os guardiães das instituições e dos direitos individuais e que a sua atuação não deve estar direcionada a substituir a vontade das maiorias ou das minorias, mas sim a resguardar o procedimento para que ambas se expressem* (Teoria da Decisão Judicial. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009, p. 322). Ao proclamar que *os juízes são guardiães dos direitos individuais,* o Professor Lorenzetti acolhe no seu magistério a fecunda ideia do *processo judicial igualitário,* embora não o faça de modo expresso. Na verdade, não se poderia conceber que o direito individual (e também humano e fundamental) à igualdade *pudesse ser estranho às preocupações dos guardiães.*

Assegurar-se a igualdade de todos *perante o processo judicial* é tarefa ingente e árdua, porque se precisa, para promovê-la, romper com os poderosos dogmas do formalismo legal, superar as profundas diferenças entre os litigantes e recorrer aos princípios e aos valores do Direito. Vale dizer, recorrer à ideia de *garantismo judicial, para garantir a efetividade da isonomia.*

O referido jurista argentino critica a postura decisória das autoridades centralizadas, nelas incluindo as judiciais, e postula, com sobradas razões, que *a concepção descendente e ascendente do Direito* favorece a implantação de sistemas totalitários e cita o pavoroso caso do nazismo, para ilustrar a sua assertiva. Para o Professor Lorenzetti, *o juiz deve ser um identificador de consensos,* ensinando, ainda, que *a razoabilidade como critério de correção da justiça política para as sociedades multiculturais implica*

em que o objetivo é a paz social, e não a imposição de determinado critério sobre a vida. E termina a sua lição apontando que, *na medida em que se busca a homogeneidade sobre a diversidade, haverá mais tensões, contrariando a finalidade de pacificação social* (op. cit., p. 327).

Outro jurista argentino, o Professor Genaro Ruben Carrió (1922-1997), aliás, amplamente citado na obra do Professor Lorenzetti, desenvolveu importantes reflexões a respeito da teoria dos princípios jurídicos, especialmente no processo judicial de sua aplicação, mostrando que o seu descarte leva a um impasse praticamente insolúvel. Segundo a sua análise desse problema, *se ocorrem os fatos que a regra contempla, podem acontecer duas coisas: (i) ela será uma norma válida do sistema e, então, determina totalmente o resultado, ou (ii) não o será e, então, nada tem que ver com a decisão do caso* (Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico, Buenos Aires: Abeledo, 1970, p. 47). Esse é o cenário do *tudo ou nada,* que deixa de dar espaço, na decisão judicial, à atuação dos princípios e dos valores do Direito.

O grande temor que os juspositivistas pressentem na largueza conceitual ou compreensiva do Direito, está em que *suspeitam* que os julgadores possam se afoitar e ceder às tentações autoritárias e às benevolências indefinidas, ou propor inovações a seu bel-prazer, sem freios e sem contenções. Mas esse temor é mais imaginário do que real, porque os juízes trazem no seu subconsciente a noção de que devem atender ao bem comum e às suas exigências naturais. Ora, se atender ao bem comum é às naturais exigências da sociedade é a função primordial dos julgamentos, então, se para tanto for necessário afastar uma determinação legal, *não haverá porque o juiz hesitar em assim proceder.* Dizer o contrário será o mesmo que afirmar que a função judicial serve a outros propósitos ou tem outros objetivos.

A ideia de *manietar a atuação dos julgadores,* por meio de sua adstrição servil às disposições legais, como é próprio do sistema juslegalista, *é objeto de crítica das mais diversas procedências,* mas não tem dado mostras de que se exaure. Pelo contrário, os juízes cada vez mais recorrem aos enunciados das leis escritas como *escudos ou escusas* para as suas decisões positivistas e legalistas, até mesmo quando afrontam o seu senso de justiça

ou agridem diretamente o seu próprio *sentimento de equidade.* Quem decide as questões e as controvérsias jurídicas pelo sentimento sempre encontrará respostas convincentes para todos os desafios, mas quem se orienta pelos critérios externos à própria sensibilidade veicula soluções injustas e mesmo abomináveis.

O que a experiência mostra é que, *quando se recusa ou não se aceita,* na solução judicial de uma controvérsia jurídica concreta, a atuação da força normativa dos valores e dos princípios jurídicos, acolhe-se a teoria do *tudo ou nada,* pertinente ao autoritário *modelo de regras.* Com essa atitude, abre-se o caminho para a *conclusão inevitável* de que, nos limites dessa concepção, que adota a compreensão positivista ou legalista do Direito, *a única forma de aplicar as leis é seguindo o clássico e tradicional método da subsunção.* Esse método mereceu aberta repulsa do Professor Luís Recaséns Siches (1903-1977) que, em livro publicado em 1956, chamou de *concepção mecânica da função judicial,* que alcançou, no entanto, culminâncias incríveis. No domínio dessa concepção, segundo observa o doutrinador mexicano, *la idea de la omnisciencia y de la omnicompreensión de la ley escrita, así como la concepción mecânica de la función judicial, alcanzan um grado de frenética apoteosis* (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. México: Porrúa, 1980, p. 193).

E o Professor Recaséns Siches, estimando, com visível otimismo, que tal pensamento jurídico estaria com os seus dias contados, aponta que *aquella concepción de la jurisprudencia como un mecanismo automático, como un proceso de lógica deductiva, ha sido bombardeada com objecciones disparadas desde diversos ângulos y por escuelas muy varias. Tanto, que puede decirse que de aquella doctrina tradicional no queda uma sola pieza em pie. Ha sido ciertamente reducida a escombros. Se podría decir que para que la doctrina llegue a quedar no sólo por entero abandonada, sino incluso olvidada, hace falta tan sólo barrer los escombros de su ruína* (op. cit., p. 211).

A profecia do Professor Recasens Siches, porém, não se concretizou e esse método que pressupõe a aplicação judicial pura e simples do pensamento jurídico *pré-fabricado* e posto nos paradigmas legais ou nos precedentes judiciais, seguiu em frente, sempre com novos argumentos agregados. Fica o julgador, nesse caso, interditado de refletir sobre a questão

jurídica concreta e os seus efeitos sociais, ou se lhe impõe aceitar que a solução da demanda está dada *pelo anônimo e ubíquo legislador.* E este seria tão previdente e premonitório, que teria elaborado uma lei *contemporânea de seu próprio futuro e antecipadora da solução de porvindouras controvérsias em torno do seu significado.* Mas é claro que isso é ilusório e sonhático.

2. TRADIÇÃO SUBSUNTIVA VALORES E GARANTISMO

O chamado método subsuntivo, de anciã tradição na cultura jurídica, consiste, precisamente, em enquadrar o caso controverso concreto na moldura da regra escrita prévia e, em seguida, enunciar *sim* (se a regra disser sim) ou *não* (se a regra disser não). Exclui-se, *a priori,* a incidência de solução alternativa ou ponderada, criada pelo juiz, a partir do exame contextual e objetivo da própria controvérsia. Nesse caso, não há ensejo para outras cogitações, muito menos avaliações axiológicas sobre justiça ou injustiça do método, da regra escrita *ou da própria decisão judicial que a reproduz.* Nessa concepção da função de julgar, o juiz *deve apenas ler a regra escrita e seguir as palavras nela postas pelo autor da sua redação, o indefectível legislador.*

É comum ouvir-se o juiz proclamar a sua submissão à regra positivada e erguer a sua voz para sonorizar que *todos estão sujeitos ao fiel cumprimento das leis e a seguir os precedentes judiciais.* O julgador que assim procede elimina, ele próprio, o espaço judicial para ponderações judiciais ou críticas axiológicas consistentes, por entender não se incluir na função de julgar a tarefa de identificar os casos em que se deva excepcionar a aplicação da regra positivada. Essa regra positivada poderá ser uma lei, um artigo regimental, uma disposição regulamentar ou um precedente da jurisprudência dos tribunais, uma decisão repetitiva, dotada de geral repercussão, uma súmula ou qualquer outra regra positiva. Em caso assim, imagina o juiz, algumas vezes candidamente, que *referir a regra positivada é o mesmo que fundamentar a sua decisão.*

Essa postura é *acintosamente formalista,* agressiva ao senso comum de justiça e frustra as confiantes (e ingênuas) expectativas que os destinatários da jurisdição nutrem a respeito das decisões dos julgadores.

E o mais intrigante nisso é que os próprios juízes positivistas dão as costas às recomendações legais em sentido oposto ao subsuntivismo. Escolhem se aferrar à concepção que, olimpicamente, ignora o art. 489, § 1º. do Código Fux, por exemplo, *isso para não invocar os valores e os princípios do garantismo judicial, dada a carga de adversidade que antecipadamente os reprime.*

Mas não se pode negar que é *intelectualmente sedutor,* sobretudo porque esquemático e simples, o pensamento binário, estruturado apenas em duas alternativas (sim ou não, tudo ou nada, inferno ou paraíso, nós ou eles, etc.). Esse pensamento tem um remoto sabor maniqueísta, também propondo o sempre terrível dilema moral entre a ordem ou o caos, a segurança ou a incerteza, a civilização ou a barbárie, Deus ou o diabo.

Foi nesse ambiente que se forjou o *tradicionalismo jurídico e judicial,* apontando o dedo acusador ao que denominou de *direito livre.* Nesse contexto, a expressão *livre* significava *desligado do estatismo,* mas capaz de ameaçar a *barreira da legalidade* e franquear ingresso à desordem e à anarquia, como reportou o Professor Norberto Bobbio (1909-2004), nos idos de 1950 (Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução de Ari Marcelo Sólon. São Paulo: Edipro, 2011, p. 126). A barreira da legalidade era vista como *proteção individual* contra as prepotências dos poderes do Estado, sob a invocação da *igualdade de todos perante a lei,* embora a lei não fosse igual perante todos.

A sedução da argumentação positivista e neopositivista é de uma força admirável e duradoura. São poucos os juristas que se dão conta de que esse pensamento binário (sim ou não, tudo ou nada) *elimina definitivamente a ponderação judicial* e, portanto, suprime dos julgamentos judiciais as chances de equidade e de justiça. O que resta ao labor judicante, no cenário de *tudo ou nada,* é tão só o exercício da aplicação metódica e rasa, disciplinada e burocrática das soluções jurídicas *que têm de judiciais apenas e somente as autoridades que as implementam.* O que resta ao julgador que profere decisões legalistas, excluídas de tais soluções as considerações ou contribuições compreensivas que a sua própria percepção pessoal poderia, proveitosamente, tornar disponíveis e efetivas?

No velho mecanismo do *sim ou não* é, praticamente, nula a chance de decisões jurídicas e judiciais *calcadas em princípios ou em valores,*

em critérios de proporcionalidade ou até mesmo de justiça do caso concreto. O dever do julgador seria, segundo o preceito lógico que resume esse modelo, apenas o de *aplicar as leis,* e não *criticá-las,* não se lhe reconhecendo o poder de ponderação. O mecanismo do *sim ou não,* aliás de ampla e intensa utilização na elaboração de decisões judiciais positivistas e legalistas, é o mesmo mecanismo do *tudo ou nada,* sempre excludente da racionalidade e da justiça ou seja, excludente do que a função de julgar tem de específico.

Ampliando a teoria exposta pelo Professor Robert Alexy, o jurista e magistrado argentino Professor Genaro Ruben Carrió (1922-1997), que foi presidente da Suprema Corte de Justicia de la Nación (1983-1985), assinalou, em livro de 1970, que *la admisión de la existência de princípios como rodajes indispensables de todo orden jurídico importa el colapso del positivismo y de su modelo de reglas. Solo si admitimos que os princípios integran el Derecho y desempeñan en él un papel central, podremos hacer justicia a la complejidad de aquél y representarnos adecuadamente la tarea de los jueces, quienes están siempre guiados por los princípios jurídicos y unicamente ejercen discreción em um sentido muy trivial de esta palabra.*

Sublinhou o Professor Carrió, com lúcida percepção jurídica que merece destaque, que *el positivismo, com su modelo de reglas, nos proporciona una imagen empobrecida del orden jurídico y una visión distorsionada de la labor judicial. Ello ocurre porque se asoma a los fenómenos desde uma perspectiva artificialmente estrecha* (Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 50). Este tema do *modelo de regras* viria a ocupar lugar especial nas preocupações dos juristas da atualidade, frequentando as discussões sobre os conteúdos jurídicos das decisões judiciais e também municiando os debates sobre a própria estrutura do Direito, *geralmente formulando poderosas críticas abertas à estreiteza da visão legalista.*

As restrições e as oposições ou reservas ao *modelo de regras,* que impunha, nas soluções judiciais dos problemas jurídicos, a aplicação pura e simples da *teoria do tudo ou nada,* cresceram constantemente, sobretudo a partir dos anos 50 do século passado e se pode dizer que essas restrições se ampliam em marcha acelerada. Na referida obra do Professor Luís Recaséns Siches, ele já apontava que *são de vários tipos as falhas da lógica tradicional*

aplicada à interpretação jurídica. Apontava esse escritor essas deficiências, para demonstrar que a compreensão material do Direito não dispensa e, pelo contrário, veementemente requer o emprego do *logos humano,* rejeitador do uso, no domínio da interpretação jurídica, da denominada *lógica matemática,* que teve largo uso nos domínios da hemenêutica.

Para ele, propositor da poderosa *lógica do razoável,* na identificação dos conteúdos do Direito, *las fallas de la lógica tradicional empleada para la interpretación jurídica son de varios tipos. Uno de los tipos de fracaso de la lógica tradicional ao servicio de la interpretación jurídica, y a la vez uno de los estragos teóricos y prácticos que ella produce, consiste en que, como se ha mostrado anteriormente, la manía o fetichismo de lo general impide ponderar los elementos relevantes de cada caso concreto, e impide también, por lo tanto, crear la norma individualizada que sea la pertinente y la debida para dicho caso concreto.*

E anotava o Professor Recaséns Siches que *otro de los tipos de fracaso y de desaguisado a que lleva la aplicación de la lógica tradicional al tratamiento de los contenidos jurídicos consiste en que la lógica de tipo matemático es, según ya expuse antes, la condición y el instrumento para el conocimiento de ideas y de los fenómenos de la naturaleza. Por lo tanto, la lógica tradicional no contiene puntos de vista axiológicos, ni contiene tampoco las armazones adecuadas para la conexión en que se da la experiencia vital e histórica* (op. cit., p. 163).

Em obra editada pela primeira vez em 1957, o jurista argentino Professor Santiago Sentis Melendo (1900-1979), já advertia que *cuando el juez aplica el derecho que corresponde ao caso controvertido, porque lo conoce, haya sido alegado o no por las partes, cuando el juez investiga el hecho alegado, pero quizá no bien probado, contribuye a una mejor justicia.* (El Juez y el Derecho. Buenos Aires: Espósito, 1957, p. 11). Com estas palavras, o autor expressava que, assim agindo, *el juez contribuye a que nunca, o raras veces, la ley impida hacer justicia.* O Professor Santis Melendo não aceitava que o juiz pudesse se *escudar na lei escrita* para emitir uma decisão injusta ou mesmo inadequada à realidade ou à verdade do caso concreto posto em julgamento.

O jurista gaúcho Professor Juarez Freitas, em aula voltada à prevalência dos *princípios de Direito* sobre as normas positivas, evidencia a

urgência de buscar *paradigmas transnormativos,* para se vencer a exiguidade das dicções das regras positivas, quando contrapostas aos ditames da justiça. Aponta esse doutrinador que *o problema da injustiça das leis torna-se, não raro, central, mormente quando é imenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico positivo e o sentimento de justiça preponderante na sociedade, a qual é — ou deveria ser — epistemologicamente, a fonte jurídica por excelência. Em semelhante contexto, o jurista tem de dar oportuna resposta no campo específico da hermenêutica e da aplicação do Direito, diante do falacioso conflito armado entre a sua condição de servidor do jurídico e de seguidor da moral.*

Na lição do Professor Juarez Freitas, a resposta judicial, em casos dessa espécie, *há de ser, necessariamente, de conteúdo ético, por mais que queiram impregnar a moralidade de uma equivocidade semântica ou por mais que desejem justificar a injustiça menor para evitar a maior. Não há, em essência, injustiça que se justifique, nem há injustiça maior ou menor, pois a intensidade da mesma é sempre e em todos os casos subjetiva e variável. Por outra parte, não se podem aceitar os sofismas e as falácias que, durante séculos, fizeram da lei, ou da ideia de lei, um instrumento exterior ao homem, alheio ao seu íntimo consentimento. O correto é sustentar que a lei, quando rechaçada pela maioria da população, sobretudo pelos espíritos mais desinteressados, é a tal ponto despótica que falecem seus atributos de lei ou se os infirmam parcialmente, por não conseguir ser uma imagem física da lei social. Na linha de Santo Tomás, afirmamos que uma lei tirânica, como não é conforme à razão, não é lei, absolutamente falando, senão certa perversão da lei, ou seja, irracionalidade e opressão* (A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 13).

Pode-se, claramente, observar que, se os julgamentos judiciais afastarem as preocupações com os valores da justiça e da equidade, *em benefício dos juízos legalistas ou imediatistas, de fácil e rápida elaboração, além de fortemente sedutores,* é muito pouco o que resta à jurisdição. Talvez tão só e apenas a *técnica calcada na teoria meramente administrativa* de solucionar casos e dissídios do ponto de vista das leis escritas. E esse ponto de vista coincide com o do poder, que recalca as realidades da vida social mediante o emprego das *categorias conceituais e abstratas das leis.* Apreender

os princípios reitores do ordenamento jurídico e, portanto, das soluções judiciais das controvérsias jurídicas concretas, por meio da sua invocação, é mais *produto da intuição do julgador e do seu sentimento de justiça do que mesmo do conhecimento científico esmerado e academicamente laureado.* Julgar é, sobretudo, sentir ou, como diz o poeta português Manuel Gonçalo Tavares, *são importantes as teorias, mas convém não esquecer os sentimentos* (Uma Viagem à Índia. São Paulo: Leya, 2010, p. 287).

A jurisdição formalista, ao ver do constitucionalista mineiro Professor Raul Machado Horta (1923-2005), leva a magistratura a tolerar o alastramento da *desestima constitucional.* Na sua observação, *é de verificação corriqueira a afirmação de que o sentimento constitucional, exprimindo a adesão popular à Constituição, não é generalizado, nem constante.* E frisa que o sentimento constitucional, *para assegurar a permanência da Constituição, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas (...), mas decorre também da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional,* assim se conjurando *os colapsos paralisadores do acatamento ao texto fundamental* (Direito Constitucional. Belo Horizonte: DelRey, 1999, p. 99).

Sob essa visão, dar-se efetividade aos comandos constitucionais é, na mesma medida, promover a *eficácia da Constituição* e assegurar a proteção das pessoas e dos seus direitos, mediante a aplicação judicial das suas várias garantias, inclusive a interpretação judicial das suas liberdades. Mas essa tarefa, como aponta o jurista platino Professor Augustín Gordillo, nem sempre é cumprida com pertinácia, por parte dos tratadistas do Direito Público e dos órgãos da jurisdição. Diz este estudioso que, *neste aspecto pode encontrar-se amiúde — em livros, decisões, acórdãos — variados reflexos de uma certa insensibilidade humana e uma certa insensibilidade em relação à justiça.*

Para o Professor Gordillo, *quando quem analisa a controvérsia concreta entre o indivíduo e o Estado se deixa levar pela comodidade da solução negativa para o primeiro; quando na dúvida condena, resolvendo contra o particular ou administrado; quando na dificuldade de problema jurídico se abstém de abordá-lo e o resolve favoravelmente ao poder público, certo de que essa simples circunstância lhe dará alguma cor de legalidade; quando cria,*

propaga e desenvolve supostas teorias que, sem fundamento nem análise, dão estes e aqueles poderes ao Estado; quando desconfia, evita e nega os argumentos que em certo caso parecem reconhecer um âmbito de liberdade; quando, como os débeis, se inclina para o sol dos poderosos — no caso o Estado — então, está sendo destruída uma das mais belas e essenciais tarefas do Direito Público: a proteção da liberdade humana (Princípios Gerais de Direito Público. Tradução de Marco Aurélio Greco e Reilda Meira. São Paulo: RT, 1977, p. 50).

No entanto, essa proposição ainda não foi acolhida em toda a sua extensão, de modo que o sistema jurídico-judicial ainda se acha preso nas algemas da subsunção e da preocupação ordenadora, ignorando o *riquíssimo mundo dos princípios em dos valores jurídicos e a sua força normativa.* Há, porém, razões para se esperar que aquelas algemas serão quebradas e o pensamento jurídico em favor dos princípios e valores, na solução de controvérsias jurídicas conduzirá, no futuro da jurisdição, a uma *revolução francesa* na dinâmica das atividades dos julgadores.

Se fosse necessário resumir numa única frase ou num só pensamento a ideia do *pragmatismo judicial ordenador,* que preside e domina o cenário da jurisdição legalista se diria que ele *representa o oposto da jurisdição garantidora.* A tentativa de reduzir a atividade judicial à aplicação de regras prévias é o apogeu do *mecanicismo judicial,* que tem caracterizado a atuação dos julgadores e imposto uma forma de *disciplina férrea* quanto às possibilidades da inovação e da renovação do Direito, *pela via da jurisdição.*

3. QUESTÕES DIFÍCEIS DECISÕES ORIGINAIS

O legalismo pode ser estudado de diferentes pontos de vista, mas o que se mostra mais desafiador é, talvez, aquele do qual o pesquisador ou o analista contempla a questão das decisões judiciais a serem aplicadas na solução de casos *inéditos ou complexos, os chamados casos difíceis.* São assim considerados, em princípio, aqueles para os quais o julgador não encontra, no arsenal das regras escritas, um dispositivo legal ou um precedente judicial que possa incidir, diretamente, na elaboração da sua solução, *seja essa solução a mais justa ou somente a mais legalista.*

Esta é uma *questão* que, na sua formulação *tradicional,* diz respeito, sobretudo, à *liberdade de julgar,* nas situações em que ocorre o *vácuo legal* ou a *lacuna normativa.* Mas essas ocorrências *não esgotam o surgimento dos casos difíceis, complexos ou sensíveis,* porquanto outros fenômenos, além das famosas lacunas ou dos tais vácuos, podem surgir, como efetivamente surgem, no dia a dia dos julgamentos judiciais. As legislações têm dado tratamento diferenciado a essa questão – *na verdade, uma questão bastante antiga* – segundo reconheçam maior ou menor amplitude ao exercício da jurisdição, pelos julgadores.

No entanto, o pesquisador que sair à cata de conceituação para a expressão *casos difíceis,* aplicada à pré-identificação doutrinária de questões judiciais complexas, irá se surpreender com a parca reflexão dos autores a seu respeito. Contudo, constatará, na doutrina e nas leis, a aguda divergência relativa aos *modos de solucioná-los,* na via judicial. Apesar de ser uma *questão antiga,* os casos difíceis continuam a interessar os grandes juristas da atualidade, inclusive os que são celebrados como autores dedicados aos estudos jusfilosóficos e mesmo políticos. Podem ser referidos, nessa classe, o jurista inglês Professor Herbert Hart e o jurista americano Professor Ronald Dworkin, frisando-se que ambos os autores focaram a sua atenção no que se relaciona com a posição ou a atitude do juiz, quando se defronta *casos difíceis.*

Na verdade, os dois escritores explanam o pensamento relativo à compreensão de como – ou em qual medida – podem (ou devem) atuar os julgadores, quando da elaboração da decisão que lhes cabe proferir, para solucionar um *caso complicado ou difícil,* do ponto de vista jurídico, por ser inédito, por exemplo, para o qual não há lei apontando uma resposta imediata e nem precedente jurisprudencial fornecendo pistas seguras. Esses casos difíceis são intensamente frequentes na rotina dos julgadores, mas permanecem na sombra e no silêncio, porque são tratados, em geral, segundo a clássica metodologia da solução legalista das questões, ignorando, de certo modo, a sua complexidade, *pelo recurso à sempre disponível razão legalista.*

Conforme sustenta o Professor Herbert Hart, os casos difíceis devem ser solucionados pelo julgador, seguindo o livre critério da

discricionariedade judicial razoável e fundamentada, não havendo, portanto, para os tais casos difíceis, uma única solução possível ou aceitável. Constata esse autor que *haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer o seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar a sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com as suas próprias convicções e valores* (O Conceito de Direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 351).

O Professor Eros Grau discorda frontalmente do Professor Hart, pois, a seu ver, a elaboração de soluções jurídicas *não abrange a criação do direito,* porquanto, segundo leciona, *a abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará sempre, permanentemente por eles atado, retido* (O Novo Velho Tema da Interpretação do Direito. Ontem, os Códigos! Hoje, as Constituições! São Paulo: Malheiros, 2016, p. 28).

Também argumentando em sentido contrário ao Professor Herbert Hart, expõe o Professor Ronald Dworkin que a proposta hartiana implica, além do mais, em *retroatividade da regra jurídica que vai reger o conflito concreto,* já que, no domínio da discricionariedade judicial, seria realmente impossível sequer estimar qual a solução a ser dada. Na opinião desse escritor, os juízes devem elaborar as suas decisões tendo em conta a realidade da hipótese concreta em apreciação, *mas não podem inovar a ordem legal,* criando uma norma nova, *que se destine a regular fatos pretéritos.* Para ele, os casos complexos podem ser solucionados por meio da incidência ponderada dos *princípios jurídicos,* que se encontram dentro do sistema legal, convivendo, em harmonia, com as suas regras (Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 309).

A posição do Professor Hart é inovadora e revolucionária, atribuindo ao juiz a oportunidade de atuar criativamente, em condições que permitem a produção de *decisões judiciais timbradas de originalidade,* isso

quando o julgador tem de decidir um *caso difícil.* Já o Professor Dworkin se mostra afeito à visão *mais tradicional* da atuação judicial, apesar de abri-la ao ingresso da *normatividade dos princípios,* o que é, sem dúvida, uma mudança significativa. Este é, igualmente, o ponto de vista do Professor Eros Grau.

Porém, antes de se pensar na *adequada solução judicial dos casos difíceis,* o que importa, na verdade, em adotar (i) a teoria da atividade judicial ou da jurisdição *mais aberta,* conforme a proposta do Professor Herbert Hart, ou (ii) a sua compreensão *mais restritiva,* segundo a metodologia sugerida pelo Professor Ronald Dworkin. Será da maior conveniência e utilidade fixar algumas *premissas* que possam efetivamente ajudar a identificar os *casos difíceis.* Esses são, invariavelmente, desuniformes e assumem distintas configurações, embora todos possam ser classificados sob o mesmo rótulo geral. Desse modo, *os casos difíceis não são somente aqueles para os quais não haja regra jurídica (legal ou jurisprudencial) disponível aplicável à sua solução, ou para os quais haja mais de uma regra jurídica aplicável, seja essa regra legal ou jurisprudencial,* embora estes casos sejam, sem dúvida alguma, passíveis de ser incluídos na categoria de *difíceis.*

Repetindo esses conceitos, pode-se categorizar como *difíceis* os casos judiciais que cabem em alguma das seguintes situações:

(i) os casos em que *não há* uma regra diretamente aplicável à sua solução, seja essa regra legal (regra legislada ou positiva, ou regra de feitio doutrinário ou jurisprudencial); pode-se denominar essa hipótese de *anomia* ou de ausência de regra;

(ii) os casos em que há *mais de uma regra* aplicável à sua solução ou disponível para esse efeito, ocorrendo o chamado *conflito positivo de regras jurídicas,* em face de veicular cada uma delas conteúdo distinto das demais;

(iii) os casos em que a regra existente, legal ou jurisprudencial, se aplicada como soam as suas palavras, produzirá um resultado claramente indesejável, por ser *injusto* ou *inadequado,* por exemplo, ou por ser, evidentemente, avesso ao sentimento de equidade ou de legitimidade aceito pela maioria da comunidade ou pelo aplicador; e, finalmente;

(iv) os casos em que, *havendo no sistema jurídico uma regra legal ou jurisprudencial aplicável à sua solução,* haverá, no entanto, mais de uma leitura possível ou legítima do *contexto factual* em que deverá incidir.

Os casos da classe (iv) ocorrem com *intensa frequência,* mas os julgadores tendam a minimizar esse episódio ou minimizar a importância dos fatos. Os julgadores de formação juspositivista preferem, na maioria dos eventos dessa espécie, ignorar as diferentes leituras factuais. Acostam-se à compreensão que contorna a dificuldade ou passa à sua margem, mesmo sabendo que essa atitude produz resultados que se distanciam da realidade ou *são adversos às exigências da justiça e da equidade,* como denuncia o Professor José Castán Tobeñas (La Formulación Judicial del Derecho. Madrid: Reus, 1954, p. 146).

Nesses casos, em que há diversidade de leitura do contexto factual, isto é, havendo mais de uma leitura legítima e razoável dos fatos relevantes da questão, deverá preponderar a *justiça do caso concreto.* Deve-se adotar a solução que o caso comporta ou admite, *ainda que em divergência com a orientação predominante,* mas sem a pretensão de ser a solução assim adotada reproduzida em casos futuros, havidos por similares àquele. A situação fática de uma questão deve preponderar sobre as suas visões normativas *e cada caso, nesse sentido, tem a sua própria estrutura e a sua sempre irrepetível singularidade.*

Isso leva à ponderação de que, nas ciências humanas, como o Direito, a adoção do método dedutivo é simplesmente desastrosa e carreadora de consequências *infinitamente lastimáveis.* Esse método é destrutivo das possibilidades de justiça do caso concreto e igualmente implantador dos *formalismos positivistas* que apenas se prestam para encobrir as enormes misérias em que vivem as multidões de pessoas excluídas dos benefícios do desenvolvimento social.

O dedutivismo juspositivista veicula a incidência rigorosa de dicções postas em regras prévias, *o que produz a ilusão de que o seu aplicador procede com exemplar isenção de ânimo, com neutralidade ou com a austeridade de um varão de Plutarco.* E também inculca, sorrateiramente, a ideia de que *os contrários à postura legalista se orientam por diretrizes blandiciosas ou mesmo conspurcadas.* A fachada das leis escritas e do seu exato cumprimento

serve para esconder muitos comportamentos e muitas condutas tortuosas. Só a interpretação criativa das leis escritas pode conduzir a *resultados justos,* devidamente fundamentados, sob a responsabilidade do julgador.

As leis escritas e a sua aplicação fiel fornecem poderosos álibis às mais cruéis injustiças, inclusive as injustiças de matriz judicial. A aplicação cega e surda das disposições das leis escritas leva a que os juízes sejam vistos e estimados como os agentes efetivos, talvez inocentes ou ingênuos, talvez conscientes ou voluntários, dessas mesmas enormes injustiças. No entanto, a ortodoxia legalista e normativista aderiu de tal sorte ao pensamento jurídico, que os seus cultores nem sequer desconfiam do papel apenas repetitivo que desempenham e nem da função política conservadora que efetivamente exercem.

Isso foi percebido pelo jurista gaúcho Professor Eros Grau, ao assinalar que no normativismo legalista *não apenas se consagra o radicalismo mais exacerbado do positivismo, mas também se apresta o cientista do Direito para ser colocado a serviço do arbítrio e da opressão, visto que todo e qualquer conteúdo pode ser Direito, ainda que arbitrário e opressivo* (Direito/Conceito e Normas Jurídicas. São Paulo: RT, 1988, p. 31), o que ele rejeita com vigorosa veemência.

Sobre este tema, escreveu o jurista e filósofo paulista Professor Dalmo de Abreu Dallari que, *para os adeptos dessa linha de pensamento o Direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. Desse modo a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que sob a aparência de rigor científico, reduzem o Direito a uma superficialidade mesquinha.*

Essa concepção do direito – diz o Professor Dallari – *é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do Direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes* (O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85).

E diz que *aí está a primeira grande reforma que se faz necessária, pois, de fato, a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da Ética, como pressuposto do Direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os tribunais de justiça se reduzem a tribunais de legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça* (op. cit., p. 86).

Um exemplo ilustrará a assertiva da inadequação do juspositivismo judicial para resolver os casos difíceis. Há uma regra legal previdenciária que atribui a percepção da pensão por morte apenas aos *filhos, enteados ou adotados pelo segurado falecido.* Esta é a premissa maior da questão judicial em que uma criança, mantida por um segurado, não se enquadra, porém, em nenhuma daquelas categorias racionais. Neste acaso, a premissa menor é a afirmação de que essa criança *não é filho, nem enteado e nem adotado* pelo segurado. Pelo método dedutivo, a conclusão só poderia ser uma: *logo, essa criança não tem direito àquela pensão.* Qualquer comentário a essa conclusão apontará, em primeiro lugar, que se trata de uma rematada *injustiça.* Alguns dirão apenas isso, mas os legalistas pontuarão que a sua elaboração é exata. E estarão certos, do ponto de vista formal ou da lógica puramente dedutivista ou subsuntivista.

Isso se explica porque a apreensão legalista do problema, posto neste exemplo, simplesmente deixa de levar em conta o essencial de sua compreensão, que é o *sentido imoral* da regra legal excludente do benefício à criança. Ou o descarte de sua finalidade, que é *suprir a manutenção da criança,* na falta de quem o fazia. Ou, ainda, o menosprezo do seu fundamento, que é *a justiça.* Só descobre isso o jurista que absorve a constatação *empírica, natural ou fática* de que a criança postulante era dependente do segurado e que a pensão pedida *substitui a manutenção que recebia do seu protetor.* Como tal raciocínio não está na regra positiva, o juiz legalista apenasmente não o aplica. Para esse julgador *ser juiz* é, tão só,

aplicar a lei e aplicá-la rigorosamente. Esse passará ao largo dessa questão e não lhe trará qualquer incômodo moral a situação de abandono da criança, *porque a sua conclusão está apoiada na regra legal escrita.*

Quantos julgadores se *recusariam* a subscrever a decisão adversa a esse entendimento e a rejeitar o seu injusto conteúdo denegatório? Quantos julgadores acolheriam a argumentação criativa de que essa criança se acha na condição de *filho afetivo,* para reconhecer-lhe o subsequente direito pensionário? Este é um caso em que a *solução justa* deverá se basear em elementos coletados *fora das regras legais e, na verdade, contra uma regra legal expressa.* Este é um *caso difícil,* ao qual a legalidade *dá a resposta errada e a criação judicial, apoiada na justiça, dá a resposta moralmente correta.*

A propósito de deduções e dedutivismo, disse o filósofo alemão Hans Albert que *de um conjunto de enunciados só se pode tirar, através do processo dedutivo, a informação que já está contida nele. Um tal procedimento serve para espremer uma série de enunciados, e não para produzir novas informações. Isto significa, entre outras coisas, que enunciados de conteúdo não podem ser deduzidos de enunciados analíticos. Mas, ao contrário, de enunciados de conteúdo podem ser deduzidos enunciados analíticos, pois eles são dedutíveis de quaisquer enunciados* (Tratado da Razão Crítica. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 25).

O próprio método dedutivo, apesar de sua elaboração intelectual formalmente sofisticada, apresenta furos inevitáveis, quais os que se manifestam, por exemplo, quando a primeira premissa (maior) é condicional (ou mesmo falaciosa), que conduz, necessariamente, a uma conclusão *igualmente falaciosa.* A aplicação do dedutivismo à solução de casos judiciais complexos ou difíceis produz autênticos *desastres jurisdicionais,* por eliminar a possibilidade de realização da justiça. O dedutivismo não leva em conta, porém, esse aspecto, porque a *questão da justiça* não pertence às preocupações primárias dos juspositivistas. Para esses juristas, *a justiça é a justiça da lei.* E essa concepção envolve a convicção de que a solução das questões *já se acha elaborada e pronta.* O juiz deve, apenas e só, localizá-la no ordenamento.

4. GARANTISMO JUDICIAL PRIMEIROS FUNDAMENTOS

O pensamento judicial garantista *nasceu, há muito tempo, nos arraiais do Direito Sancionador* e de lá se espraiou por todas as searas jurídicas. Mas, na experiência da contemporaneidade, o garantismo é, ainda, um recém-nascido. E o garantismo não cabe na angústia de uma fórmula ou nos limites de um conceito, coisas que são tão do agrado das elaborações legalistas. Como ideia expansiva, o garantismo judicial é mais do que as garantias legais e processuais das pessoas submetidas à temível jurisdição estatal sancionadora, embora aí tenha a sua nascente. A primeira exigência do pensamento garantista é a permanente disposição intelectual dos juristas para acolher, nas suas reflexões jurídicas, *o universo inesgotável dos valores e dos princípios do Direito e a complexidade dos inumeráveis fatos da vida humana.* Sem essa disposição, torna-se impossível a apreensão da ideia garantista.

Essa disposição não se esgota, obviamente, no enaltecer os meios de defesa contra imputações vácuas, postos como *obras de arte* no âmago do sistema jurídico. Pelo contrário, o garantismo se alarga e se aprofunda, constantemente, graças, sobretudo, às *criações tópicas* dos juristas advogados, que ampliam, com as suas defesas judiciais, a eficácia dos meios de controle e de limitação do poder estatal punitivo. As barreiras mais altas contra a sua expansão erguem-nas os seguidores do legalismo, que têm à mão argumentos afiados e precisos para impedir os seus avanços. E têm, ainda, além da poderosa doutrina jurídica, o peso da tradição legalista e o abono estatal.

Os conteúdos das garantias jurídicas, na perspectiva da *ideologia do garantismo,* não são definíveis *a priori,* em termos abstratos, mas somente e apenas no *contexto objetivo e na análise de cada caso concreto submetido a julgamento judicial.* O garantismo sempre atua na fase judicial da compreensão dos direitos das pessoas e do Direito como referência de justiça, como o *antídoto judicial* contra o *inquisitorialismo* e contra a *epidemia do punitivismo.* Esses dois fenômenos se identificam com a aceitação da narrativa da acusação como elemento bastante à *configuração do ilícito imputado à pessoa* e vê, de logo, no acionado a presença de um *inimigo*

social, mesmo antes de concluído o respectivo processo condenatório. Outro efeito desses mesmos fenômenos é o acolhimento da palavra dos delatores como *verdades suficientes,* enquanto os reptos são considerados falsos ou não merecedores de crédito. Os delatores são elevados, sem mais nem menos, ao posto de *salvadores* e os delatados são jogados, do mesmo modo, no abjeto rol dos *traidores.*

Outro ponto de discórdia é a criação de paradigmas jurídicos formais obrigatórios ou impositivos para orientar, disciplinar ou, em síntese, conter, *dentro de certas premissas puramente lógicas,* o exercício e o rumo da atividade judicial. Esses paradigmas espraiam-se em direções horizontais e verticais complementares, que tendem a converter-se em *rotinas judiciais absolutas,* postas a salvo de alterações ou exceções, mesmo tópicas e restritas. Dentre tais paradigmas jurídicos formalistas, avulta, como um dos mais relevante, *a ideia de lei,* abstratamente considerada. A lei, em abstrato, é a entidade máxima do panteão legalista, a sua *deusa-mater,* a suprema criadora de todas as coisas.

A ideia de lei em abstrato e o seu culto – que levam à tirania da lei escrita – cumprem a função essencial de obstar que os julgadores, *cedendo a eventuais impulsos morais ou de justiça,* ou de qualquer outra natureza, se afastem, ao proferirem as suas decisões, dos padrões prévios, estabelecidos como de observância obrigatória. Este é o *princípio da legalidade,* geralmente visto na estreiteza das leis escritas, distanciado do universo dos valores jurídicos e dos próprios fatos da vida social. A ideia de princípio da legalidade é auto-suficiente e a sua menção tem a força de encerrar quaisquer controvérsias e também pôr termo a dúvidas.

A vertente dos paradigmas jurídicos diz respeito à decantada vinculação dos julgamentos judiciais aos preceitos das leis escritas, *impedindo que os julgadores criem soluções tópicas ou específicas para as questões jurídicas concretas.* É aqui que cabe a judiciosa observação do Professor Luís Recaséns Siches, aliás diariamente confirmada nos julgamentos da justiça judicial, de que *la manía o fetichismo de lo general impide ponderar los elementos relevantes de cada caso concreto, e impide también, por lo tanto, crear la norma individualizada que sea la pertinente y la debida para dicho caso concreto.*

Contudo, a aplicação, na solução dos casos controversos concretos, de uma regra dotada de generalidade (a lei escrita), com a subestimação dos *elementos factuais relevantes e dos valores e princípios envolvidos,* não produz, na mente dos julgadores legalistas, a inquietação que sugere. As possibilidades da argumentação jurídica parecem abrir infinitos caminhos à solução de casos jurídicos, com cada questão comportando variáveis soluções, de acordo com os seus elementos factuais. Essa variedade de soluções é um dado promissor, na busca da solução *mais justa,* por isso, quando o julgador adota, *ex ante,* a solução que a lei lhe indicou, *deixa todas as outras excluídas,* como se fossem irrelevantes ou erradas.

Isso não quer dizer que a solução legal seja, sempre, inadequada, injusta ou inconveniente, mas apenas que a sua *escolha antecipada* descarta o proveito do cotejo com outras escolhas também legítimas, igualmente possíveis e acatáveis. Quando o julgador recusa a *escolha apriorística da solução legalista,* a sua decisão se beneficiará de ter sido comparada com alternativas, *aumentando o índice de sua justiça.* E as soluções alternativas, por sua vez, abrem a oportunidade de inclusão de dados reais, eventualmente ausentes da elaboração da regra legal ou de soluções concorrentes.

A argumentação tópica (ou o discurso tópico) percorre, por sua vez, *caminhos* diferentes, que conduzem o seu prolator, porém, ao melhor resultado. Esses *caminhos,* cuja formulação remonta ao filósofo grego Aristóteles (384-322 a.C.), começam na *imaginação das coisas possíveis* (domínio da Poética), prosseguem na *demonstração das coisas verossímeis* (domínio da Retórica), passam pela *explicitação das coisas prováveis* (domínio da Dialética) e, depois, chegam à *revelação das coisas certas* (domínio da Analítica). Não se trata, porém, de *passos sucessivos ou evolutivos,* mas sim de *etapas – que podem ser sequenciais ou não* – do próprio processo mental ou intelectual da argumentação em desenvolvimento.

E isso se passa assim porque, como diz o jurista alemão Professor Theodor Viehweg (1907-1988), em livro publicado em 1953, as soluções dos casos jurídicos conflituosos *dependem da argumentação,* entendida como o confronto de opiniões voltadas para o equacionamento de *certo e determinado problema concreto.* Diz o Professor Viehweg que *o tecido jurídico total que efetivamente encontramos não é um sistema no sentido*

lógico. É antes uma indefinida pluralidade de sistemas, cujo alcance é muito diverso – às vezes não passa de escassas deduções – e cuja relação recíproca não é tampouco estritamente comprovável. Pois isso só ocorreria no caso de a pluralidade de sistemas ser reduzida a um sistema unitário. Não obstante, como esta pluralidade de sistemas, que não é totalmente apreendida com a vista, torna possível a produção de contradições, é necessário um instrumento que as elimine, que se oferece aqui por meio da interpretação. Sua tarefa, nesse aspecto, tem de consistir em criar uma concordância que seja até certo ponto aceitável (Tópica e Jurisprudência. Tradução do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora UnB, 1979, p. 80).

Na consideração do Professor Viehweg, *a tópica se infiltra no sistema jurídico através da mencionada interpretação, exigida pelo estado efetivo do direito. O pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica* (p. 81). Isso significa, portanto, que o processo interpretativo e, por consequência, a tópica, *faz parte do sistema jurídico,* não se podendo admiti-lo isolado de sua interpretação. Daí se dizer, hiperbolicamente, que *o sistema jurídico é a sua interpretação ou com ela se confunde.* E como o ordenamento jurídico – na voz do autor – *está submetido constantemente a modificações temporais, o papel da interpretação e, por isto, da tópica, torna-se ainda mais penetrante como provocador da coincidentia oppositorum* (op. cit., p. 81).

Desse modo, a aludida *vinculação dos julgamentos judiciais aos preceitos das leis escritas* provoca, de um lado, o mutismo do julgador quanto aos aspectos morais e axiológicos das suas decisões e, de outro lado, põe em movimento a consciência jurídica da comunidade no sentido de *rejeitar* as soluções veiculadas naquelas decisões, por distantes dos seus sentimentos. Instaura-se, dessa maneira, a *crise da desatualização do direito escrito,* que conduz a jurisdição ao protagonismo judicial crescente e ao abono da *militância judicante solitária,* quer no sentido da exaltação das leis positivas, tais como redigidas e postas, quer no sentido da *resistência contra o vendaval que elas desencadeiam.* Mas em ambos os casos, criam-se situações que provocam tensões.

A outra vertente dessa história se refere à proibição de controle judicial do chamado *mérito* de determinadas decisões administrativas,

como as que veiculam conteúdo sancionador, por exemplo, impostas a servidores públicos. Essa interdição se efetiva, quando o procedimento de aplicação da sanção esteja dentro dos formalismos legais, *mas a reprimenda imposta se mostre estranha aos preceitos da razoabilidade jurídica ou da justiça do caso concreto.* Contudo, a exclusão da sindicabilidade judicial do mérito administrativo de certos atos oficiais também isola o julgador numa casamata de papel ou o oculta por trás de um biombo de palha ou o confina num círculo de giz.

Essa proibição gera a *silenciosa concordância judicial* com o alastramento do legalismo e da injustiça material. E produz outro resultado de notável efeito político, qual seja, o de impermeabilizar os tais atos administrativos, pondo-os à sombra da sua *legitimidade pressuposta,* criada pela doutrina jurídica como meio de os imunizar à crítica judicial que lhes poderia invalidar os fundamentos por *razões axiológicas* ou extra-formalistas. O sistema legalista termina, portanto, por favorecer e estimular a *tirania das leis escritas,* ensejando que as estruturas e as funções jurídicas estatais possam assimilar e desenvolver práticas imorais, autoritárias ou despóticas.

No contraponto dessas constatações, é preciso assinalar e denunciar que os julgamentos que se efetivam por meio das instâncias administrativas *são eivados da própria visão executiva e operacional dos seus agentes e executores.* Desse modo é mínimo, ou mesmo nenhum, o *quociente de justiça* que se pode encontrar nesses pronunciamentos. A admissão de julgamentos administrativos é sobrevivência exótica de prática do *direito primitivo,* quando as funções executiva e judicial ainda se achavam confundidas ou cumuladas no mesmo órgão. De qualquer modo, com ou sem esta raiz histórica, os julgamentos administrativos *afastam ou excluem a força integrativa dos princípios jurídicos.* Elas atribuem eficácia incontrolável aos ditames propostos pelas leis escritas, o que, aliás, é próprio, típico e natural do agir administrativo ou executivo.

O jurista americano Professor Roscoe Pound (1870-1964) produziu página notável sobre este tema. Intrigado com a baixa presença de controles jurídicos efetivos dos arbítrios dos julgamentos administrativos do seu tempo, escreveu (em 1951) que *a diferença fundamental entre o julgamento administrativo e o da justiça judicial reside na falta de controles*

contra a ação arbitrária, tendenciosa ou extrajurídica – se não ilegal, no sentido de falta de acordo com os direitos dos indivíduos – num caso, em comparação com os controles numerosos e eficazes no outro (Justiça Conforme a Lei. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965, p. 85). A sua preocupação concentrava-se, ao expedir esta crítica, em fazer prevalecer, nos julgamentos, os vetores da *justiça judiciária,* para isolá-la daquela que chamava de *justiça administrativa* (op. cit., p. 67).

Antes dessa observação, o Professor Pound analisara a função do *princípio jurídico* na elaboração das decisões judiciais, expressando convicção na sua superior utilidade, anotando que *o princípio é um ponto de partida autorizado para o raciocínio jurídico. Os princípios* – diz ele – *representam trabalho de juristas, organizando a experiência judicial pela diferenciação dos casos, formulando um motivo como base para a diferença e comparando a experiência longamente desenvolvida de decisões em algum campo, reportando alguns casos a um ponto de partida geral semelhante, ou descobrindo um ponto de partida mais compreensivo para o campo inteiro* (op. cit., p. 60).

Em outra obra, e ainda em dissertação sobre os princípios, o mesmo jurista pontuava que, nos tempos do processo judicial que podem ser chamados de etapa pré-principiológica, *supunha-se que a função do juiz consistia, simplesmente, em interpretar uma determinada norma de autoridade e de origem completamente extrajudicial, por um processo de dedução de seu conteúdo logicamente implícito, aplicando depois, mecanicamente, a norma assim dada e interpretada. Essa suposição tem a sua origem na fase de lei estrita, numa tentativa de evitar, de um lado, a excessiva pormenorização e, do outro, o sentenciosismo prolixo, que são características do Direito primitivo* (Introdução à Filosofia do Direito. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 55).

Qualquer jurista que devotar a mínima atenção a essas observações do Professor Roscoe Pound verá que, segundo o seu magistério, a decisão judicial deverá expressar uma *manifestação de justiça,* cuja determinação se encontra somente pelo trabalho reflexivo dos juristas julgadores, o que leva à conclusão que os julgamentos rasos ou lineares, superficiais ou rápidos, de forte conotação imediatista ou consequencialista, não captam o fundamento justo (ou de justiça) da questão jurídica examinada.

O jurista dinamarquês Professor Alf Ross (1899-1979) destaca o problema da compreensão do Direito, máxime quando a sua interpretação se dá nas instâncias judiciais, apimentando a discussão entre as posturas positivistas e as que lhes são opostas – que ele chama de *livres.* E consigna que *as teorias positivistas ocultam a atividade político-jurídica do juiz,* comparando-a à do jogador de xadrez, *motivado não só pelas normas do xadrez, como também pelo propósito do jogo e pelo conhecimento de sua teoria.* O Professor Ross enuncia que *a lógica imanente que as teorias positivistas frisam é uma ilusão,* para concluir que *a razão jurídica imanente ou a própria regra de Direito não pode ser separada do propósito prático que se situa fora dela, nem as consequências formais podem ser separadas de um ajuste valorativo das regras, em relação com valores pressupostos* (Direito e Justiça. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 186).

O Professor Alf Ross rende-se, assim, à evidência de que as decisões inspiradas na equidade se contrapõem às leis escritas e estima que, quando houver reiteradas decisões por equidade, poderá ocorrer a mudança da norma escrita e, se não houver essa mudança, forma-se a *doutrina judicial* sobre aquele ponto jurídico decidido por equidade. E desse modo, como ele ensina, retorna-se à racionalidade formal. Na sua opinião, *o desacordo entre o direito formalizado e as exigências de equidade se torna mais aparente quando ocorre um desenvolvimento social sem que a legislação proceda a um ajuste das normas às novas condições. Sente-se, então, uma particular necessidade de decisões contrárias ao direito formal.*

E o doutrinador conclui que, *a princípio, tais decisões terão o caráter de equidade, precisamente porque não acatam as regras dadas, surgindo, sim, de uma apreciação intuitiva da situação concreta. Porém, no decorrer do tempo, lograr-se-á novamente a racionalidade formal. Através da prática dos Tribunais, surgirá uma nova doutrina e as decisões posteriores se fundarão nela, perdendo seu caráter de equidade* (p. 328). No magistério do Professor Ross, os conteúdos jurídicos, mesmo os das regras legisladas *têm os seus momentos de pura irracionalidade lógica ou de descontinuidade hermenêutica,* o que significa, concretamente, a oportunidade para a atuação criativa da *doutrina judicial do Direito.*

Essa oportunidade é, porém, muito mais do que apenas uma oportunidade fortuita, porquanto revela o *dever* de exercício judicial que conduza as normas escritas à sua verdadeira função e real destino. E a função e o real destino das normas escritas se resumem em prover – *numa situação de inadequação ou num confronto entre a lei e a justiça* – a solução jurídica e justa *exigida pela equidade.*

Quando os julgadores captam diretamente nas disposições das leis escritas os elementos definidores de suas decisões jurídicas, adotando-as como fontes suficientes ou aptas, por si mesmas, a fornecer a solução dos casos controversos que examinam, perfilham aquelas suas dicções genéricas e abstratas (das leis escritas) como se fossem *realidades ou ideias prontas para o consumo intelectual imediato.* Com essa atitude, deixam-se impressionar, e tão vivamente, por elas e com tanta sinceridade mental, que produzem decisões que apenas repetem, *com constante fidelidade,* os exatos conteúdos daquelas regras. E apregoam que assim *fazem justiça.*

Nesses casos, pode-se dizer que a solução judicial da questão jurídica se comporá de elementos *estranhos à justiça* ou à elaboração das instâncias judiciais. Desse modo, a formulação sentencial converte-se apenas e meramente em meio instrumental ou veiculante da *vontade do indefectível legislador,* como se fosse uma correia de transmissão mecânica. No limite do procedimentalismo juslegalista, os julgadores seriam até mesmo *dispensáveis,* porque os agentes administrativos poderiam implementar essas soluções de forma burocrática e eficiente, como acontece, por exemplo, com os chamados *julgamentos administrativos,* a que aludiu, para criticar e condenar, o Professor Roscoe Pound.

Contudo, apesar disso, acreditam sinceramente muitos desses julgadores positivistas que, assim agindo, *promovem a justiça,* por meio de julgamentos judiciais a que atribuem o valor de contribuições inéditas ao programa da pacificação dos conflitos sociais. Por outro lado, muitas soluções judiciais, porque assim adotadas, mostram-se tão distantes dos fatos que dão suporte às respectivas questões e demandas, que chegam até mesmo a parecer bem elaboradas peças de ficção. Falta a essas decisões a presença atuante do princípio da justiça, com a sua força transformadora.

BIBLIOGRAFIA

ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica.* Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. *Direito, Razão e Discurso.* Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Lael, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Tradução de Ari Marcelo Sólon. São Paulo: Edipro, 2011.

CARRIÓ, Genaro Ruben. *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes.* São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GORDILLO, Augustín. *Princípios Gerais de Direito Público.* Tradução de Marco Aurélio Greco e Reilda Meira. São Paulo: RT, 1977.

GRAU, Eros. *Direito/Conceito e Normas Jurídicas.* São Paulo: RT, 1988.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito.* Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial.* Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009.

MACHADO HORTA, Raul. *Direito Constitucional.* Belo Horizonte: DelRey, 1999.

POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito.* Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

POUND, Roscoe. *Justiça Conforme a Lei.* Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965.

RECÁSENS-SICHES, Luís. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.* México: Editorial Porrúa, 1980.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça.* Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

SENTIS MELENDO, Santiago. *El Juez y el Derecho.* Buenos Aires: Espósito, 1957.

TOBEÑAS, José Castán. *La Formulación Judicial del Derecho.* Madrid: Reus, 1954.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência.* Tradução do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora UnB, 1979.

Preparo: os Avanços do STJ e do CPC/2015 no Combate à Jurisprudência Defensiva

Og Fernandes
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

PREPARO: OS AVANÇOS DO STJ E DO CPC/2015 NO COMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Avanços trazidos pelo CPC/2015; 3. Alguns avanços promovidos pelo STJ à luz do CPC/1973; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O advento do CPC/2015 trouxe, como não podia deixar de ser, diversas novidades para o processo civil brasileiro.

O objetivo deste artigo, escrito para a obra doutrinária coletiva de comemoração dos 30 (trinta) anos de instalação do Superior Tribunal de Justiça, é examinar as principais alterações trazidas pelo novo Código no que tange à realização do preparo e às possibilidades de sanação de eventuais irregularidades formais contidas na guia de custas recursais.

Examinaremos, ainda, alguns avanços promovidos pela jurisprudência do STJ nessa seara, ainda na vigência do CPC/1973, no enfrentamento do que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva, e as nossas perspectivas quanto ao tratamento da matéria no futuro.

2. AVANÇOS TRAZIDOS PELO CPC/2015

O CPC/2015 trouxe, em seus arts. 932, parágrafo único ("*Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias*

ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."), e 938, § 1º ("*Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.*"), um dever geral de correção de defeitos processuais nos tribunais, nas precisas palavras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha[1]. Trata-se de verdadeira mudança de paradigma em relação ao que constava no CPC/1973 com relação à admissibilidade dos recursos cíveis[2].

Assim, o tribunal tem o dever de, em qualquer processo que esteja sob sua jurisdição, seja de competência originária ou recursal, proceder à intimação da parte para que corrija eventuais defeitos processuais que estejam impedindo o exame do mérito recursal, desde que sejam sanáveis.

O legislador foi detalhista ao ponto de trazer diversas regras específicas para o preparo, conforme se lê no art. 1.007 e parágrafos:

> Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.
>
> § 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.
>
> § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

---

[1] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 50.

[2] JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A sanabilidade dos requisitos de admissibilidade dos recursos. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (coord.). *Doutrina Selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 6 (Coleção Novo CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 622-624.

> § 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos.
>
> § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.
>
> § 5º É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º.
>
> § 6º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecorrível, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo.
>
> § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

Foram várias as mudanças e inovações se compararmos com o teor do art. 511, que regia a matéria no CPC/1973.

No art. 1.007, § 1º, o legislador deixou claro que a dispensa de preparo inclui o porte de remessa e de retorno, algo que já estava pacificado na jurisprudência do STJ, e, por questão de boa técnica legislativa, explicitou que o Distrito Federal também é dispensado do preparo.

O § 2º prescreve que o recorrente será intimado na pessoa de seu advogado para suprir a insuficiência no valor do preparo, rechaçando a interpretação de que a referida intimação teria que ser feita na pessoa do recorrente. A inovação aqui reside em explicitar que a intimação não precisa ser pessoal, sendo de ressaltar que, mesmo antes da vigência do CPC/2015, se entendia que violava "*o art. 511, § 2º* (correspondente ao atual art. 1.007, § 2º), *a declaração de inadmissibilidade recursal sem a outorga de prévia possibilidade de complementação do preparo*"[3].

---

[3] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*: artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 545.

Outro ponto acrescentado pelo § 2º diz respeito à explicitação de que haverá a possibilidade de complementação do preparo em valor insuficiente, inclusive no que se referir ao porte de remessa e de retorno. Trata-se de cautela do legislador contra interpretações indevidas que consideravam deserto o recurso quando a taxa do recurso havia sido paga de modo insuficiente, mas o porte de remessa e retorno não havia sido recolhido, pelo que se enquadrava como ausência, e não insuficiência, do recolhimento[4]. Fica superada, portanto, a Súmula 187/STJ ("*É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos*")[5].

Registre-se que, diante do dever de cooperação e do princípio da boa-fé processual, a decisão que reconhece a insuficiência do preparo deve apontar qual o valor total a ser recolhido pelo recorrente.

O § 3º traz uma inovação que já decorria da própria realidade dos fatos, mesmo anteriormente ao CPC/2015. Isso porque não haveria sentido em cobrar recolhimento de porte de remessa e retorno em autos eletrônicos, já que tal verba se destina a custear o deslocamento dos autos, o que apenas se justifica em processos físicos[6].

Com a utilização cada vez maior do processo eletrônico em nossos tribunais, o reflexo imediato será o barateamento dos custos para interposição de recursos e, consequentemente, das despesas processuais[7].

A maior inovação trazida pela novel legislação nessa temática foi o § 4º, que criou o dever de intimar o recorrente que não tiver comprovado o recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso, para que

---

[4] GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e recursos*: comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1.018.

[5] Nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. *Op. cit.*, p. 129.

[6] BARTILOTTI, Alexandre Soares. Comentários ao art. 1.007 do CPC/2015. *In*: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida [et al.] (coord.). *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Tomo III – arts. 771 a 1.072. São Paulo: Lualri Editora, 2017, p. 355.

[7] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado.* 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 2.194.

possa, caso queira, efetuar o recolhimento em dobro. Antes do advento do CPC/2015, a intimação para possibilitar a complementação do preparo apenas ocorria em caso de insuficiência do valor recolhido, mas não quando não houvesse qualquer recolhimento. Agora, o recorrente tem direito a uma segunda chance, não apenas para suprir o preparo insuficiente, mas também para realizar o preparo que ainda não havia sido feito, desde que recolha o dobro do montante devido[8].

Registre-se que se aplica tal dispositivo tanto para o recorrente que não havia recolhido os valores do preparo quanto para aquele que, embora tenha recolhido, não anexou no momento adequado o comprovante de recolhimento. É a interpretação que se extrai diretamente do texto legal[9].

Não há previsão de prazo nesse dispositivo, mas, por analogia, aplica-se o prazo de 5 (cinco) dias, previsto tanto no § 2º quanto no § 6º[10]. É o que prevê, a propósito, o Enunciado n. 97 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC[11].

Caso o recorrente se valha da segunda chance prevista no § 4º, não lhe será oportunizada nova possibilidade de complementação em caso de insuficiência parcial do preparo, consoante dispõe o § 5º do art. 1.007. Em suma, as oportunidades previstas no art. 1.007, §§ 2º e 4º, não são cumulativas, pois isso funcionaria como um incentivo ao abuso de direito processual[12].

---

[8] Sobre o ponto, confira-se: JORGE, Flávio Cheim. Comentários ao art. 1.007 do CPC/2015. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.233.

[9] Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Op. Cit.*, p. 1.018.

[10] Trilhando o mesmo pensamento: BARTILOTTI, Alexandre Soares. *Op. Cit.*, p. 355; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. *Op. Cit.*, p. 128-129.

[11] O FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis consiste em um encontro semestral (anual a partir de 2016) que conta com a participação de professores de processo de várias carreiras jurídicas (no último encontro, em Recife, estiveram presentes mais de 300 participantes de todo o país), e que tem como objetivo a elaboração de enunciados interpretativos sobre o NCPC. Para aprovação de um enunciado, exige-se a votação unânime dos participantes.

[12] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. *Op. Cit.*, p. 129.

O § 6º inova ao prever que, provando o recorrente justo impedimento – como em caso de greve bancária, desastres naturais etc. –, o relator relevará a pena de deserção, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo. Essa previsão, que antes era restrita ao processamento da apelação, agora foi expressamente estendida para todos os recursos[13].

A decisão que releva a pena de deserção é irrecorrível, pois não há interesse recursal em impugná-la, já que os requisitos de admissibilidade recursal – incluindo-se aí o preparo – poderão ser discutidos em preliminar de contrarrazões e serão examinados pelo órgão colegiado competente para o julgamento do recurso[14].

Por fim, o § 7º prescreve que os equívocos no preenchimento da guia de custas não implicarão aplicação automática da pena de deserção. Caberá ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

Examinemos esse parágrafo com maior profundidade.

Esse é mais um dos dispositivos espalhados pelo novo diploma legal que buscam combater o que se convencionou intitular de jurisprudência defensiva praticada pelos tribunais[15]. O novo Código, de fato, busca combater a criação de "*empecilhos artificiais criados pelos tribunais para não apreciarem o mérito dos recursos*", na feliz definição de Rodrigo da Cunha Lima Freire[16].

---

[13] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 2.194; FARIA, Márcio Carvalho. O novo Código de Processo Civil vs. a jurisprudência defensiva. *In*: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (coord.). *Doutrina Selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 6 (Coleção Novo CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 579.

[14] Confira-se: BARTILOTTI, Alexandre Soares. *Op. Cit.*, p. 355; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. *Op. Cit.*, p. 129.

[15] Muito oportuna a colocação de Pedro Miranda de Oliveira, de que o termo correto deveria ser jurisprudência *ofensiva*, pois ofende os princípios da legalidade, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório, da boa-fé, da cooperação e da razoabilidade, além de ofender o bom senso, a segurança jurídica, o exercício da advocacia e a cidadania. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O novo CPC e o princípio da primazia do julgamento do mérito recursal. *In*: SANTANA, Alexandre Ávalo e ANDRADE NETO, José de (coord.). *Novo CPC*: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. Vol. 3. Campo Grande: Contemplar, 2016, p. 553-554.

[16] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Comentários ao art. 932 do CPC/2015. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.090.

O referido parágrafo é também uma materialização dos princípios da primazia do julgamento do mérito (art. 4º do CPC/2015) e da cooperação (art. 6º do CPC/2015), bem como um prestígio à instrumentalidade das formas (arts. 282 e 283 do CPC/2015). Nesse sentido, transcreve-se a lição de Humberto Theodoro Júnior[17]:

> A oportunidade a ser dada obrigatoriamente ao recorrente para esclarecer a dúvida ou sanar o vício detectado pelo relator no preenchimento da guia corresponde ao dever de colaboração e prevenção que toca ao órgão jurisdicional em relação aos atos processuais das partes, dever esse que o Código muito bem prestigia ao definir os 'princípios e garantias fundamentais do processo civil', especialmente nos arts. 7º, 9º e 10, onde se asseguram o contraditório efetivo, a cooperação necessária e a não surpresa, mesmo nos casos em que a matéria comporte decisão de ofício.

Durante a vigência do CPC/1973, o STJ tinha entendimento consolidado no sentido de que o erro no preenchimento na guia do preparo[18] acarretaria, automática e irremediavelmente, a deserção do recurso, a exemplo dos seguintes julgados: 1) AgRg no REsp 1.466.288/MG, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21.10.2014, DJe 28.10.2014; 2) AgRg no REsp 344.134/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.3.2014, DJe 28.3.2014; 3) AgInt no AREsp 933.071/MG, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.12.2016, DJe 2.2.2017; 4) AgInt no AREsp 940.614/SP, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze,

---

[17] THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.003.

[18] A doutrina enumera alguns exemplos de erros de preenchimento de guia no entendimento do STJ: guia preenchida manualmente; o preenchimento incorreto do número de referência do processo; o código da receita equivocado; o pagamento do valor devido, mas em guia errada; a digitalização da guia de forma ilegível feita pelo próprio Judiciário. Confira-se: BARTILOTTI, Alexandre Soares. *Op. Cit.*, p. 355; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Op. Cit.*, p. 562; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os recursos no novo CPC e a jurisprudência defensiva. *In*: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (coord.). *Doutrina Selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 6 (Coleção Novo CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 518; FARIA, Márcio Carvalho. *Op. Cit.*, p. 589.

j. 17.11.2016, DJe 25.11.2016; 5) AgInt no AREsp 1.697.979/SP, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27.9.2016, DJe 3.10.2016. Embora os últimos três exemplos tenham sido julgados quando já vigente o CPC/2015, os acórdãos trataram de recursos interpostos contra decisões publicadas na vigência do CPC/1973, razão pela qual a referida legislação consistiu no substrato normativo aplicável no que toca aos requisitos de admissibilidade recursal, conforme o Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do STJ em 09.03.2016.

O parágrafo em estudo visa justamente a afastar tal entendimento, deixando claro que tal fato não deve levar, *ipso facto*, à inadmissão do recurso, desde que seja possível ter certeza da efetivação do preparo. Nas hipóteses em que o erro não permita que se tenha tal certeza, deve o relator, obrigatoriamente, intimar o recorrente para sanar o vício em 5 (cinco) dias[19].

De fato, não haveria sentido lógico em que o legislador inovasse, ao prever uma segunda chance de recolhimento do preparo mesmo quando não tenha havido pagamento algum (art. 1.007, § 4º), e não oportunizasse a mesma chance àquele recorrente que junta guia comprovando o pagamento, mas essa guia apresente algum problema formal.

Em adendo a isso, importante registrar que se trata de dever, e não de faculdade do julgador, a intimação do recorrente para sanação do vício no preenchimento da guia de custas, consistindo em especificação do dever maior de correção de defeitos processuais nos tribunais, previsto nos arts. 932, parágrafo único, e 938, § 1º, do CPC/2015[20].

É justamente o que diz o Enunciado n. 82 do FPPC: "*É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou*

---

[19] JORGE, Flávio Cheim. Comentários ao art. 1.007 do CPC/2015. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.234. Ver, ainda: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 2.190.

[20] No mesmo sentido: JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A sanabilidade dos requisitos de admissibilidade dos recursos. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (coord.). Doutrina Selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 6 (Coleção Novo CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 630-631; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 450; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Op. Cit.*, p. 556.

complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais."

O art. 99, § 7º, do CPC/2015 também inova ao dispor que: "*Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.*" Trata-se de inovação muito bem-vinda, já que não seria adequado indeferir o pleito de justiça gratuita formulado em grau recursal, sem permitir ao requerente a oportunidade de realizar o recolhimento em caso de indeferimento do seu pleito.

Tentamos aqui realizar um esboço das principais inovações trazidas pelo CPC/2015 na temática do preparo. Vejamos no tópico seguinte como o STJ vem tratando a matéria, e quais os principais avanços adotados pela jurisprudência firmada pela Corte.

3. ALGUNS AVANÇOS PROMOVIDOS PELO STJ À LUZ DO CPC/1973

O STJ já vinha aceitando, mesmo na vigência do CPC/1973, que a juntada da procuração e da guia de custas ou depósito recursal em cópia não chega a ser vício sanável, desde que seja possível evidenciar as informações necessárias à identificação do pagamento. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte precedente:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREVISTO NO ART. 522 DO CPC. COMPROVAÇÃO DO PREPARO COM CÓPIA DAS GUIAS E DOS RESPECTIVOS COMPROVANTES DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE DESDE QUE SE PERMITA EVIDENCIAR AS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO.* ***1. Não enseja deserção a juntada da cópia do pagamento das guias que comprovam o recolhimento dos componentes do preparo, desde que seja possível evidenciar as informações necessárias à identificação do pagamento. Precedentes****: AgRg no REsp*

> *1.474.725/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 18/11/2014; REsp 1.428.160/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 31/3/2014; AgRg no AREsp 152.585/ES, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 16/9/2013).* ***2. Não há como impor qualquer tipo de restrição à utilização de cópias como meio hábil à comprovação do recolhimento de custas judiciais, postura que caminha na contramão da desburocratização do processo****. 3. Agravo Regimento não provido. (AGREsp 1.572.683, Rel. Min. Herman Benjamin, STJ - Segunda Turma, j. em 1º/3/2016, DJe Data: 19/5/2016)* (grifou-se)

Na verdade, a resistência dos tribunais em aceitar a comprovação do preparo com cópia da guia de recolhimento e respectivo comprovante de pagamento diz respeito à utilização de cópia sem o preenchimento dos dados do processo, o que permitiria a um advogado de má-fé utilizar a mesma documentação em mais de um recurso. Estando a cópia preenchida de modo a possibilitar a correta identificação do recurso e do processo a que se refere, e sem a existência de rasuras, não há motivo algum para recusá-la.

Nesse sentido, embora de forma mais tímida, o Enunciado n. 332 do FPPC dispõe que: "*Considera-se vício sanável, tipificado no art. 938, § 1º, a apresentação da procuração e da guia de custas ou depósito recursal em cópia, cumprindo ao relator assinalar prazo para a parte renovar o ato processual com a juntada dos originais.*"

O enunciado acima transcrito apenas traz um exemplo da aplicação do dever geral de correção de defeitos processuais nos tribunais previsto nos arts. 932, parágrafo único, e 938, § 1º, do CPC/2015.

Note-se que a apresentação da procuração e da guia de custas ou depósito recursal em cópia é vício – quando se tratar de cópia rasurada ou sem o preenchimento dos dados do processo – que se deve sanar no próprio tribunal. Há outros vícios, no entanto, que deverão ser sanados em primeiro grau, mediante a conversão do feito em diligência.

Ademais, deve-se considerar que o art. 425, inc. IV, do CPC/2015 (com correspondência no art. 365, inc. IV, do CPC/1973), presume a

boa-fé das partes e de seus advogados, admitindo que o próprio advogado declare a autenticidade de cópias de peças processuais acostadas aos autos[21].

Dito isso, perceba-se que a utilidade do enunciado reside em que, caso se alegue falsidade na cópia da procuração ou da guia de custas ou depósito recursal, aí sim, não se permite a aplicação imediata da pena de deserção, cumprindo ao relator assinalar prazo para a parte promover a juntada dos originais.

Em suma, as preocupações formais com a guia de custas recursais existem para que se possa aferir se houve o efetivo preparo do recurso. Ou seja, os aspectos formais são instrumentos para verificar se o pagamento das custas recursais efetivamente ocorreu[22]. O fato de existirem advogados que se utilizam de guias falsas, ou de uma mesma guia para recursos diferentes, não justifica a inadmissão de recursos em geral, cabendo, isto sim, a punição do recorrente malicioso por litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça, bem como a comunicação à OAB para as devidas providências[23].

O Enunciado n. 333 do FPPC traz uma reflexão importante sobre a guia de custas e o depósito recursal inseridos em processo eletrônico, *in verbis*: "*Em se tratando de guia de custas e depósito recursal inseridos no sistema eletrônico, estando o arquivo corrompido, impedido de ser executado ou de ser lido, deverá o relator assegurar a possibilidade de sanar o vício, nos termos do art. 938, § 1º.*"

Trata-se de mais um enunciado que homenageia os princípios da primazia do julgamento do mérito, da cooperação, e também da instrumentalidade das formas, cuja ideia principal reside em combater a jurisprudência defensiva muitas vezes praticadas pelos tribunais pátrios.

---

[21] Aliás, à medida em que o processo eletrônico tornar-se regra no Brasil, tal discussão perderá o sentido, tendo em vista que o impresso do comprovante de pagamento feito via internet equivale à via original, pois se trata de documento virtual, nos termos do artigo 11 da Lei 11.419/2006. Ou seja, perderá razão de ser a dicotomia original x cópia nesses casos. Confira-se: REsp 1.415.790, Rel. Min. Nancy Andrighi, STJ - Terceira Turma, j. em 12/11/2013, DJe Data: 13/02/2014.

[22] FARIA, Márcio Carvalho. *Op. Cit.*, p. 589-590.

[23] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. Cit.*, p. 519.

Assim, quando a guia de custas e o comprovante de depósito recursal inseridos no sistema eletrônico estiverem, por algum motivo, impossibilitados de serem acessados e lidos, deverá o relator, com espeque no art. 938, § 1º, do CPC/2015, assegurar a possibilidade de sanação do vício.

Especificamente sobre a questão da juntada de arquivo eletrônico corrompido ou com peças ilegíveis, a Resolução n. 427, de 20 de abril de 2010 (que regulamenta o processo eletrônico no âmbito do STF), dispõe: "*Art. 25 - Serão devolvidos à origem, para diligência, os recursos remetidos ao Supremo Tribunal Federal com arquivo eletrônico corrompido, com peças ilegíveis ou, ainda, quando não observados os requisitos do art. 24 desta Resolução*" (com a redação alterada pela Resolução n. 476, de 16 de dezembro de 2011).

Portanto, o próprio STF já criara, bem antes do advento do CPC/2015, norma regimental prevendo a necessidade de que seja assegurada à parte a juntada de uma versão correta da petição/documentação ilegível ou corrompida em processo eletrônico.

Outro importante avanço do STJ, que já vem de longa data, diz respeito à não declaração da deserção em virtude da insignificância do valor que se deixou de recolher. Nesse sentido, há vários precedentes: 1) considerando insignificante o valor de R$0,40 (quarenta centavos) (STJ, 3ª T., REsp 243.760-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 17.2.2000, v.u., DJU 15.5.2000); 2) relevando a deserção em virtude da diferença de R$100,00 (cem reais) no preparo (STJ, 4ª T., REsp 217.518-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 2.9.1999, v.u., DJU 25.10.1999); 3) considerando insignificante a diferença de 2,5% (dois e meio por cento) do salário-mínimo então vigente (STJ, 6ª T., REsp 39.876-SP, Rel. Min. Pedro Acioli, j. 28.11.1994, DJ 13.03.1995, p. 5.317); 4) considerando insignificante o valor de R$0,81 (oitenta e um centavos) (STJ, 6ª T., REsp 35.901-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 05.10.1993, v.u., DJU 25.10.1993, p. 22.513). Em contrapartida, o STJ já pronunciou deserção por conta da diferença de R$0,01 (um centavo) no preparo (STJ, 6ª T., REsp 80.988-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18.8.1997, v.u., DJU 8.9.1997).

Conforme lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: "*No caso de valor insignificante, é de afastar-se a deserção*

e, consequentemente, de conhecer-se do recurso entendendo-se cumprido o requisito de admissibilidade do preparo."[24] Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, por sua vez, argumentam que o princípio da boa-fé processual e a teoria do adimplemento substancial, que é seu corolário e já foi reconhecida em julgados do STJ, impõem o afastamento da deserção em caso de ausência de valor insignificante[25].

Outro aspecto interessante a ser abordado é que o STJ já admitia, bem antes do advento do CPC/2015, o pagamento da guia de recolhimento da União (GRU) referente ao preparo por meio da internet. A Resolução n. 4/2010 desta Corte de Justiça já previa, em seu art. 6º, § 1º, que a GRU era emitida no sítio do Tesouro Nacional, podendo ser acessada por meio do sítio do Tribunal, mas não fixava a forma de pagamento. Como não havia proibição na legislação ou mesmo na regulamentação elaborada pelo STJ, o Tribunal admitia o pagamento pela internet. Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECOLHIMENTO DE CUSTAS E PORTE DE REMESSA E RETORNO VIA INTERNET. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EM CONTRARRAZÕES. PETIÇÃO ENVIADA POR FAX. FALTA DE PÁGINA. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO MANTIDA.
>
> **1. A Resolução do STJ n. 4/2010, vigente à época da interposição do especial, admite a emissão das guias de recolhimento por meio da internet. Quanto ao recolhimento, o referido texto normativo não veda o pagamento por meio da rede mundial de computadores.**
>
> **2. O próprio sítio do Tesouro Nacional, cuja utilização é recomendada pela referida Resolução, estabelece que a GRU Simples poderá ser paga no Banco do Brasil por meio da internet. Não pode a parte de boa-fé ser prejudicada, devendo**

---

[24] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 2.192.

[25] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. *Op. Cit.*, p. 128.

ser admitido o recolhimento pela internet, com a juntada de comprovante emitido pelo sítio do banco. Aplicação, ademais, do art. 11 da Lei n. 11.419/2006.

3. Havendo dúvida acerca da autenticidade do comprovante de recolhimento de custas, pode-se determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a apresentação de documento idôneo. Não suprida a irregularidade, será reconhecida a deserção.

4. No caso, não houve impugnação da parte em contrarrazões de recurso especial, mas somente no agravo regimental, após o provimento da irresignação da parte contrária.

5. No mérito recursal, nos termos da pacífica jurisprudência do STJ, a falta de página da petição enviada por fax desrespeita o art. 4º da Lei n. 9.800/1999 e impede o conhecimento do correspondente recurso.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.232.385/MG, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 6/6/2013, DJe 22/8/2013) (grifou-se)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. RECOLHIMENTO VIA INTERNET. RECIBO EXTRAÍDO DA INTERNET. POSSIBILIDADE. AMPLA UTILIZAÇÃO DE MEIO ELETRÔNICO NA VIDA MODERNA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. Admite-se o recolhimento e a comprovação do preparo processual realizados pela Internet, desde que possível, por esse meio, aferir a regularidade do pagamento das custas processuais e do porte de remessa e de retorno.

2. A guia eletrônica de pagamento via Internet constitui meio idôneo à comprovação do recolhimento do preparo, desde que preenchida com a observância dos requisitos regulamentares, permitindo-se ao interessado a impugnação fundamentada.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos para afastar a deserção.

> (EAREsp 423.679/SC, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/6/2015, DJe 3/8/2015) (grifou-se)

Posição relevantíssima foi adotada pela Corte Especial no julgamento dos EREsp 781.135/DF, no que diz respeito à suficiência da juntada da via original da GRU, ainda que irregularmente preenchida, para a caracterização da regularidade do preparo do recurso especial, *in verbis*:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. GRU. NÚMERO DE REFERÊNCIA AUSENTE. JUNTADA DA GUIA ORIGINAL. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA. DESERÇÃO AFASTADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.
>
> 1. O Supremo Tribunal Federal quando assentou a razão de não se admitir divergência na aplicação de regra técnica de admissibilidade do recurso, revelando natureza meramente infringente do debate sobre o equívoco ou não na aplicação da regra; ressalvou expressamente quanto ao debate de teses antagônicas à própria regra.
>
> 2. Quando a discussão se estabelece sobre a própria regra de conhecimento, esta evidentemente passível de dissenso a desafiar também a uniformização de jurisprudência.
>
> **3. Desconsidera-se a deserção por se ter em conta que o comprovante do pagamento das custas do Recurso Especial foi juntado aos autos na sua via original, o que afasta a possibilidade de fraude no recolhimento das custas.**
>
> **4. Em princípio, deve sempre ser prestigiada a boa-fé do recorrente, isto é, deve-se partir da presunção de que as partes litigantes se comportarão de forma leal; assim, embora a exigência formal não seja em si descabida ou desnecessária, as consequências do seu descumprimento devem ser apreciadas sob a ótica da razoabilidade e da proporcionalidade.**
>
> 5. Embargos de Divergência acolhidos.
>
> (EREsp 781.135/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 6/5/2015, DJe 20/5/2015) (grifou-se)

Como se vê, a Corte Especial do STJ deu provimento a embargos de divergência, fazendo prevalecer a tese – mesmo antes do CPC/2015 – que afasta a deserção nos casos em que, embora haja a irregularidade quanto ao número identificador do processo na GRU (por não ter sido indicado), haja sido juntado aos autos a sua via original, porquanto, com tal providência, fica afastada a possibilidade de fraude no recolhimento das custas no caso concreto.

Outro avanço antigo do STJ diz respeito à desnecessidade de que o beneficiário da assistência judiciária gratuita tenha que reiterar o pleito de concessão do benefício nas instâncias recursais, devendo remanescer o favor legal em todas as instâncias e incidentes processuais, até que eventualmente venha a ser revogado por decisão judicial. É o que se lê no seguinte precedente da Corte Especial:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA (LEI 1.060/50, ARTS. 4º, 6º E 9º). CONCESSÃO. EFICÁCIA EM TODAS AS INSTÂNCIAS E PARA TODOS OS ATOS DO PROCESSO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESNECESSIDADE. AGRAVO PROVIDO.
>
> **1. Uma vez concedida, a assistência judiciária gratuita prevalecerá em todas as instâncias e para todos os atos do processo, nos expressos termos do art. 9º da Lei 1.060/50.**
>
> **2. Somente perderá eficácia a decisão deferitória do benefício em caso de expressa revogação pelo Juiz ou Tribunal.**
>
> 3. Não se faz necessário para o processamento do recurso que o beneficiário refira e faça expressa remissão na petição recursal acerca do anterior deferimento da assistência judiciária gratuita, embora seja evidente a utilidade dessa providência facilitadora. Basta que constem dos autos os comprovantes de que já litiga na condição de beneficiário da justiça gratuita, pois, desse modo, caso ocorra equívoco perceptivo, por parte do julgador, poderá o interessado facilmente agravar fazendo a indicação corretiva, desde que tempestiva.

> 4. Agravo interno provido, afastando-se a deserção.
>
> (AgRg nos EAREsp 86.915/SP, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/2/2015, DJe 4/3/2015) (grifou-se)

Por fim, a Corte Especial já tem entendimento consolidado no sentido da prescindibilidade de realizar o preparo do recurso cujo mérito discuta o próprio direito ao benefício da assistência judiciária gratuita. O recorrente interpõe o recurso e, caso se entenda pelo não cabimento do favor legal, será intimado para recolher as custas recursais. Leia-se:

> AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA COMO MÉRITO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE PREPARO. DESERÇÃO. AFASTAMENTO. PEDIDO FORMULADO NA PRÓPRIA PETIÇÃO RECURSAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.
>
> **1. É desnecessário o preparo do recurso cujo mérito discute o próprio direito ao benefício da assistência judiciária gratuita. Não há lógica em se exigir que o recorrente primeiro recolha o que afirma não poder pagar para só depois a Corte decidir se faz jus ou não ao benefício.**
>
> 2. É viável a formulação, no curso do processo, de pedido de assistência judiciária gratuita na própria petição recursal, dispensando-se a exigência de petição avulsa, quando não houver prejuízo ao trâmite normal do feito.
>
> 3. Agravo interno provido.
>
> (AgRg nos EREsp 1.222.355/MG, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 4/11/2015, DJe 25/11/2015) (grifou-se)

4. CONCLUSÃO

O tratamento dado ao preparo, embora tenha um histórico de evolução pelo STJ já na vigência do CPC/1973, teve notável avanço na

disciplina trazida pelo CPC/2015, no que tange a este e a outros requisitos de admissibilidade recursal.

As novas previsões legislativas nessa temática devem permitir um tratamento menos formal e rigoroso no que se refere aos requisitos de admissibilidade recursal, possibilitando, além de tudo, por meio da racionalização dos julgamentos, uma prestação jurisdicional mais efetiva e uma redução no tempo de tramitação dos processos, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal[26].

Impõe-se, portanto, a superação da cultura de jurisprudência defensiva nas cortes judiciárias em nosso país. Esperamos que o STJ, ao interpretar o CPC/2015, continue aperfeiçoando o tratamento dado ao instituto do preparo, construindo posições menos formalistas e mais voltadas à realização do direito material.

Para tanto, impõe-se a adoção de novos paradigmas, novas lentes, e uma nova forma de pensar o direito processual. Como doutrina Vinícius Silva Lemos ao tratar do tema: "*Não há como conseguir resultados diferentes com olhares idênticos. Com isto, a nova legislação propõe justamente estes novos olhares.*"[27]

De fato, é verdade incontestável que: "*Insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes.*"[28]

---

[26] Sobre o princípio da razoável duração do processo, confira-se, por todos: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

[27] LEMOS, Vinícius Silva. O princípio da primazia de mérito na fase recursal de acordo com o Novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (coord.). *Doutrina Selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 6 (Coleção Novo CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 748.

[28] Tal frase é comumente – e equivocadamente – atribuída a Albert Einstein, mas foi elaborada por Rita Mae Brown, em sua obra *Sudden Death* (New York: Bantam, 1983, p. 68), conforme ensina Alice Calapricep, em *The Ultimate Quotable Einstein* (e-book). Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 474.

5. REFERÊNCIAS

BARTILOTTI, Alexandre Soares. Comentários ao art. 1.007 do CPC/2015. *In*: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida [et al.] (coord.). *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Tomo III – arts. 771 a 1.072. São Paulo: Lualri Editora, 2017, p. 354-356.

CALAPRICEP, Alice. *The Ultimate Quotable Einstein* (e-book). Princeton: Princeton University Press, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2018/03/carta-de-recife.docx>. Acesso em: 11 fev. 2019.

FARIA, Márcio Carvalho. O novo Código de Processo Civil vs. a jurisprudência defensiva. *In*: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (coord.). *Doutrina Selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 6 (Coleção Novo CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 567-599.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Comentários ao art. 932 do CPC/2015. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.087-2.090.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e recursos*: comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

JORGE, Flávio Cheim. Comentários ao art. 1.007 do CPC/2015. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.232-2.234.

JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A sanabilidade dos requisitos de admissibilidade dos recursos. *In*: FREIRE, Alexandre;

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (coord.). *Doutrina Selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 6 (Coleção Novo CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 615-643.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

LEMOS, Vinícius Silva. O princípio da primazia de mérito na fase recursal de acordo com o Novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (coord.). *Doutrina Selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 6 (Coleção Novo CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 747-766.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os recursos no novo CPC e a jurisprudência defensiva. *In*: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (coord.). *Doutrina Selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 6 (Coleção Novo CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 513-535.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*: artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado.* 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O novo CPC e o princípio da primazia do julgamento do mérito recursal. *In*: SANTANA, Alexandre Ávalo e ANDRADE NETO, José de (coord.). *Novo CPC*: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. Vol. 3. Campo Grande: Contemplar, 2016, p. 549-571.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Os Trinta Anos do Superior Tribunal de Justiça – Análise dos Principais Precedentes que Marcaram sua Evolução

Luis Felipe Salomão
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

OS TRINTA ANOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ANÁLISE DOS PRINCIPAIS PRECEDENTES QUE MARCARAM SUA EVOLUÇÃO

Ministro Luis Felipe Salomão

1. BREVE HISTÓRICO ACERCA DO SURGIMENTO DO *TRIBUNAL DA CIDADANIA*[1]

O Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição da República de 1988 para ser o guardião do direito federal, uniformizando a interpretação da legislação infraconstitucional, funciona, na verdade, como o grande "Tribunal da Cidadania". Instalado em 7 de abril de 1989, ano seguinte à promulgação da Carta, a criação do Superior Tribunal de Justiça foi precedida de amplo debate, especialmente sobre o funcionamento do Judiciário no Brasil.

Em boa medida, o STJ é um desmembramento do Supremo Tribunal Federal, assoberbado naquela virada da história (1988)[2] com os recursos extraordinários que tanto controlavam a constitucionalidade das leis como realizavam a adequada interpretação do direito infraconstitucional,

---

[1] Criado pela Constituição Cidadã de 1988, foi idealizado para que suas decisões pudessem influenciar positivamente todos os aspectos da vida cotidiana das pessoas. Por isso, é conhecido como "Tribunal da Cidadania".

[2] Em 1940, o STF recebeu 2.211 recursos e julgou 1.807. Em 1987 (antes da instalação do STJ), recebeu 18.788 e julgou 20.122. No segundo semestre de 2007 (data da repercussão geral), a distribuição batia a casa dos 45.690 recursos. Em 2017, foram distribuídos 54.223 (mais do que o dobro do que havia em 1987, quando já se decantava a *crise do recurso extraordinário*).

sem contar o restante de sua grande competência originária e o controle concentrado de constitucionalidade.

Releva mencionar – para se ter ideia de tempo acerca deste debate sobre o grande volume de recursos para o STF - o evento histórico ocorrido em 1965, convocado pelo Conselho Diretor do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, consistente em mesa-redonda composta por ilustres juristas para discutir a "Reforma do Poder Judiciário" e, nesse âmbito, o debate acerca da viabilidade da criação de um Tribunal Superior, para julgar recursos extraordinários relativos ao direito federal comum. A proposta então apresentada pelo professor Miguel Reale recebeu apoio unânime dos participantes. Concluídos os trabalhos, constou nos *itens 9 e 10* do extenso relatório apresentado pelo grupo de juristas, a necessidade de criação deste novo Tribunal.[3]

Por outro lado, embora não tenha substituído o extinto Tribunal Federal de Recursos – que era a mais elevada instância do sistema de Justiça Federal –, sobretudo porque o Superior é nitidamente um Tribunal de Superposição, não há negar que seu surgimento sofreu influência daquele Tribunal (antigo TFR), cuja criação ocorreu com a Constituição Federal de 1946. É que, já em 1965, a Emenda Constitucional 16, 26 de novembro de 1965, introduziu alterações à Constituição, dispondo em seu art. 6º a nova composição do Poder Judiciário, constando, como órgãos daquele Poder, o Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais, além do Supremo Tribunal Federal, Tribunais e Juízes Militares, Eleitorais e do Trabalho.

Destarte, antes mesmo que fosse promulgada a Constituição Federal - em outubro de 1988 -, o Presidente do Tribunal Federal de Recursos editou o Ato 1.141, de 6 de setembro daquele ano, por meio do qual foram criadas, em caráter temporário, comissões incumbidas de apresentar estudos e sugestões para a implantação do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos respectivos Tribunais Regionais Federais.

Até a efetiva instalação da nova Corte de sobreposição, o Supremo Tribunal Federal foi incumbido das atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente (art. 27, § 1º, do ADCT).

---

[3] Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rdpcp/article/view/59662/58007

Nesse passo, nos termos do art. 27, I e II, da ADCT da CF/1988 e da Lei 7.746, de 3 de março de 1989 (art. 2º), ficou definido que a composição inicial do Superior Tribunal de Justiça seria integrada pelos Ministros do extinto Tribunal Federal de Recursos, observadas as classes de que provinham quando de sua nomeação, bem como pelos Ministros necessários para completar o número estabelecido (33 Ministros).

Em 10 de abril de 1989 entrou em vigor o Ato Regimental 1, elaborado pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que tratou da organização do Superior Tribunal de Justiça; da competência do Plenário, da Corte Especial, das Seções e das Turmas; e do registro, classificação e distribuição dos feitos.

Em 14 de abril de 1989, a Resolução 1 dispôs sobre a estrutura organizacional do tribunal e o Regimento Interno foi aprovado em Sessão Plenária de 22 de junho de 1989.

Assim, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, o Superior Tribunal de Justiça compõe-se de trinta e três ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, entre brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Em 2004, após treze anos de tramitação no Congresso Nacional, a Emenda Constitucional 45 – conhecida como Reforma do Poder Judiciário – cuidou de alterar os artigos da Carta Magna, notadamente quanto ao procedimento de escolha dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça, assim como às atribuições a eles conferidas pelo Constituinte, bem como mudanças referentes ao funcionamento do Tribunal.

Além disso, a EC 45/2004 trouxe modificações nas competências do Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Federais, da Justiça Militar e dos Tribunais de Justiça.[4]

---

[4] Exposição de Motivos/MJ 204, publicada na p. 8 do Diário Oficial da União de 16.12.2004, Seção 1.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, a redação do art. 104, anterior à reforma promovida pela EC 45/2004, previa maioria simples do Senado como quórum para aprovação do pretendente indicado ao cargo de Ministro. Após a emenda referida, assim como para escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a maioria absoluta dos membros do Senado passou a ser exigida. Na verdade, a alteração operou verdadeira padronização no quórum de escolha para indicações de Ministros do STF, STJ, TST (art. 111-A) e Conselhos Nacional de Justiça (art. 103-B, § 2º) e do Ministério Público (art. 130-A), estes últimos criados pela emenda.

A partir da promulgação da EC 45, outras importantes inovações se verificaram, tais como a transferência de competência do STF para o STJ no tocante à homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 102, I, *h* (revogada) e 105, I, *i*, e art. 9º da EC 45/2004). O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, assumiu o julgamento de atos de governos locais contestados diante de leis federais (art. 102, III, *d*, e 105, III, *b*).

Houve, ainda, a criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), abrigada pelo STJ, responsável por regulamentar cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira de juiz, entre outras funções.

O Conselho da Justiça Federal, que já era ligado ao STJ, teve suas atribuições ampliadas, pois, além da supervisão administrativa e orçamentária, assumiu também poderes correcionais de caráter vinculante (art. 105, parágrafo único, I e II).[5]

Em se tratando de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a alegada violação legal, poderá aplicar "o direito à espécie, com observância da regra prevista no art. 10 do Código de Processo Civil" (art. 255, § 5º, do RISTJ). Ao contrário do que acontece em Cortes de Cassação puras (por exemplo, França, Itália e alguns outros países da Europa Continental), onde o Tribunal Superior – equivalente ao STJ –, em regra,

[5] Disponível em: http://cnj.jus.br/noticias/cnj/62369-competencias-dos-tribunais-e-de-ramos-da-justica-foram-alteradas-com-ec-45.

apenas proscreve a decisão para que outra seja proferida novamente pela Corte da instância anterior, no Brasil o Superior Tribunal de Justiça pode, ao apreciar o recurso, desde logo aplicar a regra jurídica ao caso concreto.

A Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal já preconizava: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie." Esse entendimento foi incorporado ao art. 1.034 do Novo CPC (Lei 13.105/2015), estabelecendo o *caput* que, "[a]dmitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito".

2. OS TRINTA PRECEDENTES MAIS RELEVANTES[6]

Com efeito, uma das melhores formas de revelar a história do *Tribunal da Cidadania* – que completa 30 anos – é revisitando o passado e procedendo a análise dos principais precedentes que marcaram sua evolução.

A difícil tarefa foi sistematizar e eleger um julgado de cada ano, desde sua criação, como aquele que teve maior repercussão.

O trabalho não foi simples, pois, além da leitura de farto e denso material, foi preciso também verificar o impacto das decisões na vida social, política, econômica e jurídica em relação aos acórdãos produzidos, assim também o interesse do público em acessos ao sítio eletrônico do Tribunal, além da recorrência de pesquisas em revistas especializadas.

Eis a seguir os julgados, a contar de 1989 - ano da instalação do Superior -, destacando-se o tema e o trecho principal da ementa.

2.1. 1989 - Tema: Distinção entre Companheira e Concubina

DIREITO CIVIL - SUCESSÃO - LEGADO - VALIDADE DE INSTITUIÇÃO DE LEGADO A COMPANHEIRA. DISTINÇÃO

[6] A tentativa de sistematização histórica dos precedentes mais relevantes de Cortes Superiores é uma tendência nos principais países do mundo. Confira-se: DOWRKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENTRE COMPANHEIRA E CONCUBINA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.719 DO CODIGO CIVIL.

REFLETINDO AS TRANSFORMAÇÕES VIVIDAS PELA SOCIEDADE DOS NOSSOS DIAS, IMPÕE-SE CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL A DISTINGUIR A COMPANHEIRA DA SIMPLES CONCUBINA, AMPLIANDO, INCLUSIVE COM SUPORTE NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, A PROTEÇÃO A PRIMEIRA, AFASTANDO A SUA INCAPACIDADE PARA RECEBER LEGADO EM DISPOSIÇÃO DE ULTIMA VONTADE, EM EXEGESE RESTRITIVA DO ART. 1.719, III, DO CODIGO CIVIL.

IMPENDE DAR A LEI, ESPECIALMENTE EM ALGUNS CAMPOS DO DIREITO, INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA, TELEOLÓGICA E ATUALIZADA.

(REsp 196/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/1989, DJ 18/09/1989, p. 14.664)

2.2. 1990 - Tema: Cláusula de Arbitragem Válida, Desnecessidade do Compromisso

CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENEBRA DE 1923.

1. NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS SUBMETIDOS AO PROTOCOLO, A CLÁUSULA ARBITRAL PRESCINDE DO ATO SUBSEQUENTE DO COMPROMISSO E, POR SI SO, É APTA A INSTITUIR O JUÍZO ARBITRAL.

2. ESSES CONTRATOS TÊM POR FIM ELIMINAR AS INCERTEZAS JURÍDICAS, DE MODO QUE OS FIGURANTES SE SUBMETEM, A RESPEITO DO DIREITO, PRETENSÃO, AÇÃO OU EXCEÇÃO, A DECISÃO DOS ÁRBITROS, APLICANDO-SE AOS MESMOS A REGRA DO ART. 244 DO CPC, SE A FINALIDADE FOR ATINGIDA.

3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA.

(REsp 616/RJ, Rel. Ministro CLAUDIO SANTOS, Rel. p/ Acórdão Ministro GUEIROS LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/1990, DJ 13/08/1990, p. 7.647)

2.3. 1991 - Tema: Liberação de Cruzados Novos, Não Responsabilização Penal dos Agentes Bancários

PENAL. "HABEAS CORPUS". CRUZADOS NOVOS. LIBERAÇÃO. COMPETÊNCIA PARA AUTORIZÁ-LA. ART. 9. DA LEI N. 8.024, DE 12/04/90.

TENDO O ART. 9º DA LEI 8.024, DE 12.04.90, CONFERIDO AO BANCO CENTRAL A CONDIÇÃO DE GUARDIÃO DOS CRUZADOS NOVOS BLOQUEADOS DOS TITULARES DE CONTAS BANCARIAS, NÃO SE PODE RESPONSABILIZAR OS DEMAIS ESTABELECIMENTOS, ATRAVÉS DE SEUS AGENTES, PELA FALTA DE LIBERAÇÃO DE QUALQUER QUANTIA DAS IMPORTANCIAS RETIDAS, PORQUANTO, "EX VI LEGIS", TAL PROCEDIMENTO SOMENTE PODE OCORRER MEDIANTE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL.

"HABEAS CORPUS" DEFERIDO.

(HC 605/SP, Rel. Ministro WILLIAM PATTERSON, SEXTA TURMA, julgado em 25/03/1991, DJ 29/04/1991, p. 5.278)

2.4. 1992 - Tema: Primeiro Pedido de Intervenção Federal Acolhido

INTERVENÇÃO FEDERAL. DESOBEDIÊNCIA DE GOVERNADOR DE ESTADO, EM PROMOVER APOIO A EXECUÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL. HIPÓTESE DE INTERVENÇÃO AUTORIZADA PELO ART. 34, INC. VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL, A REQUERIMENTO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO, POR TRATAR-SE DE MATERIA INFRACONSTITUCIONAL (ART. 19, INC. I, DA LEI N.

8.038/90). DECRETO DE INTERVENÇÃO QUE ESPECIFICARA A AMPLITUDE, PRAZO E CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO (PAR. 1. DO ART. 36 DA CARTA MAGNA). **DEMONSTRADO QUE O GOVERNADOR, AINDA QUE SEM O DELIBERADO PROPÓSITO DE NÃO ATENDER A DECISÃO JUDICIAL, VEM, NA VERDADE, OBSTANDO A SUA EXECUÇÃO, DESDE QUE TEM NEGADO AO JUIZ DE DIREITO O APOIO DA FORÇA POLICIAL, POR ELE REQUISITADA. HIPÓTESE EM QUE, POR SUA RECUSA, NÃO SE CUMPRIU A MEDIDA LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, CONCEDIDA PARA GARANTIA DE PROPRIEDADE AGRÍCOLA, INVADIDA POR TERCEIROS, EM COMARCA DO INTERIOR DO ESTADO. SEM ÊXITO. AS GESTÕES ADMINISTRATIVAS DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, JUNTO AO GOVERNADOR, DELIBEROU A CORTE SOLICITAR INTERVENÇÃO FEDERAL, AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM APOIO A EXECUÇÃO DA ORDEM JUDICIAL, OBSTADA DESDE O FINAL DO ANO DE 1988**. PEDIDO DE INTERVENÇÃO FEDERAL JULGADO PROCEDENTE.

(IF 1/PR, Rel. Ministro JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 11/06/1992, DJ 26/10/1992, p. 18.990)

2.5. 1993 - Tema: Dano Ambiental, Responsabilidade Objetiva do Poluidor. Dano Ecológico. Reparação. Rompimento de Duto. Poluição Ambiental. Artigo 14, Paragrafo 1º, da Lei n. 6.938/81. Cobrança das Despesas Feitas pela Companhia de Saneamento. Procedência

É O POLUIDOR OBRIGADO, INDEPENDENTEMENTE DE CULPA, A INDENIZAR OU REPARAR OS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE E A TERCEIROS, AFETADOS POR SUA ATIVIDADE.

TENDO A COMPANHIA DE SANEAMENTO, ENCARREGADA DE ZELAR PELO MEIO AMBIENTE E GUARDIÃ DE UM INTERESSE DIFUSO DA COMUNIDADE,

TOMADO AS MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA O COMBATE A POLUIÇÃO OCASIONADA PELO ROMPIMENTO DE UM DUTO, DEVE SER RESSARCIDA, COMO TERCEIRA, DAS DESPESAS CORRESPONDENTES.

(REsp 20.401/SP, Rel. Ministro HÉLIO MOSIMANN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/1993, DJ 21/03/1994, p. 5.467)

2.6. 1994 - Tema: Sociedade de Fato e Participação Indireta da Companheira-Partilha de Bens

DIREITO CIVIL. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO INDIRETA DA EX-COMPANHEIRA NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO DURANTE A VIDA EM COMUM. PARTILHA PROPORCIONAL. CABIMENTO. PRÁTICA QUE NÃO AFEIÇOA A NOVA REALIDADE CONSTITUCIONAL. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE ACOLHIDO, PREJUDICADO O DO REU.

I - CONSTATADA A CONTRIBUIÇÃO INDIRETA DA EX--COMPANHEIRA NA CONSTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO AMEALHADO DURANTE O PERIODO DE CONVIVÊNCIA "MORE UXORIO", CONTRIBUIÇÃO CONSISTENTE NA REALIZAÇÃO DAS TAREFAS NECESSARIAS AO REGULAR GERENCIAMENTO DA CASA, AÍ INCLUÍDA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS, ADMISSÍVEL O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO E DO CONSEQUENTE DIREITO A PARTILHA PROPORCIONAL.

II - VERIFICANDO QUE HAJA SIDO SIGNIFICATIVA PARA A FORMAÇÃO DE TAL PATRIMÔNIO A DIMINUIÇÃO DE DESPESAS (ECONOMIA) PROPORCIONADA PELA EXECUÇÃO DAS ATIVIDADES DE CUNHO DOMÉSTICO PELA EX-COMPANHEIRA, HÁ QUE SE RECONHECER PATENTEADO O "ESFORÇO COMUM" A QUE ALUDE O ENUNCIADO N. 380 DA SUMULA/STF.

(REsp 38.657/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/1994, DJ 25/04/1994, p. 9.260)

2.7. 1995 - Tema: Adimplemento Substancial em Contrato de Seguro

SEGURO. INADIMPLEMENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. RESOLUÇÃO.

A COMPANHIA SEGURADORA NÃO PODE DAR POR EXTINTO O CONTRATO DE SEGURO, POR FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO DO PRÊMIO, POR TRÊS RAZÕES: A) SEMPRE RECEBEU AS PRESTAÇÕES COM ATRASO, O QUE ESTAVA, ALIÁS, PREVISTO NO CONTRATO, SENDO INADMÍSSIVEL QUE APENAS REJEITE A PRESTAÇÃO QUANDO OCORRA O SINISTRO; B) A SEGURADORA CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE COM A SUA OBRIGAÇÃO, NÃO SENDO A SUA FALTA SUFICIENTE PARA EXTINGUIR O CONTRATO; C) A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DEVE SER REQUERIDA EM JUÍZO, QUANDO SERÁ POSSIVEL AVALIAR A IMPORTÂNCIA DO INADIMPLEMENTO, SUFICIENTE PARA A EXTINÇÃO DO NEGOCIO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9.917)

2.8. 1996 - Tema: Bem de Família – Impenhorabilidade de Televisão e Móveis que Integram a Residência

PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE. APARELHO DE TELEVISÃO E MESA. LEI 8.009/90. INCIDÊNCIA. HERMENÊUTICA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A LEI 8.009/90, AO DISPOR QUE OS EQUIPAMENTOS, INCLUSIVE MÓVEIS, QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA

SÃO IMPENHORÁVEIS, NÃO ABARCA TÁO SOMENTE OS INDISPENSÁVEIS A MORADIA, MAS TAMBEM AQUELES QUE USUALMENTE INTEGRAM UMA RESIDÊNCIA, COMO GELADEIRA, MESA E TELEVISÃO, QUE NÃO SE QUALIFICAM COMO OBJETOS DE LUXO OU ADORNO.

II - AO JUIZ, EM SUA FUNÇÃO DE INTÉRPRETE E APLICADOR DA LEI, EM ATENÇÃO AOS FINS SOCIAIS A QUE ELA SE DIRIGE E AS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM, COMO ADMIRAVELMENTE ADVERTE O ART. 5. LICC, INCUMBE DAR-LHE EXEGESE CONSTRUTIVA E VALORATIVA, QUE SE AFEIÇOE AOS SEUS FINS TELEOLÓGICOS, SABIDO QUE ELA DEVE REFLETIR NÃO SÓ OS VALORES QUE A INSPIRAM, MAS TAMBÉM AS TRANSFORMAÇÕES CULTURAIS E SOCIOPOLITICAS DA SOCIEDADE A QUE SE DESTINA.

(REsp 74.210/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/1996, DJ 22/04/1996, p. 12.577)

2.9. 1997 - Tema: Alimentos – Obrigação Avoenga

AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR NETO CONTRA OS AVÓS PATERNOS. EXCLUSÃO PRETENDIDA PELOS RÉUS SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O PROGENITOR JA VEM CONTRIBUINDO COM UMA PENSÃO. ART. 397 DO CODIGO CIVIL.

O FATO DE O GENITOR JA VIR PRESTANDO ALIMENTOS AO FILHO NÃO IMPEDE QUE ESTE ÚLTIMO POSSA RECLAMÁ-LOS DOS AVÓS PATERNOS, DESDE QUE DEMONSTRADA A INSUFICIÊNCIA DO QUE RECEBE. A RESPONSABILIDADE DOS AVÓS NÃO É APENAS SUCESSIVA EM RELAÇÃO A RESPONSABILIDADE DOS PROGENITORES, MAS TAMBEM É COMPLEMENTAR PARA O CASO EM QUE OS PAIS NÃO SE ENCONTREM EM CONDIÇÕES DE ARCAR COM A TOTALIDADE DA PENSÃO, OSTENTANDO OS AVOS, DE

SEU TURNO, POSSIBILIDADES FINANCEIRAS PARA TANTO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 70.740/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 26/05/1997, DJ 25/08/1997, p. 39.375)

2.10. 1998 - Tema: Prova Testemunhal – Superação de Preconceitos e Validade de Depoimentos

RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL

A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita.

Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. **O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual**. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica.

(REsp 154.857/DF, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/1998, DJ 26/10/1998, p. 169)

2.11. 1999 - Tema: Prisão Civil do Depositário Infiel – Descabimento

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Prisão civil. **Não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos.**

(EREsp 149.518/GO, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/05/1999, DJ 28/02/2000, p. 29)

2.12. 2000 - Tema: Levantamento de FGTS – Possibilidade em Caso de Necessidade Comprovada, Mesmo Fora dos Expressos Parâmetros Legais

FGTS. LEVANTAMENTO, TRATAMENTO DE FAMILIAR PORTADOR DO VÍRUS HIV. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no artigo 20, XI, da Lei 8.036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e a dignidade humana e, levando-se em conta o caráter social do Fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidade básicas e de seus familiares.

2. Recurso Especial desprovido.

(REsp 249.026/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/05/2000, DJ 26/06/2000, p. 138)

2.13. 2001 - Tema: Ação Civil Pública. Dispensa de Pré-Constituição da Associação Autora há mais de um Ano, Presente o Interesse Social. Correção Monetária de Caderneta de Poupança

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CADERNETA DE POUPANÇA. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. LITISCONSÓRCIO ATIVO. ADMISSÃO.

- O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança.

- Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o

juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano, da associação autora da ação, de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos.

- A inclusão de litisconsortes, na ação civil pública, segue as regras do Código de Processo Civil, sendo admitida, de regra, apenas em momento anterior à citação da ré. Na presente hipótese, contudo, constou expressamente da petição inicial o pedido de publicação do edital para a convocação dos interessados, o que somente se deu após a citação, por inércia do magistrado de primeiro grau. Não se pretendeu alterar o pedido ou a causa de pedir, sendo aberta vista à parte contrária, que teve a oportunidade de se manifestar sobre a petição e os documentos a ela acostados, de forma que não houve qualquer prejuízo para o exercício de sua ampla defesa, sendo-lhe assegurado o contraditório. Destarte, admissível, ante às peculiaridades do caso e apenas excepcionalmente, o litisconsórcio ativo após a citação.

- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 106.888/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/03/2001, DJ 05/08/2002, p. 196)

2.14. 2002 - Tema: Infração de Trânsito – Ampla Defesa e Contraditório – Necessidade de Prévia Notificação do Apontado Infrator

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. PENALIDADE. PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 127/STJ. O CÓDIGO DE TRÂNSITO IMPÔS MAIS DE UMA NOTIFICAÇÃO PARA CONSOLIDAR A MULTA. AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS PÉTREAS CONSTITUCIONAIS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. O sistema de imputação de sanção pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) prevê duas notificações a saber: a primeira referente ao cometimento da infração e a segunda inerente à penalidade aplicada, desde que superada a fase da defesa quanto ao cometimento, em

si, do ilícito administrativo. Similitude com o processo judicial, por isso que ao imputado concede-se a garantia de defesa antes da imposição da sanção, sem prejuízo da possibilidade de revisão desta.

2. Nas infrações de trânsito, a análise da consistência do auto de infração à luz da defesa propiciada é premissa inafastável para a aplicação da penalidade e consectário da garantia da ampla defesa assegurada no inciso LV, do artigo 5º da CF, como decorrência do due process of law do direito anglo-norte-americano, hoje constitucionalizado na nossa Carta Maior.

3. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as cientificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do iter procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis.

4. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades *self executing* não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, que *in casu* se opera pelas notificações apontadas no CTB.

5. Sobressai inequívoco do CTB (art. 280, *caput*) que à lavratura do auto de infração segue-se a primeira notificação *in faciem* (art. 280, VI) ou, se detectada a falta à distância, mediante comunicação documental (art. 281, parágrafo único, do CTB), ambas propiciadoras da primeira defesa, cuja previsão resta encartada no artigo 314, parágrafo único, do CTB em consonância com as Resoluções 568/80 e 829/92 (art. 2º e 1º, respectivamente, do CONTRAN).

6. Superada a fase acima e concluindo-se nesse estágio do procedimento pela imputação da sanção, nova notificação deve ser expedida para satisfação da contraprestação ao cometimento do ilícito administrativo ou oferecimento de recurso (art. 282, do CTB). Nessa última hipótese, a instância administrativa somente se encerra nos termos dos artigos 288 e 290, do CTB.

7. Revelando-se procedente a imputação da penalidade, após obedecido o devido processo legal, a autoridade administrativa recolherá, sob o pálio da legalidade a famigerada multa pretendida abocanhar açodadamente.

8. A sistemática ora entrevista coaduna-se com a jurisprudência do E. STJ e do E. STF as quais, malgrado admitam à administração anular os seus atos, impõe-lhe a obediência ao princípio do devido processo legal quando a atividade repercuta no patrimônio do administrado.

9. No mesmo sentido é a *ratio essendi* da Súmula 127, do STJ que inibe condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento da multa, da qual o infrator não foi notificado.

10. Recurso especial desprovido.

(REsp 426.084/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 02/12/2002, p. 242)

2.15. 2003 - Tema: Reajuste de Cláusula Contratual com Base em Moeda Estrangeira. Validade, mas com Reconhecimento de Onerosidade Excessiva. Índice de Reajuste Repartido

CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CDC, ART. 6º, V.

I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94).

II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento.

III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de

outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.

IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 472.594/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2003, DJ 04/08/2003, p. 217 - JULGADO NA MESMA SESSÃO: REsp 473.140/SP)

2.16. 2004 - Tema: Indenização para Dissidente Político. Falecimento e Sepultamento não Comunicado a Família

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO CONFIGURADA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISSIDENTE POLÍTICO PROCURADO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. FALTA DE REGISTRO DE ÓBITO E NÃO COMUNICAÇÃO À FAMÍLIA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. PRESCRIÇÃO.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Havendo similitude dos fundamentos de fato e de direito em relação a cada autor, admite-se a formação do litisconsórcio facultativo, que possui como corolário os princípios da efetividade e economia processuais que devem sempre nortear a atividade jurisdicional, permitindo que, num único processo e através de sentença una, possa o juiz prover sobre várias relações, aumentando a efetividade da função jurisdicional.

3. Nas hipóteses de pedido de indenização, por danos morais, o litisconsórcio é facultativo. Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

4. Prova inequívoca da perseguição política à vítima e de imposição, por via oblíqua, de sobrevivência clandestina, atentando

contra a dignidade da pessoa humana, acrescido do sepultamento irregular do irmão do autor, com indiferença aos sentimentos familiares.

5. Prescrição. Inocorrência. A indenização pretendida tem amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes.

6. Deveras, a tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

7. Sob esse ângulo, dispõe a Constituição Federal: "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;" "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; (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;"

8. Destarte, o egrégio STF assentou que: "...o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza- se pela inflição de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei n. 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática

ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo." (HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2001)

9. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

10. Consectariamente, não há falar em prescrição da ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

11. Outrossim, a Lei 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano.

12. Adjuntem-se à lei interna, as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, a começar pela Declaração Universal da ONU, e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

13. A dignidade humana violentada, in casu, decorreu do sepultamento do irmão da parte, realizado sem qualquer comunicação à família ou assentamento do óbito, gerando aflição ao autor e demais familiares, os quais desconheciam o paradeiro e destino do irmão e filho, gerando suspeitas de que, por motivos políticos, poderia estar sendo torturado- revelando flagrante atentado ao mais elementar

dos direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

14. Inequívoco que a morte do irmão do autor não foi oficialmente informada à família, nem houve qualquer tipo de registro ou identificação da sepultura.

15. O Decreto 4.857, de 09 de novembro de 1939, determinava que 'nenhum enterramento será feito sem certidão de oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito (...)' - art. 88. Prossegue impondo a incumbência de fazer a declaração de óbito aos familiares e, na falta de pessoa competente, a que tiver assistido aos últimos momentos do finado; e, por último, incumbe à autoridade policial a obrigação de fazê-lo em relação às pessoas encontradas mortas - art. 90, §§ 5° e 6°. Ainda dispõe, no art. 91 que o assento de óbito deverá conter, além de todas as circunstâncias da morte e qualificação da pessoa, o lugar do sepultamento. Dispunha, também, o artigo 84 que o registro de óbito deveria ser feito dentro do prazo de vinte e quatro' horas.

16. Logo, cabia à autoridade policial a obrigação, por lei, de fazer a declaração de óbito, não fosse por terem assistido aos últimos momentos de vida, por saberem-no morto, pois comprovadamente as forças militares tinham conhecimento de que se tratava de Arno Preis (fl. 32).

17. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". 18. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

19. O egrégio STJ, em oportunidades ímpares de criação jurisprudencial, vaticinou:

"RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRISÃO, TORTURA E MORTE DO PAI E MARIDO DAS RECORRIDAS. REGIME MILITAR. ALEGADA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEI N. 9.140/95. RECONHECIMENTO OFICIAL DO FALECIMENTO, PELA COMISSÃO ESPECIAL DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS, EM 1996. DIES A QUO PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. A Lei n. 9.140, de 04.12.95, reabriu o prazo para investigação, e conseqüente reconhecimento de mortes decorrentes de perseguição política no período de 2 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1998, para possibilitar tanto os registros de óbito dessas pessoas como as indenizações para reparar os danos causados pelo Estado às pessoas perseguidas, ou ao seu cônjuge, companheiro ou companheira, descendentes, ascendentes ou colaterais até o quarto grau. *omissis* ...em se tratando de lesão à integridade física, deve-se entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes. "O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais conseqüentes da sua prática" (REsp n. 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, *in* DJ de 17.02.2003). Recurso especial não conhecido." (REsp 449.000/PE, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 3/06/2003)

20. Recurso especial da União parcialmente provido, apenas, para afastar a indenização de despesas de guarda do túmulo, mantida a indenização pelo dano moral, repartindo-se o valor da indenização, na liquidação de sentença, na forma do art. 10 da Lei n. 9.140/95.

(REsp 612.108/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2004, DJ 03/11/2004, p. 147)

2.17. 2005 - Tema: Crime Ambiental Praticado por Pessoa Jurídica

CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL

REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO.

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.".

IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres.

XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.

XV. A ausência de identificação das pessoa físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.

XVI. Recurso desprovido.

(REsp 610.114/RN, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 463)

2.18. 2006 - Tema: Indenização contra o Estado em Razão de Prisão Ilegal

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.

2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

3. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.

4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub judice destacam-se: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus

bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

5. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais comezinhos deveres estatais, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira.

6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ)

7. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua *ratio essendi*, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional.

8. In casu, foi conferida ao autor a indenização de R$ 156.000,00 (cento e cinqüenta e seis mil reais) de danos materiais e R$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais.

9. Fixada a gravidade do fato, a indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial.

10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma "morte em vida", que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?

11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que "a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual". (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004) 12. Recurso Especial desprovido.

(REsp 802.435/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 253)

2.19. 2007 - Tema: Convenção de Haia – Criança Residente no Brasil com Pai Americano e Mãe Brasileira

Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Situação consolidada. Risco de danos psíquicos e emocionais se houver retorno da criança ao país de origem (Estados Unidos).

- Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte.

- Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

- Este processo não busca definir a guarda do menor; apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América.

- A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas.

- Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal.

- Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea "b"), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança.

- Com tal delineamento fático dado ao processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem.

Recurso especial não conhecido, por maioria.

(REsp 900.262/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 08/11/2007, p. 226)

2.20. 2008 - Tema: Exibição de Documento – Falta de Interesse de Agir – Primeiro Repetitivo Julgado

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO

DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS COM DADOS SOCIETÁRIOS. RECUSA. RECURSO À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. LEI N. 6.404/1976, ART. 100, § 1º. AUSÊNCIA DO COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DA "TAXA DE SERVIÇO". RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO.

I. Falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar: a) haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido; b) o pagamento pelo custo do serviço respectivo, quando a empresa lhe exigir, legitimamente respaldada no art. 100, parágrafo, 1º da Lei 6.404/1976.

II. Julgamento afetado à 2ª Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução/STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 982.133/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 22/09/2008 - PRIMEIRO REPETITIVO JULGADO)

Além deste Primeiro Repetitivo, é Bastante Relevante Mencionar Precedente sobre Indenização em Razão da Segunda Guerra Mundial

ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, II; 515, § 3º; 165, 333 E 458, II, TODOS DO CPC, BEM COMO DOS ARTS. 93, IX, E 5º, LV, DA CF - "CAUSA MADURA" PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO - AUSÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - ACÓRDÃO QUE ENCAMPA, *IPSIS LITERIS*, O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE, NO CASO - NULIDADE DO ACÓRDÃO POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A CONFIGURAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO DE SANTA

CATARINA - PRESCRIÇÃO - DECRETO N. 20.910/32 - DISCUSSÃO SOBRE PRESCRIÇÃO DE PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - TORTURA DE CIDADÃO BRASILEIRO DE ASCENDÊNCIA ALEMÃ POR "POLICIAIS DA FARDA AMARELA" DURANTE A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, EM 1942 - RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS PERSEGUIÇÕES POLÍTICAS, PRISÕES, TORTURA, LOUCURA E SUICÍDIO DO CIDADÃO, EM DECORRÊNCIA DE TAIS ATOS - RECURSO ESPECIAL ADESIVO DOS PARTICULARES - PRETENSÃO DE VALORAÇÃO DO ARBITRAMENTO DOS DANOS MORAIS ACIMA DO ARBITRADO NA SEGUNDA INSTÂNCIA (R$ 500.000,00).

1. Não-existência de violação do art. 535, II, do CPC. Apesar de o acórdão embargado ter encampado o que registrou o parecer do Ministério Público Federal, exarado na segunda instância, frisou que esta era, na integralidade, a conclusão adotada.

2. Muito embora seja o parecer ministerial peça meramente informativa, pode levar o julgador a adotá-la como parâmetro, desde que o faça motivadamente. Na esteira de alguns precedentes do STJ, "não se constitui em nulidade o Relator do acórdão adotar as razões de decidir do parecer ministerial que, suficientemente motivado, analisa toda a tese defensiva." (HC 40.874/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18.4.2006, DJ 15.5.2006 p. 244.)

3. Alegada violação do art. 515, § 3º, do CPC. O caso dos autos amolda-se ao conceito de "causa madura" trazida pela doutrina e jurisprudência, uma vez que o Tribunal a quo, ao estabelecer que não eram as rés partes ilegítimas, adentrou desde logo no mérito da questão, pois toda a instrução probatória já se fazia presente nos autos, bem como assim lhe permitia o art. 515, § 3º, do CPC.

4. O art. 515, § 3º, do CPC deve ser lido à luz do disposto no art. 330, I, do mesmo diploma, que trata do julgamento imediato do mérito. Poderá o Tribunal (assim como o juiz de primeiro grau poderia) pronunciar-se desde logo sobre o mérito se as questões de mérito forem exclusivamente de direito ou, sendo de fato e de direito, não houver

necessidade de produção de novas provas. Entendimento doutrinário e jurisprudencial.

5. Questão federal relativa à prescrição da pretensão para a compensação por danos morais e materiais por violação de direitos da personalidade. Doutrina e jurisprudência. Alegação da União de que deve ser aplicado o lustro prescricional do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, pois a Lei n. 9.140/95 só se aplica aos fatos ocorridos entre 2.9.1961 a 5.10.1988, sendo que os fatos retratados nos autos ocorreram entre 1940-1943.

6. Danos morais. Imprescritibilidade. Tortura, racismo e outros vilipêndios à dignidade da pessoa humana. Possível, no caso, a aplicação da mais conhecida norma sobre a proteção aos direitos da personalidade, qual seja, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que também possibilita sua aplicação a fatos pretéritos, escrita com os bradados dos ideais democráticos e que nunca podem ser esquecidos.

7. Referida declaração é a referência brasileira mais próxima de condenação à tortura. Mas não é só ela que deve ser lembrada. Além do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, também incorporado ao nosso ordenamento jurídico, é preciso ainda levar em conta mais três importantíssimos documentos internacionais: (I) Declaração sobre a Proteção de todas as pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 9.12.1975; (II) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 10.12.1984, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil com o Decreto n. 40, de 15.2.1991; e (III) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 9.12.1985, da OEA, ratificada pelo Brasil com o Decreto n. 98.386, de 9.11.1989.

8. Além da tortura, ocorreu racismo, crime que a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLII, considera imprescritível. A Lei n. 7.716/85, com a redação dada pela Lei n. 9.459/97 (art. 20), tipifica o crime de racismo como "induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, etnia, religião ou procedência nacional".

9. Para reconhecer de vez a não-existência da prescrição da pretensão indenizatória, basta verificar que a então autora desta demanda, mãe dos ora recorrentes e esposa do Sr. Antônio Kliemann, viveu desde a época dos fatos (1942-1944) até 1985 (fim da Ditadura e abertura política para a democratização (Diretas Já!), período de completa supressão de direitos e garantias constitucionais, tendo sido reconhecido no acórdão recorrido que tinha receio naquela época de represálias do Governo Federal, bem como de ser deportada, máxime quando passou a viger o Ato Institucional n. 05, que possibilitava, inclusive, retirar do Poder Judiciário a apreciação de qualquer alegação de violação de direitos.

10. Pretensão para a compensação por danos morais em razão de acontecimentos que maculam tão vastamente os direitos da personalidade, como a tortura e a morte, é imprescritível.

11. Danos materiais. "Saliente-se, no entanto, quanto aos danos patrimoniais, que os efeitos meramente patrimoniais do direito devem sempre observar o lustro prescricional do Decreto n. 20.910/32, pois não faz sentido que o erário público fique sempre com a espada de Damocles sobre a cabeça e sujeito a indenizações ou pagamentos de qualquer outra espécie por prazo demasiadamente longo. Daí porque, quando se reconhece direito deste jaez, ressalva-se que quaisquer parcelas condenatórias referentes aos danos patrimoniais só deverão correr nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação" (REsp 475.625/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro Franciulli Netto, DJ 20.3.2006). No mesmo sentido: REsp 1.002.009/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ 21.2.2008.

12. Mesmo levando-se em conta o lustro anterior ao ajuizamento da ação, ou seja, o período compreendido entre 9.1.1996 e 9.1.2001, prescritas estão as pretensões dos efeitos patrimoniais da demanda, pois nada nesse período era devido, tendo em vista que a autora já tinha conhecimento dos fatos já no advento da Constituição Federal de 1988, como está assentado na instância ordinária, soberana na análise das provas. Assim, mesmo tomando-se como termo inicial a promulgação da Constituição Federal de 1988, prescrita já está a pretensão de reparação de danos materiais.

13. Acolhimento da prescrição da pretensão de reparação por danos materiais.

14. Recurso especial adesivo. Conhecimento. Possibilidade de o STJ "analisar o arbitramento da compensação por danos morais quando o valor fixado destoa daqueles estipulados em outros julgados recentes deste Tribunal, observadas as peculiaridades de cada litígio".

15. Acórdão recorrido que, diante de tão graves violações dos direitos da personalidade do marido da autora e da própria autora e filhos, fixou os danos morais em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

16. Análise de mais de dez casos recentes da jurisprudência do STJ com resultado morte, todos com valores inferiores a quinhentos mil reais, com condenações entre trezentos e quinhentos salários mínimos.

17. Razoabilidade do valor arbitrado no caso dos autos, bem acima dos precedentes do STJ, tendo em vista as gravíssimas e reiteradas violações dos direitos da personalidade do Sr. Antônio Kliemann, esposa e filhos.

Recurso especial da União parcialmente provido, para reconhecer a prescrição da parcela referente aos danos materiais.

Recurso especial adesivo dos particulares improvido.

(REsp 797.989/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 15/05/2008)

2.21. 2009 - Tema: Definição da Corte Especial sobre o Crime de Lavagem de Dinheiro. Exigência de Delito Anterior

PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONDUTAS DE OCULTAR OU DISSIMULAR. NECESSIDADE. CRIME DERIVADO, ACESSÓRIO OU PARASITÁRIO. EXIGÊNCIA DE DELITO ANTERIOR. PUNIÇÕES AUTÔNOMAS. EXISTÊNCIA DE CONCURSO DE CRIMES. CONFIGURAÇÃO DE CRIME ANTECEDENTE. DESNECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO. PRECEDENTES. JURISDIÇÃO PENAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO. EMPRÉSTIMO DE REGRESSO. DENÚNCIA RECEBIDA.

I - O mero proveito econômico do produto do crime não configura lavagem de dinheiro, que requer a prática das condutas de ocultar ou dissimular. Assim, não há que se falar em lavagem de dinheiro se, com o produto do crime, o agente se limita a depositar o dinheiro em conta de sua própria titularidade, paga contas ou consome os valores em viagens ou restaurantes.

II - No caso dos autos, entretanto, os valores foram alcançados ao suposto prestador de serviços de advocacia e, depois, foram simuladamente emprestados a empresas de titularidade de um dos denunciados. Sendo assim, a ocultação da origem reside exatamente na simulação do empréstimo, que não seria verdadeiro, porque, na verdade, o dinheiro já pertenceria, desde o início, ao denunciado, responsável pela venda da decisão judicial, com a colaboração do outro denunciado.

III - Não há que se falar em pós-fato impunível, mas em condutas autônomas, caracterizadoras de lavagem de dinheiro, por ter o agente alcançado as vantagens que perseguia com o cometimento do crime.

Isso porque, conforme entendimento doutrinário, a lavagem de dinheiro, assim como a receptação é, por definição um crime derivado, acessório ou parasitário, pressupõe a ocorrência de um delito anterior.

IV - É próprio da lavagem de dinheiro, como também da receptação (Código Penal, art. 180) e do favorecimento real (Código Penal, art. 349), que estejam consubstanciados em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma.

V - Conforme a opção do legislador brasileiro, pode o autor do crime antecedente, responder por lavagem de dinheiro, dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos e à autonomia deste delito.

VI - Induvidosa, na presente hipótese, a existência de crime antecedente, uma vez que os ora denunciados foram condenados, por este Superior Tribunal, pela prática do delito de corrupção passiva,

no julgamento da APN 224/SP. Caracterizada a ocorrência do crime antecedente (Lei 9.613/98, art. 1º, V), nomeadamente a corrupção passiva (Código Penal, art. 317, § 1º), bem como o recebimento de vantagem material daí decorrente.

VII - O fato de um dos ora denunciados não haver sido denunciado pelo crime antecedente é irrelevante para a responsabilização por lavagem de dinheiro. Conforme orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a participação no crime antecedente não é indispensável à adequação da conduta de quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente, de crime, ao tipo do art. 1º, da Lei 9.613/98. Precedentes.

VIII - A jurisdição penal não está vinculada a eventual resultado do processo administrativo fiscal, o que somente se dá no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, mas não na lavagem de dinheiro. Precedente.

IX - Tendo em vista o grau de abertura do tipo penal e as grandes variações na forma de execução, bem como o fato de não estar o conhecimento ainda consolidado, os organismos internacionais têm trabalhado com a identificação de tipologias, de formas comuns de ocorrência de lavagem de dinheiro.

X - Entre as tipologias comuns de lavagem uma é justamente a do chamado empréstimo de regresso ou retro-empréstimo, em que o dinheiro alegadamente emprestado já pertence ao tomador, havendo simulação de empréstimo por parte de empresa ou pessoa interposta para o lavador, dando aparência de licitude ao dinheiro que, desde o início, já lhe pertencia.

XI - Esse método, comumente referido na literatura sobre lavagem de dinheiro, apresenta diversas variantes, dentre as quais a entrega de determinado bem em garantia ou em dação de pagamento, como no caso dos autos, em que há indícios no sentido de que o empréstimo foi simulado, tendo servido a aquisição de imóvel apenas para dar a aparência de liquidação de um negócio jurídico destinado a tornar lícito o valor supostamente recebido a título de empréstimo.

XII - Com o investimento no empreendimento imobiliário e a conversão dos valores oriundos da vantagem indevida paga ao funcionário público em razão da prática de ato de ofício, fechou-se o ciclo da lavagem de dinheiro.

XIII - Para efeito de recebimento da denúncia, são suficientes os indícios coligidos nos presentes autos, aliados à inverossimilhança da justificativa dada por um dos denunciados.

XIV - Denúncia recebida.

(APn 458/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2009, DJe 18/12/2009)

2.22. 2010 - Tema: Internet e Responsabilidade de Provedores

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos

termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.193.764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011)

2.23. 2011 - Tema: Casamento Civil entre Homoafetivos

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO).

INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento,

o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas

do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

(REsp 1.183.378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012)

2.24. 2012 - Tema: Obsolescência Programada

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO E RECONVENÇÃO. JULGAMENTO REALIZADO POR UMA ÚNICA SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO EM PARTE. EXIGÊNCIA DE DUPLO PREPARO. LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO FORNECEDOR. VÍCIO DO PRODUTO. MANIFESTAÇÃO

FORA DO PRAZO DE GARANTIA. VÍCIO OCULTO RELATIVO À FABRICAÇÃO. CONSTATAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 26, § 3º, DO CDC.

(...) 3. No mérito da causa, cuida-se de ação de cobrança ajuizada por vendedor de máquina agrícola, pleiteando os custos com o reparo do produto vendido. O Tribunal a quo manteve a sentença de improcedência do pedido deduzido pelo ora recorrente, porquanto reconheceu sua responsabilidade pelo vício que inquinava o produto adquirido pelo recorrido, tendo sido comprovado que se tratava de defeito de fabricação e que era ele oculto. Com efeito, a conclusão a que chegou o acórdão, sobre se tratar de vício oculto de fabricação, não se desfaz sem a reapreciação do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ. Não fosse por isso, o ônus da prova quanto à natureza do vício era mesmo do ora recorrente, seja porque é autor da demanda (art. 333, inciso I, do CPC) seja porque se trata de relação de consumo, militando em benefício do consumidor eventual déficit em matéria probatória.

4. O prazo de decadência para a reclamação de defeitos surgidos no produto não se confunde com o prazo de garantia pela qualidade do produto - a qual pode ser convencional ou, em algumas situações, legal. O Código de Defesa do Consumidor não traz, exatamente, no art. 26, um prazo de garantia legal para o fornecedor responder pelos vícios do produto. Há apenas um prazo para que, tornando-se aparente o defeito, possa o consumidor reclamar a reparação, de modo que, se este realizar tal providência dentro do prazo legal de decadência, ainda é preciso saber se o fornecedor é ou não responsável pela reparação do vício.

5. Por óbvio, o fornecedor não está, ad aeternum, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Deve ser considerada para a aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia.

6. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então.

7. Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual.

Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual.

8. Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem.

9. Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação

(art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo. 10. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido.

(REsp 984.106/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 20/11/2012)

2.25. 2013 - Tema: Direito ao Esquecimento

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o

entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958.

Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem -, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor - condenado e já penalizado - deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima - por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera.

Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido.

(REsp 1.335.153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013)

2.26. 2014 - Tema: Campeonato Brasileiro de Futebol. Impossibilidade de dois Vencedores

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA. COISA JULGADA MATERIAL. PRESERVAÇÃO. RESOLUÇÃO DA CBF - CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE DESPORTOS ESTABELECENDO DOIS CAMPEÕES PARA O CAMPEONATO BRASILEIRO DE FUTEBOL PROFISSIONAL DE 1987 - DESOBEDIÊNCIA À COISA JULGADA MATERIAL DE AÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO - NULIDADE DA RESOLUÇÃO PROCLAMADA EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - JULGAMENTO CONFIRMADO.

1.- Diante da coisa julgada material, em processo judicial da Justiça Comum, declarando o clube Campeão Brasileiro de Futebol Profissional, inadmissível a revisão ulteriormente, muitos anos após, do resultado, por Resolução da entidade patrocinadora do Campeonato, no caso a Confederação Brasileira de Futebol, declarando dois campeões de aludido certame.

2.- Autoridade da coisa julgada material, que se produzem para o futuro, não podendo ser alterada por ato unilateral consistente na Resolução de uma das partes do processo.

3.- A provocação no sentido do respeito à coisa julgada material pode realizar-se por qualquer forma de manifestação nos autos, não se inviabilizando pelo fato da utilização do instrumento processual do cumprimento da sentença, visto que, a rigor, já tinha, a parte vencida, o dever de respeitar a coisa julgada.

4.- Respeito à coisa julgada, que se reveste de especial relevância como efeito pedagógico para toda a sociedade, como elemento essencial à ordem jurídica e componente do próprio Estado de Direito, especialmente em matéria de grande repercussão social, como a esportiva.

5.- Recurso Especial improvido, mantido o julgamento do Tribunal de origem.

(REsp 1.417.617/PE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 30/09/2014)

2.27. 2015 - Tema: Crime de Trânsito, Perigo Abstrato. Recurso Repetitivo no Âmbito Penal

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO DE ACORDO COM O ART. 543-C. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CRIME DE TRÂNSITO. ART. 310 DO CTB. BEM JURÍDICO. SEGURANÇA DO TRÂNSITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE LESÃO OU EXPOSIÇÃO A PERIGO DE DANO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Recurso especial processado de acordo com o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: **É de perigo abstrato o crime previsto no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, não é exigível, para o aperfeiçoamento do crime, a ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na conduta de quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança.**

2. Embora seja legítimo aspirar a um Direito Penal de mínima intervenção, não pode a dogmática penal descurar de seu objetivo de proteger bens jurídicos de reconhecido relevo, assim entendidos, na dicção de Claus Roxin, como "interesses humanos necessitados de proteção penal", qual a segurança do tráfego viário.

3. Não se pode, assim, esperar a concretização de danos, ou exigir a demonstração de riscos concretos, a terceiros, para a punição de condutas que, a priori, representam potencial produção de danos a pessoas indeterminadas, que trafeguem ou caminhem no espaço público.

4. Na dicção de autorizada doutrina, o art. 310 do CTB, mais do que tipificar uma conduta idônea a lesionar, estabelece um dever de garante ao possuidor do veículo automotor. Neste caso estabelece-se um dever de não permitir, confiar ou entregar a direção de um automóvel a determinadas pessoas, indicadas no tipo penal, com ou sem habilitação, com problemas psíquicos ou físicos, ou embriagadas,

ante o perigo geral que encerra a condução de um veículo nessas condições.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.485.830/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 29/05/2015)

2.28. 2016 - Tema: Dois Precedentes sobre a Operação Lava-Jato: A) Prisão Preventiva e Quebra de Acordo de Colaboração Premiada; B) Acesso ao Conteúdo de Mensagens Arquivadas no Aparelho Celular Apreendido. Licitude da Prova

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO "LAVA-JATO". PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. QUEBRA DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTOS VÁLIDOS A AMPARAR A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. RECURSO DESPROVIDO.

I - Não há óbice em se decretar a prisão preventiva no ensejo da prolação de sentença condenatória, quando presentes os requisitos legais. Possibilidade que ressai evidente do art. 387, par. 1º, do Código de Processo Penal.

II - A existência de dados concretos, relacionados ao comportamento pretérito do acusado, somado à sua disponibilidade de recursos financeiros, são hábeis a revelar que a sua colocação em liberdade implicaria em riscos para a aplicação da lei penal, por isso que viabilizada a prisão preventiva sob este fundamento, máxime se decretada na sentença condenatória.

III - A quebra das obrigações assumidas pelo acusado-colaborador, em si mesma, não faz despontar os requisitos da prisão preventiva, quando estes, em nenhum momento precedente, fizeram-se presentes, nos casos em que o acordo celebrou-se com réu que ostentava a condição de liberdade.

IV - Hipótese diversa, em que a celebração do acordo de colaboração premiada houve de ensejar a concessão da liberdade provisória a acusado que se encontrava preso, fundada numa inequívoca expectativa de que dar-se-ia escorreito o cumprimento do acordado.

V - No âmbito do acordo de colaboração premiada, conforme delineado pela legislação brasileira, não é lícita a inclusão de cláusulas concernentes às medidas cautelares de cunho pessoal, e, portanto, não é a partir dos termos do acordo que se cogitará da concessão ou não de liberdade provisória ao acusado que, ao celebrá-lo, encontre-se preso preventivamente. Segundo a dicção do art. 4º, da Lei 12.850/2013, a extensão do acordo de colaboração limita-se a aspectos relacionados com a imposição de pena futura, isto é, alude-se à matéria situada no campo do direito material, e não do processo.

VI - Nos casos em que a liberação do acusado derivou da expectativa fundada de que, com o acordo, haveria de prestar a colaboração a que se incumbiu, não se exclui, verificadas as particularidades da situação, possa-se restabelecer a segregação cautelar.

VII - Será de avaliar-se, em cada caso, a extensão do olvido com que se houve o colaborador, frente aos termos do acordo, porquanto não é apenas a circunstância de seu descumprimento que determinará a retomada da prisão preventiva, quando essa foi afastada à conta de sua celebração.

VIII - Nos casos em que a intensidade do descumprimento do acordo de colaboração mostrar-se relevante, a frustração da expectativa gerada com o comportamento tíbio do colaborador permite o revigoramento da segregação cautelar, mormente quando seu precedente afastamento deu-se pelo só fato da promessa homologada de colaboração.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 76.026/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 11/10/2016)

PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO "LAVA-JATO". MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. APREENSÃO DE APARELHOS DE TELEFONE CELULAR. LEI 9.296/96. OFENSA AO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA.

DECISÃO FUNDAMENTADA QUE NÃO SE SUBORDINA AOS DITAMES DA LEI 9296/96. ACESSO AO CONTEÚDO DE MENSAGENS ARQUIVADAS NO APARELHO. POSSIBILIDADE. LICITUDE DA PROVA. RECURSO DESPROVIDO.

I - A obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei 9.296/96.

II - O acesso ao conteúdo armazenado em telefone celular ou smartphone, quando determinada judicialmente a busca e apreensão destes aparelhos, não ofende o art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, porquanto o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos.

III - Não há nulidade quando a decisão que determina a busca e apreensão está suficientemente fundamentada, como ocorre na espécie.

IV - Na pressuposição da ordem de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal.

V - Hipótese em que, demais disso, a decisão judicial expressamente determinou o acesso aos dados armazenados nos aparelhos eventualmente apreendidos, robustecendo o alvitre quanto à licitude da prova.

Recurso desprovido.

(RHC 75.800/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016)

2.29. 2017 - Tema: Cirurgia de Transgenitalização – Transexual

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO.

PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.

1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público.

2. Nessa perspectiva, observada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, admite-se a mudança do nome ensejador de situação vexatória ou degradação social ao indivíduo, como ocorre com aqueles cujos prenomes são notoriamente enquadrados como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino, mas que possuem aparência física e fenótipo comportamental em total desconformidade com o disposto no ato registral.

3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas.

4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade.

5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - *ratio essendi* do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - deve ser compatibilizada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional.

6. Nessa compreensão, o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil (REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009).

7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças.

8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais).

9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral).

10. Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização,

para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico.

11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a *ratio essendi* dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade.

12. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito.

13. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora.

(REsp 1.626.739/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017)

2.30. 2018 - Tema: Rompimento de Vínculo entre o Nome e o Resultado de Busca na Internet – Desindexação

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO

ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados.

2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre convencimento do Juízo.

3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes.

4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. Documento: 83459361 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 05/06/2018 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça

6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido.

7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial.

8. O arbitramento de multa diária deve ser revisto sempre que seu valor inicial configure manifesta desproporção, por ser irrisório ou excessivo, como é o caso dos autos.

9. Recursos especiais parcialmente providos

(RECURSO ESPECIAL N. 1.660.168 – RJ, RELATOR PARA O ACÓRDÃO O MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Julgado em 08 de maio de 2018).

Neste ano de 2018, é também relevante mencionar a implementação da redução do foro privilegiado para Governadores, consoante precedente que segue:

2018 - Tema: Foro Prerrogativa de Função – Restrição – Governador de Estado

PROCESSUAL PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS. COMPETÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANALISAR SUA PRÓPRIA COMPETÊNCIA. REGRA DA KOMPETENZ-KOMPETENZ. LIMITAÇÃO DO FORO POR

PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 105, I, "A" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO REPUBLICANO. GOVERNADOR DE ESTADO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA APENAS AOS CASOS DE DELITOS PRATICADOS EM RAZÃO E NO EXERCÍCIO DO CARGO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SIMÉTRICA DO ART. 102, I, "B" E "C", EM RELAÇÃO AO ART. 105, I, "A", CF. ALINHAMENTO AO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO EXCELSO PRETÓRIO. MESMA RATIO DECIDENDI. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO (ONDE EXISTE A MESMA RAZÃO FUNDAMENTAL, PREVALECE A MESMA REGRA DE DIREITO). AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O fato de a regra de competência estar prevista em texto constitucional não pode representar óbice à análise, por esta Corte de Justiça, de sua própria competência, sob pena de se inviabilizar, nos casos como o dos autos, o exercício deste poder-dever básico de todo órgão julgador, impedindo o imprescindível exame deste importante pressuposto de admissibilidade do provimento jurisdicional.

2. Todo e qualquer magistrado deve aplicar o direito, de acordo com a incidência das normas jurídicas, sempre tendo em conta as regras e os princípios previstos na Constituição da República, sem o que restaria inviabilizada a própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

3. O foro especial no âmbito penal é prerrogativa destinada a assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções de especial importância, isto é, não se trata de privilégio pessoal. O princípio republicano é condição essencial de existência do Estado de Direito, razão pela qual o republicanismo caminha, pari passu, com a supressão dos privilégios, devendo ser afastadas da interpretação constitucional os princípios e regras contrários ao elemento axiológico da igualdade.

4. O art. 105, I, "a", CF consubstancia exceção à regra geral de competência, de modo que, partindo-se do pressuposto de que a Constituição é una, sem regras contraditórias, deve ser realizada a interpretação restritiva das exceções, com base na análise sistemática e teleológica da norma.

5. Desse modo, ao art. 105, I, "a", da Constituição Federal, deve ser conferida interpretação de forma a atender o princípio republicano, do qual é corolário a vedação de privilégios de qualquer espécie, com ênfase na interpretação restritiva das exceções, segundo a qual o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

6. Somente com uma interpretação simétrica dos arts. 102, I, "b" e "c" e 105, I, "a", da Lei Fundamental, conferindo a mesma solução jurídica a casos análogos, será possível afirmar que esta Corte Superior proferiu decisão consistente e aceitável racionalmente, duas condições indispensáveis à tarefa de julgar, para que se realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito.

7. As mesmas razões fundamentais - a mesma *ratio decidendi* - que levaram o Excelso Pretório, ao interpretar o art. 102, I, "b" e "c", da CF, a restringir as hipóteses de foro por prerrogativa de função são, todas elas, aplicáveis ao caso em apreço, justificando, dessa forma, que seja atribuído ao art. 105, I, "a", da Lei Fundamental, interpretação simétrica àquela conferia pelo Supremo Tribunal Federal às suas competências originárias.

8. Assim, é de se conferir ao enunciado normativo do art. 105, I, "a", da CF, o mesmo sentido e alcance atribuído pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 102, I, "b" e "c", restringindo-se, desse modo, as hipóteses de foro por prerrogativa de função perante o STJ àquelas em que o crime for praticado em razão e durante o exercício do cargo ou função - no caso concreto, o de Governador de Estado -, porquanto "onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito".

9. Destarte, reconhecida a incompetência do Superior Tribunal de Justiça, determina-se a remessa dos autos a uma das Varas Criminais da Capital do Estado da Paraíba, e posterior prosseguimento da presente ação penal perante o juízo competente.

10. Agravos regimentais a que se nega provimento.

(AgRg na APn 866/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/06/2018, DJe 03/08/2018)

3. CONCLUSÃO

A escolha dos precedentes mencionados levou em conta sua relevância jurídica e impacto social, mas na verdade simbolizam a capacidade de mudar para melhor o mundo que está a nossa volta. O objetivo é realçar a importância deste grande Tribunal – o STJ -, que vem se consolidando como o *Tribunal da Cidadania*.

Breves Considerações sobre o Anteprojeto de Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: A proposta da Comissão de Juristas Nomeada pela Câmara dos Deputados

Mauro Campbell Marques
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ANTEPROJETO DE REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A PROPOSTA DA COMISSÃO DE JURISTAS NOMEADA PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Ministro Mauro Luiz Campbell Marques[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. As propostas do anteprojeto de reforma da Lei de Improbidade Administrativa; 2.1. As inovações propostas nas Disposições Gerais e Finais; 2.2. Os Atos de Improbidade Administrativa; 2.3. A indisponibilidade de bens no âmbito da LIA; 2.4. As sanções decorrentes do ato ímprobo; 2.5. Aspectos processuais da LIA; 2.6. A possibilidade de acordo na ação de improbidade administrativa; 2.7. As disposições penais da Lei n. 8.429/1992; 2.8. Prescrição e improbidade administrativa; 3. Notas conclusivas; 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992), ao disciplinar o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade administrativa.

---

[1] Ministro do STJ, integrante da Corte Especial, Primeira Seção e Segunda Turma, Diretor da Revista do STJ (biênio 2018/2020), Presidente da Comissão de Juristas nomeada pela Presidência da Câmara dos Deputados para elaboração de anteprojeto de reforma da Lei de Improbidade Administrativa.

Atualmente, a norma sancionadora (LIA) é reconhecida pela comunidade jurídica como um dos mais eficazes instrumentos de que dispõe o sistema jurídico brasileiro de combate à corrupção e aos atos praticados contra a probidade administrativa.

Entretanto, após mais de vinte e seis (26) anos de vigência, é importante analisar, criticamente, os avanços e as perspectivas da norma sancionadora.

Com efeito, é inegável o reconhecimento de que muitas conquistas foram alcançadas em defesa da probidade administrativa, na proteção do patrimônio público e no aperfeiçoamento da conduta dos agentes públicos e políticos. Tal patamar foi alcançado, entre outros fatores, em razão de intensa atividade do Superior Tribunal de Justiça na interpretação jurisprudencial da norma federal.

Por outro lado, é notória a necessidade de atualização dos institutos jurídicos contidos na Lei n. 8.429/1992, bem como a sua necessária compatibilização com outras normas atuais, especialmente ao Código de Processo Civil de 2015, Lei Anticorrupção, (Lei n. 12.846/2013), Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, recentemente alterada pela Lei n. 13.655/2018, dentre outras. Foram também levados em conta os instrumentos internacionais que tratam do combate à corrupção dos quais o Brasil é signatário, especialmente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Nesse contexto, por ato do seu Presidente, o Deputado Federal Rodrigo Maia, a Câmara dos Deputados instituiu Comissão de Juristas com o objetivo de apresentar proposta de atualização da Lei de Improbidade Administrativa (Diário da Câmara dos Deputados – suplemento, 23 de fevereiro de 2018).

Extremamente honrado, recebi o convite para presidir a qualificada comissão[2], composta por membros da Magistratura Federal e Estadual, do Ministério Público Brasileiro, Advogados e Especialistas no

[2] Membros da Comissão de Juristas indicados pela Presidência da Câmara dos Deputados: Cassio Scarpinella Bueno; Emerson Garcia; Fabiano da Rosa Tesolin; Fábio Bastos Stica; Guilherme de Souza Nucci; Marçal Justen Filho; Mauro Roberto Gomes de Mattos; Ney Bello; Rodrigo Mudrovitsch; Sérgio Cruz Arenhart.

tema. A Comissão de Juristas, além da notória maturidade e qualificação profissional, foi formada por especialistas em diversas áreas do direito (processual civil, penal, constitucional, administrativo sancionador, entre outras) o que permitiu uma necessária análise interdisciplinar da Lei de Improbidade Administrativa, caracterizada como uma lei de múltiplos prismas.

No início das atividades, foram estabelecidas as principais premissas no trabalho de atualização da norma, visando incorporar no texto legal os avanços trazidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na interpretação da atual Lei n. 8.429/1992. Foram também sugeridas propostas inovadoras de modernos institutos jurídicos que previnam e combatam atos ímprobos em consonância com as leis vigentes em nosso país.

A Comissão de Juristas, além de reuniões presenciais e virtuais realizadas entre seus membros, recebeu propostas de diversas entidades representativas da Magistratura Nacional, Ministério Público Brasileiro, da Advocacia Pública e da Advocacia Nacional. Por fim, também foi realizada audiência pública na Câmara dos Deputados com vistas a ampliar o debate sobre as propostas de atualização legislativas.

Do ponto de vista formal, a estrutura atual da Lei n. 8.429/1992, em respeito ao legado estabelecido pela lei sancionadora na jurisprudência dos tribunais brasileiros, doutrina especializada e operadores do direito especialistas no tema. Entretanto, a norma sancionadora foi revisada em sua integralidade, proporcionando um conjunto abrangente de propostas em todos os capítulos da norma.

Assim, o objetivo do presente ensaio é destacar, ainda que sinteticamente, algumas das principais modificações sugeridas pela Comissão de Juristas no anteprojeto de lei para a atualização da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), as quais estão consolidadas no Projeto de Lei (PL) n. 10.887/2018[3] em tramitação na Câmara dos Deputados.

---

[3] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458 (acesso em 1º/3/2019)

2. AS PROPOSTAS DO ANTEPROJETO DE REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. As Inovações Propostas nas Disposições Gerais e Finais

O anteprojeto apresentou propostas específicas nos capítulos das Disposições Gerais (Capítulo I) e Disposições Finais (Capítulo VIII) da Lei de Improbidade Administrativa.

A primeira proposta apresentada incorpora ao texto da norma (art. 2º do PL[4]) orientação pacífica do STJ[5] e do STF[6] no sentido da aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos. A submissão dos agentes políticos aos termos da norma sancionadora, de maneira expressa, se mostra necessária diante do constante questionamento quanto à existência de duplo regime de responsabilidade dos agentes políticos (Lei n. 1.079/1950 e DL n. 201/1967), que afastaria a aplicação da Lei n. 8.429/1992, tese amplamente rejeitada pelo STJ.

A redação atual do artigo 8º da LIA também foi objeto de proposta de reforma, pois o STJ, ao interpretar o referido dispositivo legal,

---

[4] Art. 2º. Sujeitam-se às disposições desta lei o agente político e o público, assim considerados, para os efeitos desta lei, como todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

[5] A jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010).
Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.
(Excertos da ementa da AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 28/09/2011)

[6] AC 3.585 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014.

afirma que "a multa civil é transmissível aos herdeiros, 'até o limite do valor da herança', somente quando houver violação aos arts. 9º e 10 da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11"[7].

Assim, em razão da literalidade do art. 8º da LIA, somente as condenações pelos atos de improbidade administrativa que gerem enriquecimento ilícito e lesão ao erário (arts. 9º e 10 da LIA) permitem a aplicação do referido dispositivo, excluindo, sem justificativa, as condenações por ato que viole princípios da administração pública (art. 11 da LIA) cominadas com sanções de ressarcimento ao erário e multa civil.

A Comissão de Juristas sugere nova redação ao dispositivo[8] (art. 8º), a fim de estabelecer que os efeitos do ressarcimento ao erário e da multa civil devem ser transmitidos aos herdeiros do autor de qualquer ato ímprobo, observado o limite do valor da herança.

Em importante novidade, o anteprojeto também estabeleceu a responsabilidade sucessória da pessoa jurídica das sanções patrimoniais da improbidade administrativa (art. 8º-A[9] do PL).

Nas Disposições Finais da LIA, foi incluído dispositivo (art. 23-A, §§ 1º e 2º[10] do PL) que contempla a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro

---

[7] Excerto da ementa do REsp 951.389/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 4.5.2011.

[8] Art. 8º. Os efeitos do ressarcimento e da multa civil por ato de improbidade serão transmitidos aos herdeiros, até o limite do valor da herança.

[9] Art. 8º-A. No caso de pessoa jurídica, a responsabilidade sucessória de que trata o artigo anterior se estende também ao valor da multa civil.

[10] Art. 23-A. A presente lei estabelece mecanismos de prevenção, repressão e educação destinadas a todos aqueles que, diretamente ou indiretamente, atuem no exercício da função pública.
§ 1º Além dos princípios estabelecidos na Constituição, todos aqueles que atuem no exercício da função pública devem guardar respeito aos princípios da transparência, integridade e responsabilidade na prestação de contas.
§ 2º É dever do Poder Público oferecer contínua capacitação aos agentes públicos e políticos que atuem com prevenção ou repressão de atos de improbidade administrativa.
..... (NR)

de 2003, a qual foi inserida na ordem jurídica interna pelo Decreto n. 5.687/2006.

O art. 3º do Texto Convencional impõe a necessidade de adoção de medidas relacionadas não somente à repressão dos atos de corrupção, mas também visando a prevenir a prática de tais condutas. Tais medidas foram previstas, por sua vez, no Capítulo II do Texto Convencional. A Lei de Improbidade Administrativa é um dos instrumentos legais internos que visa dar cumprimento à Convenção, pois os atos de corrupção, além da persecução penal, são também passíveis de subsunção ao regramento normativo.

Por outro lado, a própria Convenção estabelece que as medidas para prevenir e reprimir tais condutas não se restringem a aspectos criminais da aplicação da lei. A proposta visou aliar o ordenamento jurídico interno às melhores práticas internacionais, bem como ao ordenamento jurídico convencional.

Os princípios da integridade, transparência e responsabilidade estão expressamente previstos no art. 5º, 1, do Texto Convencional, sendo a base para a adoção de políticas e práticas de prevenção da corrupção. Esses postulados devem nortear toda a atuação dos agentes públicos no manejo da coisa pública, sendo, portanto, compatíveis com os ditames da Constituição Federal.

2.2. Os Atos de Improbidade Administrativa

A estrutura dos tipos de atos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/1992 foi mantida no anteprojeto, especificamente os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário (art. 10) e atentem contra os princípios da administração pública (art. 11).

A manutenção do art. 10-A como tipo autônomo na LIA (introduzido pela LC n. 157/2016), foi considerada desnecessária, sendo proposta a sua revogação e a incorporação do seu conteúdo ao inciso XXI[11] do art. 10 do PL.

---

[11] XXI - conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003.

A Comissão de Juristas também optou por manter a técnica normativa prevista na lei vigente em relação aos atos ímprobos, por meio de tipos abertos e o rol exemplificativo de condutas configuradoras de improbidade administrativa.

A modalidade culposa do ato de improbidade administrativa lesivo ao erário, previsto no art. 10 na redação atual da LIA, foi suprimida na proposta de reforma. Tal opção partiu da premissa, conforme exposto na justificativa do projeto, de que não seria "dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia", bem como explicitou que "evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento".

Em síntese, atos ilícitos culposos praticados por agentes públicos e políticos devem ser apurados e punidos, mas não na esfera da Lei n. 8.429/1992, a qual deve ser aplicada apenas aos atos ímprobos dolosos.

O STJ consolidou a orientação que nem todo ato ilícito configura, em regra, improbidade administrativa, pois também é exigido a tipificação e a qualificação da conduta pela presença do elemento subjetivo do ato praticado pelo agente[12]. O anteprojeto incorporou a premissa ao estabelecer que a mera ilegalidade, sem a presença de elemento volitivo que a qualifique, não configura ato de improbidade administrativa (§ 1º[13] do art. 18).

---

[12] "A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/9/2011).
(Excerto da ementa do AgInt no REsp 1.305.859/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 14/06/2017)

[13] § 1º A ilegalidade, sem a presença de elemento subjetivo que a qualifique, não configura ato de improbidade.

Por outro lado, o anteprojeto estabeleceu que não configura ato ímprobo a ação ou omissão decorrente da interpretação razoável de lei, regulamento e contrato[14] (§ 1º do art. 11).

Outra importante novidade na proposta de reforma foi a configuração de ato de improbidade administrativa, previsto no atual art. 11 da LIA, praticado por agente público diretamente contra particular (§ 2º[15] do art. 11 do PL).

A jurisprudência do STJ, embora não previsto originariamente na Lei n. 8.429/1992, tem entendido serem atos de improbidade administrativa assédio moral[16], assédio sexual[17], e tortura[18], praticados por

---

[14] § 1º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de interpretação razoável de lei, regulamento ou contrato.

[15] § 2º A violação aos princípios da administração pública também se configura quando a conduta do agente for orientada especificamente a acarretar dano antijurídico, patrimonial ou não patrimonial, ao particular.

[16] O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ. Não se enquadra como ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico).
O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho - sarcasmo, crítica, zombaria e trote - é campanha de terror psicológico pela rejeição. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.
A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida. Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese.
(Excertos da ementa do REsp 1.286.466/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 18/09/2013)

[17] É firme a orientação no sentido da imprescindibilidade de dolo nos atos de improbidade administrativa por violação a princípio, conforme previstos no caput do art. 11 da Lei n. 8.429/1992 - o que foi claramente demonstrado no caso dos autos, porquanto o professor atuou com dolo no sentido de assediar suas alunas e obter vantagem indevida em função do cargo que ocupava, o que subverte os valores fundamentais da sociedade e corrói sua estrutura.
(Excerto da ementa do REsp 1.255.120/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013)

[18] Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados - incluindo tortura, prisão ilegal e "justiciamento" -, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a

agentes públicos e políticos contra particulares.

Por fim, destaco as mudanças sugeridas quanto à configuração de ato ímprobo nas hipóteses de ilegalidades ocorridas em processo licitatório.

Na proposta, foi levado em consideração que os referidos atos podem causar efetivo prejuízo ao erário, como por exemplo nos casos de superfaturamento de preços. Todavia, nem sempre atos ímprobos praticados em licitações geram efetivo prejuízo financeiro, tais como, por exemplo, nos casos de direcionamento, mas violam princípios da administração pública e configuram ato de improbidade administrativa. Importante também ressaltar que o anteprojeto propôs não ser possível presumir dano para efeito de configuração de ato lesivo ao erário.

Assim, os ilícitos qualificados praticados no âmbito de processo licitatório podem configurar atos de improbidade administrativa, com prejuízo efetivo ao erário (inciso VIII[19] do artigo 10) ou independentemente de dano (inciso XI[20] do artigo 11), ambos do PL.

2.3. A Indisponibilidade de Bens no Âmbito da LIA

O instituto relacionado à indisponibilidade de bens configura tema de grande importância para a efetividade da Lei de Improbidade

pessoa-vítima, alcança simultaneamente interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido: REsp 1.081.743/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2015, acórdão ainda não publicado. Recurso Especial conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja recebida a petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa. (Excerto da ementa do REsp 1.177.910/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 17/02/2016)

[19] Art. 10 (...)
VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;

[20] Art. 11 (...)
XI - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, independentemente da ocorrência de dano.

Administrativa. O texto da lei vigente basicamente não especifica as hipóteses em que a medida é cabível, nem quais seriam seus limites.

O anteprojeto (art. 16 e parágrafos do PL) buscou incorporar interpretação do Tribunal da Cidadania sobre o tema, o qual foi objeto de ampla construção jurisprudencial do STJ.

Em tal perspectiva, o *caput*[21] do art. 16 do PL prevê que o pedido de indisponibilidade de bens poderá ser formulado em caráter antecedente ou incidente, com o objetivo de assegurar a recomposição integral do erário e as demais sanções de natureza patrimonial impostas em razão da prática do ato ímprobo[22].

A redação sugerida do dispositivo também esclarece que a constrição patrimonial pode ser imposta em face de qualquer ato de improbidade administrativa, nos termos da orientação já acolhida pelo STJ[23].

O pedido de indisponibilidade de bens (§ 2º[24] do art. 16 do PL) será concedido independentemente da demonstração de perigo de dano

---

[21] Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário e a aplicação de outras sanções de natureza patrimonial.

[22] A indisponibilidade dos bens deve recair sobre o patrimônio dos réus de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma que venha a ser aplicada.
(Excerto da ementa do AgRg no REsp 1.414.569/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014)

[23] (...) "em que pese o silêncio do art. 7º da Lei n. 8.429/92, uma interpretação sistemática que leva em consideração o poder geral de cautela do magistrado induz a concluir que a medida cautelar de indisponibilidade dos bens também pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92" (AgRg no REsp 1.311.013/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/12/2012, DJe 13/12/2012.). Medida cautelar improcedente. Pedido de reconsideração prejudicado.
(Excerto da ementa da MC 24.205/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

[24] § 2º O pedido de indisponibilidade será concedido independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da presença de efetivos indícios, que indiquem a probabilidade da ocorrência dos atos de improbidade descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em cinco dias.

Entretanto, a medida pode ser decretada sem a referida oitiva do réu, sempre que o prévio contraditório contido no parágrafo anterior possa frustrar a efetividade da constrição patrimonial ou outros elementos que justifiquem o deferimento liminar (§ 3º[25] do art. 16 do PL).

Assim, não é necessária a comprovação de dilapidação do patrimônio do acusado pelo ato de improbidade administrativa para a configuração do risco de dano jurídico irreparável, o qual é presumido[26] pela norma, inclusive incorporando os termos da tese fixada em recurso repetitivo pelo STJ[27].

A determinação de indisponibilidade de bens poderá recair sobre os bens adquiridos a qualquer tempo, a fim de garantir os efeitos patrimoniais do ato de improbidade administrativa (§ 4º[28] do art. 16 do PL), encampando entendimento pacífico do STJ sobre o tema[29].

---

[25] § 3º A medida pode ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio possa frustrar a efetividade da medida ou que haja outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar.

[26] A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, de acordo com o disposto no art. 7º da Lei 8.429/1992, a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição Precedente: REsp 1.319.515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012.
(Excerto da ementa do AgRg nos EREsp 1.315.092/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 07/06/2013)

[27] REsp 1.366.721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014.

[28] § 4º A constrição deverá recair sobre bens que sejam suficientes para a garantia do ressarcimento ao erário dos prejuízos patrimoniais alegados e da multa civil, independentemente da época de sua aquisição.

[29] Nas "demandas por improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo

O valor do pedido de indisponibilidade de bens formulado na ação de improbidade administrativa deve considerar a estimativa do dano que deve ser indicada pelo autor no pedido antecedente ou na exordial acusatória, o qual pode ser readequado durante a tramitação do processo. A constrição patrimonial poderá ser substituída, a requerimento do réu, por caução idônea, fiança bancária ou seguro-garantia judicial (§ 5º[30] do art. 16 do PL).

O dispositivo orienta que a indisponibilidade de bens não pode recair indiscriminadamente sobre patrimônio total do acusado, salvo se necessário à garantia do ressarcimento, bem como explicitar a possibilidade da revisão da constrição, para mais ou para menos do parâmetro inicial, conforme a evolução da instrução probatória. Inova, ainda, ao permitir a substituição, mediante pedido do acusado, de meios menos gravosos que garantam o resultado final de eventual sentença condenatória.

A indisponibilidade de bens poderá incidir sobre bem de família, em caso de ausência de outros bens disponíveis em montante suficiente à garantia pretendida, competindo ao requerido a demonstração dessa suficiência (§ 6º[31] do art. 16 do PL).

Tal previsão de reforma, além de incorporar entendimento do STJ sobre o tema[32-33], objetiva explicitar o cabimento de indisponibilidade

---

recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família".
(Excerto da ementa do REsp 1.461.882/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)

[30] § 5º O valor da indisponibilidade levará em conta a estimativa de dano indicada na petição inicial, permitindo-se a sua substituição por caução idônea, fiança bancária ou seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, bem como a sua readequação durante a instrução do processo.

[31] § 6º A constrição patrimonial poderá incidir sobre bem de família, sempre que ausentes outros bens disponíveis em montante suficiente à garantia pretendida, competindo ao requerido a demonstração dessa suficiência.

[32] A jurisprudência desta Corte já reconheceu a possibilidade de a decretação de indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa recair sobre bens de família.
(Excerto da ementa do AgRg no REsp 1.483.040/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 21/09/2015)

[33] O caráter de bem de família de imóvel não tem a força de obstar a determinação de sua indisponibilidade nos autos de ação civil pública, pois tal medida não implica em expropriação do bem.

sobre bem de família no âmbito da ação de improbidade administrativa. A fim de proporcionar segurança jurídica, o art. 2º[34] do PL sugeriu a inclusão de novo inciso na Lei n. 8.009/1990, a fim de estabelecer dispositivo expresso para os casos de improbidade administrativa.

Aponto também que o § 7º[35] do art. 16 do PL previu a indisponibilidade de bens de terceiro, a qual está condicionada a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O § 8º[36] do art. 16 do PL permite incluir no pedido a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo investigado no exterior[37], nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Por fim, para compatibilizar o texto legal com o CPC/2015, houve previsão expressa de aplicação de institutos do novo ordenamento

(Excerto da ementa do REsp 1.204.794/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013)

[34] Art. 2º. O art. 3º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VIII:
"Art. 3º. .....
VIII – por ter sido adquirido com produto de ato ímprobo ou para o cumprimento de decisão que determine o ressarcimento, a indenização ou o perdimento de bens em razão de improbidade." (NR)

[35] § 7º A indisponibilidade de bens de terceiro depende da instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processada na forma da lei processual.

[36] § 8º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

[37] A jurisprudência desta Corte é pela possibilidade de bloqueio de bens, aplicações financeiras e contas bancárias, ressalvadas as verbas de caráter alimentar, previstas no art. 649, IV, do CPC, tanto que o artigo 16, § 2º, da Lei n. 8.429/1992 autoriza igual medida para contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.
(Excerto da ementa do AgRg no AREsp 436.929/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 31/10/2014)

processual vigente – CPC/2015 (§§ 9º[38], 10[39] e 11[40] do artigo 16 do PL) às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.

2.4. As Sanções Decorrentes do Ato Ímprobo

O capítulo relacionado às sanções previstas na Lei n. 8.429/1992 apresentou significativas proposições no anteprojeto.

O *caput*[41] do artigo 12 do PL explicitou questão de extrema importância para o combate aos atos de improbidade administrativa. O ressarcimento integral do dano patrimonial decorrente do ato ímprobo não configura propriamente uma sanção, mas apenas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo.

Assim, nos termos do § 5º[42] do art. 12 do PL, configurado o dano ao erário, o ressarcimento será sempre obrigatório e não poderá ser imposto de maneira isolada. Ou seja, a condenação ao ressarcimento integral do dano será cumulada com o pedido de aplicação de uma ou mais sanções previstas na LIA, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ[43].

---

[38] § 9º Aplica-se à indisponibilidade prevista neste artigo, quando requerida de forma antecedente, o previsto nos arts. 305 e 308 a 310, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015

[39] § 10. Aplica-se à indisponibilidade de bens, regida por esta lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

[40] § 11. Da decisão que defere ou indefere a medida de indisponibilidade cabe agravo de instrumento, nos termos da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

[41] Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se for o caso, da condenação pelos danos não patrimoniais, se houver, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

[42] § 5º A condenação ao ressarcimento integral do dano será cumulada com o pedido de aplicação de uma ou mais sanções previstas nesta lei.

[43] A jurisprudência do STJ fixou a compreensão de que o ressarcimento ao Erário não possui natureza de sanção, mas de cominação puramente reparadora dos danos causados ao Erário. A propósito: REsp 1.185.114/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.10.2010; REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27.4.2011; REsp 977.093/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25.8.2009; REsp 1.019.555/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 29.6.2009; REsp 664.440/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.5.2006.

A proposta também admite o reconhecimento de dano moral coletivo decorrente de ato de improbidade administrativa, tema atualmente controvertido na jurisprudência do STJ (1ª Turma[44]/2ª Turma[45]).

Os parâmetros mínimos e máximos das penas de suspensão dos direitos políticos, da proibição da contratação com o Poder Público e do recebimento de incentivos fiscais, previstos nos incisos[46] do art. 12 do PL,

(Excerto da ementa do AgRg no REsp 1.366.208/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 07/10/2016)

[44] Do eventual dano decorrente de ato de improbidade administrativa não decorre dano coletivo previsto no art. 81 da Lei n. 8.078/1990.
(Excerto da ementa do AgRg no AREsp 478.386/DF, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 22/08/2017)

[45] "Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal." A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa. (Excerto da ementa do REsp 960.926/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 01/04/2008)

[46] I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de quatro a doze anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de quatro a doze anos;

II - na hipótese do art. 10, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, e perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de quatro a dez anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de quatro a dez anos;

III - na hipótese do art. 11, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de quatro a seis anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público ou político e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de quatro a seis anos.

foram objeto de proposta de alteração, a fim de permitir ao magistrado, no momento da imposição das penas, maior amplitude para a fixação conforme a gravidade do caso concreto.

O § 1º[47] do art. 12 do PL autoriza a conversão da pena de perda da função pública em cassação da aposentadoria, tema ainda controvertido no âmbito do STJ (1ª Turma[48]/2ª Turma[49]). O mesmo dispositivo também ressalva a possibilidade de utilização das contribuições previdenciárias já recolhidas no regime próprio de previdência para eventual migração ao regime geral de previdência, a fim de evitar enriquecimento ilícito do Estado.

A jurisprudência do STJ diverge sobre a interpretação dos limites da sanção de perda do cargo público, especificamente sobre qual cargo a referida sanção deve incidir para o condenado na ação de improbidade

---

[47] § 1º A imposição da pena de perda da função pública pode ser convertida em cassação da aposentadoria do agente público ou político, ressalvada a possibilidade de utilização das contribuições previdenciárias para eventual migração ao regime geral de previdência.

[48] "O art. 12 da Lei 8.429/92, quando cuida das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem atos de improbidade administrativa, não contempla a cassação de aposentadoria, mas tão só a perda da função pública. As normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva" (REsp 1.564.682/RO, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, DJe 14/12/2015).
(Excerto da ementa do AgInt no REsp 1.643.337/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

[49] A ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei de Improbidade Administrativa não constitui óbice à sua aplicação na hipótese de servidor aposentado, condenado judicialmente pela prática de atos de improbidade administrativa. Trata-se de consequência lógica da condenação à perda da função pública, pela conduta ímproba, infligir a cassação da aposentadoria ao servidor aposentado no curso da Ação de Improbidade.
(Excerto da ementa do AgRg no AREsp 826.114/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 25/05/2016)

administrativa (1ª Turma[50]/2ª Turma[51]): se é o cargo ocupado ao momento da prática do ato ímprobo ou aquele que é ocupado pelo agente público no momento da sanção.

O § 2º[52] do art. 12 do PL propõe que a pena de perda do cargo público atinge todo e qualquer vínculo do agente público e político com o Poder Público.

O § 3º[53] do art. 12 do PL prevê, de maneira inovadora, que a imposição da sanção de perda da função ou do cargo público implicará a inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de cinco anos, sem prejuízo, quando for o caso, dos efeitos da suspensão dos direitos políticos.

---

[50] A sanção da perda do cargo público prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não está relacionada ao cargo ocupado pelo agente ímprobo ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim àquele (cargo) que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.
(Excerto da ementa do AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 28/03/2017)
(Informações adicionais AgRg no AREsp 369.518/SP (VOTO VENCIDO) (MIN. SÉRGIO KUKINA) - "[...] nada obstante a existência de posicionamentos em sentido contrário, o que se constata nos domínios da doutrina especializada é a prevalente percepção de que a sanção de perda da função pública atinge também os cargos ocupados por ocasião do trânsito em julgado do provimento condenatório".

[51] A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.
A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível.
(Excertos da ementa do REsp 1.297.021/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013)

[52] § 2º A sanção de perda do cargo público atinge todo e qualquer vínculo do agente público ou político com o Poder Público.

[53] § 3º A perda da função ou do cargo público implicará a inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de cinco anos, sem prejuízo, quando for o caso, dos efeitos da suspensão dos direitos políticos.

O § 4º[54] do art. 12 do PL autoriza que a multa civil possa ser aumentada até o triplo, caso o magistrado considere que, em razão da situação econômica do réu, o valor seja ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade.

O § 6º[55] do art. 12 do PL propõe que a pena de proibição de contratação com o Poder Público pode, devidamente justificada, ser limitada territorialmente, o que incorpora entendimento do STJ sobre o tema[56]-[57].

Por sua vez, o § 7º[58] do art. 12 do PL reconhece a possibilidade de atos ímprobos que gerem menor ofensa aos bens jurídicos tutelados pela norma.

Conforme exposto na justificativa do projeto de reforma,

> "(...) existem atos administrativos que são meramente irregulares, jamais atos de improbidade administrativa, e entre aqueles ilícitos

---

[54] § 4º A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I e II é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade.

[55] § 6º A pena de proibição de contratação com o Poder Público pode, devidamente justificada, ser limitada territorialmente.

[56] No caso, a imposição à construtora da pena de proibição de contratar com a Administração Pública em todas as suas esferas pelo prazo de 5 (cinco) anos afigura-se extremamente gravosa, de modo a autorizar a modulação da sanção, restringindo-a à esfera municipal do local do dano. Precedentes.
(Excerto da ementa do AgInt no REsp 1.589.661/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/03/2017)

[57] Com efeito, a modulação da pena de proibição de contratar pode ser feita por elementos do caso concreto, como ocorrência de: gravidade da conduta, possibilidade de sua repetição nas demais esferas da Administração, interesse público de caráter nacional. Sobre ser viável modular a citada penalidade: EDcl no REsp 1.021.851/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 6.8.2009.
Neste feito e tendo em vista os critérios acima, os elementos assentados pelo Tribunal de origem indicam exacerbação da penalidade imposta, de forma que é de rigor a modulação da pena de proibição de contratar com a Administração Pública para restringi-la à esfera municipal.
(Excertos da ementa do REsp 1.188.289/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 13/12/2013)

[58] § 7º Em se tratando de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta lei, além do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, a sanção se limitará à aplicação de multa, nos termos do caput deste artigo.

caracterizáveis como atos de improbidade existem os que não implicam relevante dano ao erário, embora sejam atos que ofendam a moralidade e às vezes ao patrimônio administrativo", e logo adiante conclui que "possuem baixo poder ofensivo – ou baixa relevância, ou baixa significância –, mas são ontologicamente atos de improbidade".

Em tais hipóteses, além do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, a sanção se limitará à aplicação de multa civil.

O objetivo é buscar a proporcionalidade entre a gravidade do ato ímprobo e as sanções impostas, permitindo ao julgador maior amplitude no julgamento da ação de improbidade administrativa, conforme a gravidade do caso concreto.

O juiz também deve considerar, no momento da aplicação das sanções, quais podem ser impostas de maneira isolada ou cumulativa, a natureza e a gravidade do ato ímprobo configurado, os danos causados à administração pública, as circunstâncias atenuantes e agravantes e os antecedentes do agente (inciso IV[59] do art. 18 do PL). O julgador também deverá atentar, por ocasião da fixação das sanções, a dosimetria de outras penas da mesma natureza relacionadas ao mesmo fato e aplicadas ao agente (inciso V[60] do art. 18 do PL).

Ademais, no inciso VI[61] do art. 18 do PL, estabelece parâmetros objetivos para que o magistrado, por ocasião da sentença, justifique a ocorrência de dano moral coletivo decorrente do ato ímprobo e o arbitramento do valor.

---

[59] IV – considerar, para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa, a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente;

[60] V – levar em conta na aplicação das sanções a dosimetria das sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente;

[61] VI – indicar, na fixação dos danos não patrimoniais, critérios objetivos que a justifiquem, tendo em vista, dentre outros, a extensão territorial, o nível de comprometimento da imagem da Administração Pública e o grau de sofrimento ou decepção para a coletividade.

Por fim, na fixação das penas relativas ao terceiro (que não o agente público ou político) deverá ser considerada, se for necessário, sua atuação específica, sendo inadmissível a sua responsabilização por ação ou omissão que não tiver concorrido, bem como daquelas que não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas (inciso VII[62] do art. 18 do PL).

Na fase de cumprimento da sentença, mediante pedido do réu, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras aplicadas em outros processos, considerando a possibilidade de continuidade de atos ímprobos ou a prática de diversas ilicitudes qualificadas (art. 18-C[63] do PL).

Na hipótese de continuidade, o magistrado considera a maior sanção aplicada e a aumentará de um terço (inciso I[64] do art. 18-C do PL) e no caso de prática de novos ou diversos atos ímprobos pelo mesmo sujeito as sanções serão somadas (inciso II[65] do art. 18-C do PL).

As sanções de suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar ou receber incentivos fiscais ou creditícios do Poder Público deverão ser limitadas ao máximo de 20 (vinte) anos (parágrafo único[66] do art. 18-C do PL), nos casos que a somatória das sanções ultrapasse o referido parâmetro, evitando penas desproporcionais.

---

[62] VII – na fixação das penas relativamente ao terceiro, quando for o caso, tomar em vista a sua atuação específica, não sendo admissível a sua responsabilização por ações e omissões para as quais não tiver concorrido ou das quais não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas.

[63] Art. 18-C. A requerimento do réu, na fase de cumprimento da sentença, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a eventual continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes:

[64] I – no caso de continuidade de ilícito, o juiz tomará a maior sanção aplicada, aumentando-a de um terço;

[65] II – no caso de prática de novos ou diversos atos ilícitos pelo mesmo sujeito, as sanções serão somadas.

[66] Parágrafo único. As sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar ou receber incentivos fiscais ou creditícios do Poder Público observarão o limite máximo de 20 (vinte) anos.

2.5. Aspectos Processuais da LIA

O anteprojeto de reforma da LIA apresentou proposta no sentido de reconhecer apenas ao Ministério Público a legitimidade ativa para ajuizar ações de improbidade administrativa (art. 17[67] do PL).

A principal premissa para o reconhecimento da legitimidade ativa exclusiva do *Parquet* considerou a natureza sancionatória da Lei n. 8.429/1992.

Assim, conforme constou na justificativa que acompanhou o referido projeto, "não é razoável manter-se questões de estado ao alvedrio das alterações políticas e nem tratar questões de ato de improbidade como se administrativas fossem" e logo adiante conclui que "há um viés político-institucional que deve ser observado, o que torna salutar e necessária a legitimação exclusiva".

A proposta, em nenhum momento, é capaz de diminuir a força do combate aos atos ímprobos praticados, pois corresponde a função primordial do Ministério Público atribuída pela Constituição Federal. Por outro lado, restabelece equilíbrio e racionalidade de atuação entre instituições, com atribuições constitucionais diversas, em razão do mesmo fato.

Os entes públicos podem participar da ação de improbidade administrativa, em qualquer dos polos da relação processual, mas não ajuizar diretamente a ação de pretensão sancionatória. Importante consignar que nada afasta a legitimidade de o ente público lesado ajuizar ação de ressarcimento ao erário, bem como de instaurar processo administrativo disciplinar para a apuração do fato na esfera administrativa.

A ação de improbidade administrativa poderá ser proposta no foro do local do dano ou da pessoa jurídica prejudicada como competente para processar e julgar ação de improbidade administrativa (§ 1º[68] do art.

---

[67] Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta lei será proposta pelo Ministério Público.

[68] § 1º A ação deverá ser proposta perante o foro do local do dano ou da pessoa jurídica prejudicada.

17 do PL). A proposição supre omissão existente na redação original da LIA, que aplicava por analogia o disposto na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), bem como incorpora entendimento jurisprudencial do STJ sobre o tema[69].

O § 3º[70] e incisos do art. 17 do PL estabelece que a petição inicial da ação de improbidade administrativa deverá observar: "I – o autor da ação deverá individualizar a conduta dos réus, apontando os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos tipos previstos na LIA e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada"; "II – será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas";

Assim, em regra, é necessário que o autor da ação individualize a conduta do acusado, indicando os indícios da configuração do ato ímprobo e de sua autoria, salvo impossibilidade fundamentada. Igualmente, a

---

[69] Não há na Lei 8.429/92 regramento específico acerca da competência territorial para processar e julgar as ações de improbidade. Diante de tal omissão, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei 7.347/85, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do microssistema processual da tutela coletiva.
A ratio legis da utilização do local do dano como critério definidor da competência nas ações coletivas é proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram (...).
(Excertos da ementa do CC 97.351/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 10/06/2009)

[70] § 3º A petição inicial observará o seguinte:
I – o autor deverá individualizar a conduta dos réus, apontando os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º a 11, desta lei, e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;
II – será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 77 e 80 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015;

exordial deve vir instruída com documentos que contenham indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa.

O anteprojeto permite expressamente a cumulação de pedidos, inclusive de danos patrimoniais e não patrimoniais, tal como a eventual condenação por dano moral coletivo em sede de ação de improbidade administrativa, a fim de garantir integral reparação do dano causado (III[71] do § 3º do art. 17 do PL).

A exordial acusatória poderá ser rejeitada nas hipóteses previstas nos arts. 330 e 331 CPC/2015, especialmente nos casos de inépcia da inicial, quando a parte for manifestamente ilegítima e quando o autor não possuir interesse processual. Também poderá ser rejeitada quando manifesta a inexistência do ato de improbidade imputado ao acusado (§ 4º[72] do art. 17 do PL);

O § 5º[73] do art. 17 do PL prevê que estando adequada a petição inicial, os réus serão citados para oferecer contestação em prazo comum a ser fixado pelo juiz, tomando em conta a complexidade da causa e a quantidade dos réus, entre 30 (trinta) e 60 (sessenta) dias úteis.

A proposta estabelece a supressão da fase preliminar e defesa prévia no rito da ação de improbidade administrativa, tida por desnecessária por todos os órgãos consultados pela Comissão de Juristas, bem como permite ao magistrado autorizar prazo diferenciado (30 a 60 dias) para o oferecimento da contestação em razão da complexidade da causa e quantidade dos réus.

O § 6º[74] do art. 17 do PL prevê que da decisão que recebe a exordial da ação de improbidade administrativa, caberá agravo de instrumento, já considerado a disciplina do recurso contida no CPC/2015.

---

[71] III – admitirá a cumulação de pedidos, inclusive de danos patrimoniais e não patrimoniais, desde que observados os requisitos do art. 327, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

[72] § 4º A petição inicial será rejeitada nos casos dos arts. 330 e 331 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.

[73] § 5º Estando em termos a petição inicial, os réus serão citados, para oferecer contestação em prazo comum a ser fixado pelo juiz, tomando em conta a complexidade da causa e a quantidade dos réus, entre 30 (trinta) e 60 (sessenta) dias úteis.

[74] § 6º Da decisão que recebe a inicial, cabe agravo de instrumento.

Havendo possibilidade de solução consensual, o processo poderá ser suspenso por prazo não superior a 90 dias, mediante pedido das partes e autorização do juiz (§ 7º[75] do art. 17 do PL).

Após a contestação e posterior manifestação do Ministério Público caso necessário, poderá haver o julgamento conforme o estado do processo, considerando a inexistência do ato de improbidade administrativa ou poderá desmembrar eventual litisconsórcio, visando otimizar a instrução processual (§ 8º[76] do art. 17 do PL).

O procedimento comum previsto no CPC/2015 será observado na Lei n. 8.429/1992 (§ 9º[77] do art. 17 do PL).

A qualquer tempo do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade administrativa, o juiz julgará a pretensão improcedente (§ 10[78] do art. 17 do PL).

O § 11[79] do art. 17 do PL dispõe que sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica lesada pelo ato de improbidade administrativa será intimada para, querendo, intervir no processo e compor um dos polos da demanda.

Estabelece, ainda, que se a imputação pela prática do ato ímprobo envolver a desconsideração da pessoa jurídica, serão observadas as regras contidas no CPC/2015 (§ 12[80] do art. 17 do PL).

---

[75] § 7º Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

[76] § 8º Oferecida a contestação e, se for o caso, ouvido o autor, o juiz:
I – procederá ao julgamento conforme o estado do processo, levando em conta a eventual manifesta inexistência do ato de improbidade;
II – poderá desmembrar o litisconsórcio, visando otimizar a instrução processual.

[77] § 9º Com ou sem resposta do réu, será observado o procedimento comum estabelecido pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

[78] § 10. Em qualquer momento do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade, o juiz julgará a demanda improcedente.

[79] § 11. Sem prejuízo da citação dos réus, intimar-se-á a pessoa jurídica interessada para, querendo, intervir no processo.

[80] § 12. Se a imputação envolver a desconsideração de pessoa jurídica, serão observadas as regras previstas nos arts. 133 a 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Por fim, a sentença proferida no âmbito da Lei n. 8.429/1992 deverá observar o disposto no art. 489 do CPC/2015, relacionado aos elementos essenciais das decisões judiciais (art. 18[81] do PL).

Outrossim, deverá indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos que configurem atos de improbidade administrativa (arts. 9º ao 11 da LIA) que não podem ser **presumidos de modo automático** (art. 18, I[82], do PL). A proposta visa afastar a possibilidade da configuração de ato de improbidade por meio de meras presunções, sendo necessário comprovar efetivo prejuízo para os tipos previstos no art. 10 da LIA, nos termos da jurisprudência do STJ[83].

A sentença proferida na ação de improbidade deverá considerar as consequências práticas da decisão sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos (inciso II[84] do art. 18 do PL), bem como os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (inciso III[85] do art. 18 do PL).

A proposta visa diminuir a discricionariedade para o reconhecimento da configuração do ato de improbidade administrativa,

---

[81] Art. 18. A sentença proferida nos processos a que se refere esta lei deverá, além de observar o contido no art. 489, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015:

[82] I - indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º a 11 desta lei, que não podem ser presumidos de modo automático;

[83] A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a **presença do efetivo dano ao erário** (critério objetivo) e, ao menos, culpa. (AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 30/6/2015).
(Excerto da ementa do MS 21.715/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 02/02/2017)

[84] II – considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos;

[85] III – considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente;

exigindo a análise e ponderação dos elementos do caso concreto, também compatibilizada com o art. 20[86] da Lei n. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Nos casos de litisconsórcio passivo, a condenação deve ser proporcional à participação do réu, admitida a condenação solidária quando presentes os requisitos cabíveis (§ 2º[87] do art. 18 do PL), incorporando entendimento do STJ sobre o tema[88].

No âmbito da ação de improbidade administrativa não haverá hipótese de reexame necessário (§ 3º[89] do art. 18 do PL), excepcionalmente contrária à orientação majoritária do STJ[90] sobre o tema.

---

[86] Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

[87] § 2º Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação far-se-á no limite da participação de cada qual, admitida a condenação solidária quando presentes os requisitos cabíveis.

[88] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, "nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento". Precedentes: MC 15.207/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/02/2012; (Excerto da ementa do AgRg no AREsp 698.259/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 04/12/2015)

[89] § 3º Não haverá remessa necessária nas sentenças de que trata esta lei.

[90] PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. É FIRME O ENTENDIMENTO NO STJ DE QUE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEVE SER APLICADO SUBSIDIARIAMENTE À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.
1. Verifica-se que, no acórdão embargado, a Primeira Turma decidiu que não há falar em aplicação subsidiária do art. 19 da Lei 4.717/65, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual.
2. Já o v. acórdão paradigma da Segunda Turma decidiu admitir o reexame necessário na Ação de Improbidade.
3. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013, e REsp 1.098.669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/11/2010.
4. Portanto, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973. Nessa linha: REsp 1.556.576/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/5/2016.

A proposta estabelece que a sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10 da LIA condenará ao ressarcimento dos danos e a perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica lesada pelo ato de improbidade administrativa (art. 18-A[91] do PL). A proposta afasta, assim, a possibilidade de destinação diversa do ressarcimento, valores e bens recuperados, vedada a destinação a qualquer outra instituição ou ente público.

Na hipótese de necessidade de liquidação do dano, a pessoa jurídica lesada será responsável pela sua realização, bem como em relação ao cumprimento da sentença referente ao ressarcimento ao erário ou à perda e reversão dos bens (§ 1º[92] do art. 18-A do PL). Tais atos deverão ser providenciados pela pessoa jurídica prejudicada no prazo de seis meses do trânsito em julgado da sentença de procedência e, em caso da inércia do ente indicado, caberá ao Ministério Público proceder aos atos de liquidação e cumprimento, sem prejuízo de eventual responsabilização pela omissão da pessoa jurídica (§ 2º[93] do art. 18-A do PL).

---

5. Ademais, por "aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei n. 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.219.033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2011.
6. Ressalta-se, que não se desconhece que há decisões em sentido contrário. A propósito: REsp 1.115.586/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/08/2016, e REsp 1.220.667/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/10/2014.
7. Diante do exposto, dou provimento aos Embargos de Divergência para que prevaleça a tese do v. acórdão paradigma de que é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973, e determino o retorno dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento.
(EREsp 1.220.667/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017)

[91] Art. 18-A. A sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10, desta lei, condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

[92] § 1º Havendo a necessidade de liquidação do dano, a pessoa jurídica prejudicada procederá a essa determinação e ao ulterior procedimento para cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou reversão dos bens.

[93] § 2º Caso a pessoa jurídica prejudicada não adote as providências a que se refere o § 1º deste artigo, no prazo de seis meses a contar do trânsito em julgado da sentença de procedência, caberá ao Ministério Público proceder às respectivas liquidação e cumprimento, sem prejuízo de eventual responsabilização pela omissão verificada.

Ademais, o juiz pode autorizar o parcelamento do débito resultante de condenação pela prática de improbidade administrativa, caso o réu demonstre incapacidade financeira para saldar imediatamente, em até trinta parcelas mensais, acrescidas de juros e correção monetária (§ 3º[94] do art. 18-A do PL).

Outrossim, se houver a condenação por danos não patrimoniais, o Ministério Público será o legitimado para a sua liquidação e cumprimento, o produto será revertido para o fundo previsto na Lei n. 7.347/1985, sendo vedada a sua reversão ao erário (art. 18-B[95] do PL).

O anteprojeto também apresentou proposta de que não haverá condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, custas ou despesas processuais (art. 23-B[96] do PL), o que também se estende aos casos de transação realizados com base na norma sancionadora.

2.6. Possibilidade de Acordo na Ação de Improbidade Administrativa

A redação atual da Lei n. 8.429/1992 (art. 17, § 1º) veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação em relação aos atos ímprobos previstos na norma sancionadora.

Em necessária e importante inovação, o anteprojeto de reforma da LIA prevê a possibilidade de acordo de não persecução cível, similar à transação, introduzindo na norma o "instituto de consensualidade e cooperação que permite a conciliação antes ou depois da propositura da inicial", conforme apontado na justificativa do anteprojeto.

---

[94] § 3º O juiz poderá autorizar o parcelamento do débito resultante de condenação pela prática de improbidade administrativa se o réu demonstrar incapacidade financeira de saldá-lo de imediato, em até 30 (trinta) parcelas mensais, com juros e correção monetária.

[95] Art. 18-B. Em havendo condenação a danos não patrimoniais sociais, o Ministério Público será legitimado para sua liquidação e cumprimento, independentemente do prazo de que trata o § 2º do art. 18-A, cujo produto será revertido para o fundo de que trata o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, sendo vedada a sua reversão ao erário.

[96] Art. 23-B. Nas ações e acordos regidos por esta lei, não haverá condenação em honorários sucumbenciais, custas ou despesas processuais.

A legitimidade para celebrar o acordo de não persecução cível é exclusiva do Ministério Público autor da ação, conforme as circunstâncias do caso concreto (art. 17-A[97] do PL).

Ainda, a transação está condicionada ao advento de determinados resultados, especificamente o integral ressarcimento do dano, a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados e o pagamento de multa civil (incisos I, II e III[98] do art. 17-A do PL).

Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso (§ 1º[99] do art. 17-A do PL).

O acordo de não persecução cível também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade (§ 2º[100] do art. 17-A do PL).

Por sua vez, o anteprojeto estabeleceu que as negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor (§ 3º[101] do art. 17-A do PL).

Por fim, o acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil (§ 4º[102] do art.

---

[97] Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

[98] I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa.

[99] § 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.

[100] § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.

[101] § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

[102] § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

17-A do PL) e, após tal providência, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação (§ 5º[103] do art. 17-A do PL).

Com efeito, a consensualidade[104] no direito administrativo sancionador configura tema atual de grande de importância para garantir potencial efetividade na defesa da probidade administrativa e da própria lei sancionadora.

2.7. Das Disposições Penais da Lei n. 8.429/1992

No capítulo "Das Disposições Penais" foi apresentada proposta de aperfeiçoamento do instituto do afastamento cautelar do investigado, permitindo que a autoridade judicial ou administrativa determine o afastamento do agente público, sem prejuízo da remuneração, nas hipóteses em que a medida for necessária à instrução processual da ação de improbidade administrativa ou para evitar a iminente prática de novos ilícitos (§ 1º[105] do art. 20 do PL).

Em razão da ausência de previsão na norma atual, foi sugerido no anteprojeto, nos termos da jurisprudência do STJ[106], que o afastamento previsto no parágrafo anterior seja de até cento e oitenta (180) dias, o qual poderá ser prorrogado apenas uma vez pelo mesmo prazo ou durar até o

---

[103] § 5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

[104] GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei n. 8.429/1992. https://www.conamp.org.br/pt/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html (acesso em 1º/3/2019).

[105] § 1º A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual ou para evitar a iminente prática de novos ilícitos.

[106] A norma do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429, de 1992, que prevê o afastamento cautelar do agente público durante a apuração dos atos de improbidade administrativa, só pode ser aplicada em situação excepcional. Hipótese em que a medida foi fundamentada em elementos concretos a evidenciar que a permanência nos cargos representa risco efetivo à instrução processual. Pedido de suspensão deferido em parte para limitar o afastamento dos cargos ao prazo de 180 dias.
(Excerto da ementa do AgRg na SLS 1.397/MA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/2011, DJe 28/09/2011)

fim da instrução processual, o que ocorrer primeiro (§ 2º[107] do art. 20 do PL).

No inciso I[108] do art. 21 do PL foi proposta nova redação no sentido de que a aplicação das sanções da LIA independe de dano ao patrimônio público, salvo quanto ao ressarcimento ao erário e às condutas previstas no artigo 10 da norma, que exige efetivo dano ao erário para a sua configuração[109].

Outrossim, o anteprojeto apresentou algumas premissas gerais que devem ser analisadas pelo juiz na sentença que julgar a ação de improbidade administrativa. Estabelece que os "atos de controle interno ou externo serão tomados em consideração pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público" (§ 1º do art. 21[110] do PL).

Ressalta também que as "provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz" (§ 2º do art. 21[111] do PL) e que as sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando decidirem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria" (§ 3º do art. 21[112] do PL).

---

[107] § 2º O afastamento previsto no § 1º será de até 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis uma única vez por igual prazo, ou durará até o fim da instrução processual, o que ocorrer primeiro.

[108] I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e às condutas previstas no art. 10;

[109] A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. (AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 30/6/2015).
(Excerto da ementa do MS 21.715/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 02/02/2017)

[110] § 1º do art. 21 Os atos do órgão de controle interno ou externo serão tomados em consideração pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público.

[111] § 2º do art. 21 As provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz.

[112] § 3º do art. 21 As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando decidirem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.

Ademais, o art. 22[113] do PL possibilitou ao Ministério Público, de ofício, ou a requerimento da autoridade administrativa, instaurar inquérito civil, inquérito policial ou processo administrativo para prévia investigação e produção probatória em caráter preliminar ao ajuizamento da ação de improbidade administrativa. O objetivo do dispositivo é incentivar a instauração do inquérito civil em hipóteses específicas, a fim de auxiliar na colheita de provas e prevenir o ajuizamento de ações tidas por "temerárias", as quais, em razão das graves sanções contidas na norma sancionadora, devem ser repudiadas.

2.8. Prescrição e Improbidade Administrativa

A discussão quanto à prescrição no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa sempre foi tema sensível considerando a atual redação da norma sancionadora, proporcionando significativas discussões teóricas e certa instabilidade jurisprudencial.

A proposta do anteprojeto ampliou o prazo prescricional do ato de improbidade administrativa para dez (10) anos contados a partir do fato (art. 23[114] do PL).

Na hipótese de instauração de inquérito civil o curso do prazo prescricional poderá ficar suspenso por três anos, no máximo, recomeçando a correr após a sua conclusão ou esgotado o referido prazo de suspensão (§ 1º[115] do art. 23 do PL).

A pretensão à condenação ao ressarcimento do dano ao erário e a perda de bens e valores de origem privada prescrevem em vinte (20) anos

---

[113] Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá instaurar inquérito civil, requisitar a instauração de inquérito policial ou processo administrativo.

[114] Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta lei prescreve em 10 (dez) anos, contados a partir do fato.

[115] § 1º A instauração de inquérito civil suspende o curso do prazo prescricional, por no máximo 3 (três) anos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou esgotado o prazo de suspensão.

a partir do fato (§ 2º[116] do art. 23 do PL), sendo imprescritível a pretensão de reaver bens e valores apropriados ilicitamente do Poder Público (§ 3º[117] do art. 23 do PL).

O anteprojeto também estabeleceu que as alterações propostas nos prazos prescricionais somente seriam aplicadas aos fatos ocorridos após a eventual vigência (art. 23-C[118] do PL).

Por fim, no tocante ao tema, o anteprojeto apresentou proposta no sentido de que o reconhecimento da prescrição da aplicação das sanções, não impede o prosseguimento do processo para apurar eventual necessidade de ressarcimento ao erário ou a condenação à perda de bens e valores, caso não prescritas tais pretensões (§ 4º, I[119], do art. 23 do PL). Tal previsão incorpora entendimento majoritário do STJ sobre o tema[120].

Em tais hipóteses, o juiz deverá intimar o Ministério Público autor da ação para emendar a petição inicial, a fim de adequar a pretensão, com a reabertura do contraditório e as devidas anotações no cartório distribuidor (§ 4º, II[121], do art. 23 do PL).

---

[116] § 2º A pretensão à condenação ao ressarcimento do dano e à de perda de bens e valores de origem privada prescreve em 20 (vinte) anos a partir do fato.

[117] § 3º É imprescritível a pretensão a reaver bens e valores apropriados ilicitamente do Poder Público.

[118] Art. 23-C. O prazo prescricional a que se refere o art. 23 desta lei aplica-se apenas aos fatos ocorridos após a sua vigência.

[119] § 4º O reconhecimento da prescrição das sanções, antes ou depois de iniciado o processo:
I - não impedirá o prosseguimento do processo para a finalidade exclusiva de apurar o montante do dano e a condenação ao seu ressarcimento, ou a condenação à perda de bens e valores a que se referem os §§ 2º e 3º, se não prescrita esta pretensão;

[120] A prescrição apenas das sanções pela prática de atos de improbidade não impede o prosseguimento da ação quanto ao pedido de ressarcimento de danos. Precedentes da Primeira Seção deste STJ; essa é a orientação adotada neste STJ.
(Excerto da ementa do REsp 1.299.292/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 01/10/2013)

[121] II – o juiz intimará o Ministério Público para emendar a inicial, adequando-a à pretensão a que se refere o inciso I, com as devidas anotações no distribuidor, reabrindo-se o contraditório.

3. NOTAS CONCLUSIVAS

Em síntese, após a breve exposição das principais propostas apresentadas pela Comissão de Juristas, nomeada pela Câmara dos Deputados, para a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, é possível afirmar que o anteprojeto apresentou significativas propostas de alteração da norma sancionadora, inclusive incorporando à norma a interpretação jurisprudencial dos Tribunais Superiores consolidada em mais de vinte seis anos de vigência da Lei n. 8.429/1992, o que certamente contribui para a segurança jurídica.

Ademais, além da necessária compatibilização e atualização da norma com a legislação atual, ofereceu sugestões de aprimoramento da Lei de Improbidade Administrativa em consonância com grande anseio da sociedade, no sentido de combater e sancionar agentes públicos, políticos e particulares que pratiquem atos ímprobos.

Por outro lado, o anteprojeto consolidou premissas que compatibilizaram o necessário rigor da aplicação da LIA com a necessária observância do devido processo legal, estabelecendo parâmetros claros de incidência da norma sancionadora.

Por fim, é importante consignar que a proposta de reforma deve ser considerada apenas o ponto de partida para uma ampla e profunda discussão da sociedade e da comunidade jurídica, a fim de proporcionar ao Congresso Nacional a importante missão de reforma da Lei n. 8.429/1992.

4. BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores), **Improbidade Administrativa: Questões Polêmicas e Atuais**. 2ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo; **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo; **Probidade Administrativa**, **Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**, 6ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**/Marçal Justen filho. – 13ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca... (et al.); **Comentários à Lei de improbidade Administrativa, Lei 8.429, de 02 de junho de 1992**, 3ª ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Emerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992**. https://www.conamp.org.br/pt/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html (acesso em 1º/3/2019).

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco; **Improbidade Administrativa**, 8ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos** / Mauro Campbell Marques... [et al.]; coordenação Ministro Mauro Campbell Marques; colaboração André de Azevedo Machado; Fabiano da Rosa Tesolin – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; **Probidade Administrativa**, 4ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de; **O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92**, 5ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

NEIVA, José Antonio Lisbôa; **Improbidade Administrativa, Legislação Comentada Artigo por Artigo**, 4ª ed. - Niterói: Impetus, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: Direito material e processual**. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**; prefácio de: Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina; **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina; **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência: prefácio Eduardo García de Enterría** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Civis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal; Legislação e Jurisprudência Atualizadas**, 4ª ed.- São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da Silva; **Comentário Contextual à Constituição**, 7ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações Públicas e Seu Controle**. São Paulo, Malheiros, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino; **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3ª ed.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Exclusão de Benefício Previdenciário Recebido por Idoso, no Valor de um Salário Mínimo, da Renda Familiar para fins de Concessão do Benefício Assistencial à Pessoa com Deficiência

Benedito Gonçalves
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO POR IDOSO, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO, DA RENDA FAMILIAR PARA FINS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ministro Benedito Gonçalves

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 203, que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e impõe, como um de seus objetivos, o dever de o Estado garantir um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, nos termos da lei.

Nessa regra de matriz constitucional não há distinção entre pessoa com deficiência e idoso. São, a um só modo, participantes de duas classes de vulneráveis sociais, mas que se igualam, na perspectiva da necessidade de proteção social efetiva, quando comprovada a impossibilidade de se manterem ou de serem assistidos por suas famílias.

A regulamentação infraconstitucional está contida na Lei n. 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que em seu art. 20 prevê a concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

Segundo o § 3º do art. 20, a família se apresenta incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa se a renda mensal *per capita* desse núcleo for inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

A fração correspondente a ¼ (um quarto) do salário mínimo, por si, define critério objetivo para aferição do estado de vulnerabilidade do núcleo familiar e foi declarado inicialmente constitucional pelo STF (ADI n. 1.232/DF). Isso não significa dizer que outros parâmetros não pudessem ser utilizados a fim de observar a carência de recursos a configurar a situação de miséria (REsp n. 1.112.557/MG, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973). Aliás, em 2013, o STF, ao examinar o RE n. 567.968/MT, sob o rito do art. 543-B do CPC/1973, declarou inconstitucional, por omissão, o § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/1993, sem declaração de sua nulidade (DJ 3/10/2013).

Com efeito, a renda familiar continua sendo objeto de controvérsia quando a observação se refere ao fato de que muitos núcleos familiares no país são compostos por idosos que já recebem benefício previdenciário da Previdência Social, no valor de um salário mínimo, geralmente sob a rubrica de aposentadoria ou pensão por morte.

Assim, a questão que se apresenta é se a renda do idoso, que faz parte do núcleo familiar, no valor de um salário mínimo, e recebida por RGPS, deve compor a renda familiar para fins de se aferir a renda *per capita* da família quando quem solicita o benefício da LOAS é pessoa do mesmo núcleo e portadora de deficiência.

Em se tratando de idoso, com 65 anos ou mais, determina o parágrafo único do art. 34 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) que o valor por ele recebido, a título de benefício assistencial, não deve ser computado para fins de cálculo da renda familiar quando outro idoso, do mesmo núcleo, solicitar o benefício previsto na LOAS.

Dessa forma, o idoso que completa 65 anos de idade e passa a receber o benefício assistencial, porque não provê a sua subsistência ou não a tem provida com o auxílio da família, não deve compor a dimensão econômica do núcleo familiar quando em análise a concessão de outro benefício assistencial a idoso da mesma família. Isso acontece porque a renda mínima que ele recebe é personalíssima e se presta, exclusivamente, à sua manutenção, protegendo-o da situação de vulnerabilidade social. Assim, a proteção aos idosos aqui tem nítido caráter assistencial.

A jurisprudência do STJ inicialmente interpretou de forma literal o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, ou seja, havendo pedido de benefício assistencial feito por idoso, somente o benefício assistencial recebido por outro idoso no núcleo familiar seria excluído da renda mensal. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.221.056/SC; AgRg no REsp n. 826.203/SP; AgRg no REsp n. 868.590/SP; AgRg no Ag n. 1.232.067 e REsp n. 841.060/SP.

Ao menos na perspectiva da salvaguarda do mínimo à mantença da dignidade da pessoa humana, o valor recebido pelo idoso, a título de benefício assistencial, em nada se distingue da renda mínima decorrente dos benefícios previdenciários que tenham como paradigma o valor do salário mínimo. Se a Lei n. 10.741/2003 não determina o desconto do que recebido pelo idoso acolhido pelo sistema da LOAS quando outro idoso do mesmo núcleo familiar requer o benefício assistencial, outra não deve ser a interpretação senão aquela que também exclui da renda familiar a aposentadoria, a pensão por morte, ou qualquer outro benefício previdenciário no valor correspondente ao salário mínimo.

Nessa linha, registra-se que o STJ examinou novamente o art. 34 do Estatuto do Idoso ao julgar o incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pelo INSS (Pet n. 7.203/PE), passando a entender que o benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, recebido por maior de 65 anos, também deve ser afastado do cálculo da renda mensal *per capita* familiar quando objetivada a concessão do benefício de prestação continuada a idoso. Seguindo essa nova diretriz: AgRg na Pet n. 8.479/PR; AgRg no Ag n. 1.394.683/SP; AgRg no Ag n. 1.394.584; e AgRg no REsp n. 1.351.525/SP.

Desse modo, tratando-se de idosos pertencentes ao mesmo núcleo familiar, a renda de um, advinda da LOAS ou de benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, não ingressa no cômputo da renda *per capita* da família.

Ocorre que à pessoa com deficiência, que se encontre em situação de pobreza extrema, não foi garantido, por lei expressa, o tratamento previsto ao idoso nessa condição, embora, como visto, a matriz constitucional não tenha feito distinção entre eles.

Essa falta de norma específica a assegurar às pessoas com deficiência, que se encontrem em estado de miserabilidade, levou o STF a declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade parcial e, por omissão, sem a pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003, justamente porque o normativo deixou de excluir, para fins de cálculo da renda *per capita,* benefícios assistenciais recebidos por pessoas com deficiência, e previdenciários, no valor de até um salário mínimo, pagos a idosos, pois não evidenciada pela Corte Constitucional justificativa plausível para o discrímen (RE n. 580.963/MT, submetido ao rito do art. 543-B do CPC/1973).

Assim, a *ratio decidendi* que motivou o STF a observar a desigualdade de tratamento entre o idoso e a pessoa com deficiência e, por conseguinte, a omissão legislativa nos normativos, não afasta, ao contrário, autoriza a aplicação do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso aos pedidos de benefício assistencial feitos por pessoas com deficiência, a fim de que o benefício assistencial ou outro benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso, que componha o núcleo familiar, não integre a renda mensal para fins de exame da situação de miserabilidade. Nesse sentido: REsp n. 1.355.052/SP, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973.

Nos dizeres de CASTRO e LAZZARINI (2016):

> Em juízo, o não cumprimento do critério econômico de ¼ do salário mínimo ou mesmo a aplicação extensiva do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, não enseja mais o acesso ao STF. A existência da miserabilidade deverá ser analisada no caso concreto com base em critérios subjetivos, **podendo até serem invocados os que foram declarados inconstitucionais pela ausência de norma substituidora**, ou com a aplicação de outros parâmetros, tais qual o de ½ salário mínimo previsto para os demais benefícios sociais do Governo Federal. (grifo nosso)

É dizer, na ausência de norma específica a amparar igualmente duas classes de vulneráveis sociais, às quais a Constituição Federal garante proteção (pessoa com deficiência e idoso), faz com que, no caso, a norma

que alberga a proteção a uma classe seja também aplicada à outra, à luz dos princípios da isonomia e da dignidade humana, notadamente porque sobre a norma não recaiu a pronúncia de sua nulidade.

CONCLUSÃO

Assim, o valor referente a um salário mínimo, recebido por idoso, a título de benefício previdenciário, não deve compor a renda da família no caso de pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência. Aliás, a ausência de norma leva também esse raciocínio ao pedido de benefício assistencial feito por deficiente quando outro deficiente, que compõe o núcleo familiar, já recebe o benefício da LOAS.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARINI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário.* Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói: Impetus, 2010.

Juízo de Equidade na Fixação dos Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Novo CPC

Raul Araújo
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NO NOVO CPC

Ministro Raul Araújo Filho

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil promoveu expressiva mudança na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

A singeleza do art. 20 do Código Buzaid, composto pelo *caput* e cinco parágrafos, coadjuvado pelos arts. 21 e 23, foi substituída no Código Fux por extensa e detalhada previsão normativa, abrigada no art. 85, *caput*, seguido por dezenove parágrafos, sem dispensar o auxílio dos arts. 86 e 87.

As inovações são profundas e a busca por sua compreensão tem ensejado ricos debates na doutrina e na jurisprudência ainda em formação.

Na concepção das novas regras, parece ter prevalecido o entendimento de que o Código revogado conferia excessiva liberdade ao julgador na determinação dos honorários sucumbenciais. E que, valendo-se dessa ampla permissão, muitos juízes e tribunais atuavam com certo descuido no momento da fixação da verba honorária sucumbencial, estabelecendo-a em patamares e valores tidos por irrisórios e até depreciativos para os profissionais liberais, cujo sustento, no mais das vezes, depende desses ganhos variáveis e eventuais.

O amplo delineamento do tema na recente legislação processual demonstra, então, o merecido prestígio conquistado pela advocacia brasileira e sua entidade de classe e tem criado relevantes expectativas para os advogados em relação à verba sucumbencial, outrora normalmente secundária em relação à contratual, como já se percebe pelo acréscimo no número de recursos discutindo, sobretudo, os honorários determinados na sentença. Pode-se dizer que o Código atual traz em cada ação judicial uma demanda subjacente de futura divergência em torno dos honorários sucumbenciais.

No presente estudo, originalmente desenvolvido para a solução de recurso especial afetado à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ[1], examina-se específico ponto: a possibilidade de fixação dos honorários advocatícios com fundamento em juízo de equidade, tal como previsto no art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil de 2015, correspondente no anterior Código ao art. 20, § 4º.

2. CONTORNOS DO CASO EM QUE APRECIADA A TEMÁTICA PELO STJ

Parece útil à melhor compreensão da temática que se ilustre a discussão com os contornos do caso examinado pelo mencionado Colegiado do STJ, em sede de recurso especial:

Em primeiro grau de jurisdição, determinada sociedade empresária, em fase de cumprimento de sentença transitada em julgado e proferida em face de Banco, indicou como valor a ser executado o montante de aproximadamente R$ 2.900.000,00 (dois milhões e novecentos mil reais).

Manejada impugnação do cumprimento da sentença pelo Banco, o juiz, com arrimo em prova pericial, reduziu o montante executado para pouco mais de R$ 345.000,00 (trezentos e quarenta e cinco mil reais), arbitrando os honorários sucumbenciais devidos ao banco impugnante em R$ 100.000,00 (cem mil reais), com assento em apreciação equitativa, com suporte no art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

---

[1] REsp 1.746.072/PR.

Inconformados, ambos os litigantes manejaram agravo de instrumento, sendo que, em síntese, a exequente requereu a "*redução ou revogação dos honorários advocatícios, já que o devedor somente logrou êxito em um dos pedidos deduzidos na impugnação*", e o Banco solicitou fossem fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor do excesso da execução, na forma do art. 85, § 2º, do CPC/2015.

O Tribunal de Justiça, em resumo, deu provimento ao agravo de instrumento da sociedade credora, a fim de reduzir os honorários para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fundamento em juízo de equidade, nos moldes do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Com isso, o Banco interpôs recurso especial sustentando violação ao art. 85, § 2º, do CPC/2015, com o entendimento de que a fixação dos honorários advocatícios deveria ser estabelecida entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento do proveito econômico obtido com o parcial acolhimento da impugnação do cumprimento da sentença, já que lograra êxito em reduzir o valor executado, do montante aproximado de R$ 2.900.000,00 (dois milhões e novecentos mil reais) para cerca de R$ 345.000,00 (trezentos e quarenta e cinco mil reais).

Portanto, o cerne da lide trazida por afetação à apreciação da eg. Segunda Seção do STJ, veiculada no recurso especial manejado pelo Banco, consistia em determinar se a fixação dos honorários advocatícios, em casos como tais, deve estrita obediência ao comando contido no art. 85, § 2º, do CPC (fixação da verba sucumbencial entre 10% e 20%) ou permite a incidência do disposto no § 8º do mesmo dispositivo legal (com fixação por equidade).

A decisão deu-se por maioria, pois parte minoritária do Colegiado houve por bem dar parcial provimento ao recurso especial do Banco, para, com fundamento no art. 85, § 8º, do CPC/2015, ainda por equidade, majorar os honorários advocatícios de R$ 5.000,00 para R$ 40.000,00, corrigidos a partir da publicação do acórdão, sob os seguintes fundamentos, em síntese:

> a) Cada novo dispositivo da legislação processual em vigor, no que se refere aos honorários advocatícios, possui uma finalidade bastante

específica, devendo, nesse contexto, ser examinado o art. 85, § 8º, do CPC/2015, dispositivo que, a partir de três situações - causa de proveito econômico inestimável, causa de proveito econômico irrisório ou valor da causa muito baixo -, permite o arbitramento dos honorários advocatícios pelo critério da equidade;

b) É induvidoso que o órgão julgador continua autorizado, nas situações acima mencionadas e em caráter excepcional, mesmo após a entrada em vigor do CPC/2015, a majorar os honorários arbitrados nas instâncias ordinárias quando aviltantes ou nitidamente insuficientes para remunerar o trabalho desenvolvido pelo advogado, bem como a reduzir os honorários arbitrados nas instâncias ordinárias, quando exorbitantes;

c) O significado do termo *inestimável* é "*que não se pode estimar ou avaliar; incalculável*", o que sugere, em princípio, que a possibilidade de arbitramento dos honorários advocatícios por equidade estaria adstrita às hipóteses em que o proveito econômico, a condenação ou o valor da causa não for suscetível de quantificação. Porém, o dicionário *Michaelis* também atribui ao termo inestimável uma segunda acepção semântica, como sendo aquilo "*que tem enorme valor*". Por sua vez, o dicionário *Caldas Aulete* empresta ao termo *inestimável* igualmente uma terceira significação, a saber, de "*imenso*";

d) É correto afirmar, pois, que os conceitos de enorme valor e de imenso se aplicam não apenas ao inquantificável, mas também àquilo que, após efetivamente quantificado, possua um valor ou um tamanho muito acima do normal ou da média;

e) Desse modo, em se tratando de causa cujo proveito econômico é *inestimável* em todas as suas acepções semânticas, a fixação dos honorários deverá ocorrer por apreciação equitativa, tratando-se de hipótese que excepciona a rígida definição de critérios pretendida pelo art. 85, § 2º, do CPC/2015, inclusive para propiciar, em caráter excepcional, a redução dos honorários advocatícios fixados somente a partir da referida baliza e que, em razão disso, revelem-se exorbitantes;

> f) Concluiu, assim, ser possível a fixação dos honorários advocatícios fora do critério de 10% a 20%, com base no art. 85, § 8º, do CPC/2015, não apenas para fixar a remuneração acima de 20% quando a causa envolver proveito econômico irrisório ou valor da causa muito baixo, mas também para fixar abaixo de 10% quando o proveito econômico for vultoso, seja porque o conceito de inestimável abrange igualmente as causas de grande valor, ainda que suscetíveis de quantificação, seja, ainda, porque os conceitos de equidade e de justa remuneração pelos serviços prestados pelo advogado não se coadunam com a alegada possibilidade de fixação fora dos critérios legais apenas para majorar, mas não para minorar os honorários advocatícios.

A maioria formada no julgamento, entretanto, seguiu linha diversa, dando provimento ao recurso especial do Banco, afastando a aplicação de equidade, para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido pelo recorrente com o parcial provimento da impugnação do cumprimento de sentença, com base no § 2º do art. 85 do CPC.

As razões para se chegar a tal resultado são expostas neste artigo.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Para facilitar a compreensão do problema, transcreve-se o inteiro teor do art. 85 do atual Código de Processo Civil, com destaque para as duas diferentes formas de fixação dos honorários advocatícios, ora contrastadas:

> *Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.*
>
> ***§ 2º** Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

***§ 8º** Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.*

§ 9º Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

§ 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

§ 12. Os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77.

§ 13. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação

do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

§ 15. O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14.

§ 16. Quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão.

§ 17. Os honorários serão devidos quando o advogado atuar em causa própria.

§ 18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

Por sua vez, o anterior CPC, em seu art. 20, na sua última redação, dava o seguinte tratamento à matéria:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

> *§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.*
> *§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor.*

Da leitura comparativa dos dispositivos acima, depreende-se que o atual Código de Processo Civil estabeleceu, no tocante à matéria, três importantes vetores interpretativos que buscam conferir à aplicação do novo *Codex* maior segurança jurídica e objetividade.

Em primeiro lugar, estatuiu mais claramente que os honorários serão pagos ao advogado do vencedor, ainda que este litigue em causa própria, pois constituem direito autônomo do profissional, de natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial. Dito de outra forma, o legislador considera os honorários advocatícios sucumbenciais como parte da remuneração do trabalho prestado, sinalizando que o espírito que deve conduzir o intérprete no momento da fixação do *quantum* da verba honorária é o da objetividade, embora outras influências possam incidir, excepcionalmente, no momento de sua atribuição/distribuição.

Em segundo lugar, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois:

> **a)** enquanto, no Código de Processo Civil de 1973, a atribuição equitativa era possível: **(a.I)** nas causas de pequeno valor; **(a.II)** nas de valor inestimável; **(a.III)** naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e **(a.IV)** nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º);

> **b)** no atual Código, tais hipóteses são restritas às causas: **(b.I)** em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando **(b.II)** o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

Com isso, o Código de Processo Civil/2015 sinaliza ao intérprete o desejo de objetivar o processo de fixação do *quantum* da verba honorária sucumbencial.

Em terceiro lugar, introduziu autêntica e objetiva "*ordem de vocação*" ou ordem decrescente de preferência para fixação da base de cálculo da verba honorária, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para a categoria subsequente.

4. DA ORDEM DE PREFERÊNCIA DE CRITÉRIOS NA FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS

A conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85 do Código de Processo Civil conduz à obtenção da seguinte ordem de preferência na adoção de critérios para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais:

> (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º);
>
> (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º);
>
> Por fim,
>
> (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

Logo, em face de redação tão expressiva, a conclusão lógica é a de que o § 2º do art. 85 do CPC de 2015 veicula a *regra geral*, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados

sobre o valor: (i) da condenação; ou (ii) do proveito econômico obtido; ou (iii) do valor atualizado da causa.

Nessa ordem de ideias, o novo Código relegou ao § 8º do art. 85 a instituição de *regra excepcional*, de aplicação subsidiária, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (i) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (ii) o valor da causa for muito baixo.

Assim, em regra, os honorários sucumbenciais devem ser fixados com observância da seguinte ordem de preferência: a) sobre o valor da condenação; b) não havendo condenação ou não sendo possível valer-se da condenação, utiliza-se (b.1) o proveito econômico obtido pelo vencedor ou, como última hipótese, (b.2) recorre-se ao valor da causa.

Finalmente, na ausência de qualquer das hipóteses do § 2º do art. 85, isto é, na inviabilidade de adoção dos critérios ali enumerados, somente então será cabível a aplicação da norma subsidiária do § 8º do mesmo artigo, verdadeiro "soldado de reserva", como classificam alguns.

Assim, a possibilidade de aplicação, pela ordem, de uma das hipóteses do § 2º do art. 85 impede que o julgador prossiga com sua análise a fim de investigar eventual enquadramento no § 8º do mesmo dispositivo, porque a subsunção da norma ao fato já se terá esgotado, com a incidência cabível.

5. A NORMA DO § 8º DO ART. 85 DO CPC

Cabem agora algumas considerações mais específicas em torno da compreensão da regra emergente do § 8º do art. 85, no contexto normativo em que assentada.

A ilustrada Ministra NANCY ANDRIGHI, quando do referido julgamento pela Segunda Seção, apresentou perspicaz interpretação para aplicação dos §§ 2º e 8º do art. 85 do CPC, salientando que "*o significado do termo inestimável é o 'que não se pode estimar ou avaliar; incalculável'*", mas que "*não se pode olvidar, todavia, que o dicionário Michaelis também atribui ao termo inestimável uma segunda acepção semântica, como sendo aquilo 'que tem enorme valor'* e que *'o dicionário Caldas Aulete empresta ao termo inestimável igualmente uma terceira significação, a saber, de imenso'*".

Nessa esteira, entendeu ser "*correto afirmar, pois, que os conceitos de enorme valor e de imenso se aplicam não apenas ao inquantificável, mas também àquilo que, após efetivamente quantificado, possua um valor ou um tamanho muito acima do normal ou da média*", concluindo ser possível a fixação dos honorários advocatícios por equidade com fulcro no § 8º do art. 85 do CPC, mesmo nas hipóteses previstas no § 2º do mesmo dispositivo, "*porque o conceito de inestimável abrange igualmente as causas de grande valor, ainda que suscetíveis de quantificação*".

Não obstante se reconheça a inteligência dessa fundamentada formulação, não parece adequada sua adoção para efeito de interpretação dos assinalados dispositivos, quando se percebe nítida a intenção do legislador de correlacionar a expressão *inestimável* valor econômico somente para causas em que não se vislumbre benefício patrimonial imediato, como, por exemplo, nas causas de estado e de direito de família (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*, 16. ed. 2016, p. 478), ou mesmo naquelas em que o pleito de reparação por dano moral é julgado improcedente, pois ali o valor atribuído à causa é, sabidamente, meramente estimativo.

A propósito, PLÁCIDO E SILVA atribui ao termo *inestimável* os seguintes significados:

> *INESTIMÁVEL. Derivado do latim inaestimabilis (inapreciável, que não pode ser apreciado), é empregado, na linguagem jurídica, para mostrar a qualidade de certas coisas que não podem ser submetidas a uma avaliação ou não podem ser tidas por um preço, porque não se mostram em condições de ser apreciadas economicamente. A inestimabilidade (condição de inestimável) não quer exprimir a rigor a desprezibilidade da coisa. Quer significar que não pode, com exatidão, com um sentido econômico, ter uma avaliação ou estimação, pois que não se tem uma medida, por onde se faça a operação, que lhe imputaria ou atribuiria um certo valor, como se procederia no caso de coisas que se possam avaliar, em face de sua realidade ou de seu aspecto econômico. Na técnica processual, consideram-se inestimáveis as ações referentes ao estado e à capacidade da pessoa. E isto porque não se encontram nelas elementos materiais ou de ordem econômica, pelos quais se possa*

> *compor um valor monetário, em virtude do qual se tenha a medida de seu preço ou de seu custo*. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 429)

Desse modo, é esse significado mais vinculado à técnica jurídica e mais restrito do que aqueloutro, mais lexical e amplo, que deve prevalecer como ideia transmitida pelo emprego da palavra *inestimável* na norma do § 8º do art. 85 do CPC recente.

Nessa ordem de raciocínio, confira-se o seguinte excerto do voto-vista, ornado por excelente doutrina, proferido pelo eminente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO no julgamento do AREsp 262.900/SP:

> *Nesse passo, o professor JORGE AMAURY MAIA NUNES, em judicioso parecer elaborado a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, datado de 4 de setembro de 2018, também conclui pela impossibilidade de se aplicar interpretação extensiva ao parágrafo 8º do art. 85 do CPC, para admitir a fixação por equidade nas causas de elevado valor, ressaltando que o texto legal é suficientemente pleno para explicitar, com absoluta intensidade, a temática relativa aos honorários advocatícios de sucumbência. É o que se depreende do seguinte trecho do parecer do mencionado jurisconsulto:*
>
> > *72. A intepretação extensiva supõe que o legislador haja dito menos do que pretendeu. Em outras palavras, o intérprete há de, dentro do escopo de possibilidades, entender a norma jurídica com largueza, sem modificar-lhe, entretanto, o sentido. Deveras, a interpretação extensiva há de ter sempre em consideração o texto da norma. Afinal, como adverte RUMPF, "as audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra..23*
> >
> > *73. O já citado Alf Ross chega a idêntica conclusão, ainda que caminhando por outra estrada." [Apud, Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 17ª. edição, p. 111.]*
> >
> > *À primeira vista, pode parecer que a interpretação extensiva é análoga à restritiva. Isso, porém, não é bem assim. A*

interpretação restritiva, por vezes, se impõe por si como a mais conveniente, como é o caso das normas excepcionais. Com a extensiva isso não sucede, pois aí uma valoração, pelo intérprete, das situações é mais ostensiva e radical. De certo modo, a doutrina percebe que, nesses casos, o intérprete altera a norma, contra o pressuposto de que a interpretação deve ser fiel – o mais possível – ao estabelecido na mensagem normativa. Esse reconhecimento cria dificuldades de justificação, e a própria dogmática costuma impor limitações ao uso da interpretação extensiva... Em consequência, para que seja admitida nesses casos, o intérprete deve demonstrar que a extensão do sentido está contida no espírito da lei.

Na interpretação extensiva, inclui-se no conteúdo da norma um sentido que já estava lá. (o itálico foi acrescentado)

74. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO [COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147], forte no magistério de GADAMER, põe a nu a atividade voluntarista do intérprete e a forma de sua correção, ao afirmar que cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo, nestes termos:

> *Quem deseja compreender não pode entregar-se, logo de início, à causalidade de suas opiniões prévias e ignorar o mais obstinadamente possível a opinião do texto, até que este, finalmente... já não possa ser ouvido e perca a sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa de si, até porque cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo. Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o começo, à alteridade do texto, sem que isso signifique neutralidade ou autodestruição diante dele; uma verdadeira compreensão exige confronto/interação entre as verdades do intérprete e as verdades do texto.*

75. Seria necessário, insista-se, um diálogo com o texto que demonstrasse um mínimo de possibilidade de incidência da interpretação extensiva, ou seja, que o fragmento legal minus dixit quam voluit – *disse menos do que pretendeu exprimir.*

76. Ora, o artigo legal sob exame é pleno, cheio. Ao caput *seguem-se nada menos do que dezenove parágrafos [todos com a função de explicitar o texto principal, e nenhum com a intenção de excepcioná-lo. Têm, por isso, igual grau de valor e de aplicação, cada um no seu âmbito de vigência pessoal e material, divididos em uma pletora de incisos, a regular, com absoluta intensidade a temática dos honorários, justamente porque a memória da sociedade acadêmica sobre os desvios na aplicação do art. 20 do revogado Código de Processo ainda é bastante acesa. Não foi por acaso, esse zelo do legislador.*

77. Não se vê como, no caso concreto, possa o aplicador da lei ir além daquilo imposto pela legislação de regência sob o color da fazer interpretação extensiva, absolutamente descabida.

78. In casu, *o legislador afirmou:*

> *§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.*

*79. Pois bem. De forma desautorizada por todo e qualquer cânon hermenêutico, de onde se lê valor ínfimo (*rectius, *irrisório, conforme diz o texto do parágrafo) quer-se extrair que "merece interpretação extensiva também para valor muito alto."*

80. Ora, seja ínfimo (do Latim infmus, *que quer dizer o mais baixo), seja irrisório (do Latim* irrisoris, *de* in + ridere*), que significa coisa de pouca monta, de pouco valor, cômica, ridícula ao ponto de provocar a zombaria e o escárnio), em nenhum dos casos cabe falar em interpretação extensiva. Essa existe, como visto, quando, para ajustar o texto à compreensão que se tem da lei, troca-se a espécie pelo gênero, ou por similar, por exemplo. Trocar, em certo caso concreto, réu por indiciado, ou trocar juiz por jurado.*

> *81. Jamais, porém trocar um termo por outro que lhe está em direta oposição: irrisório por vultoso. Isso, no limite do discurso, é, com as vênias de sempre, usurpação de função legislativa. Isso é criar lei nova, com fundamentos novos, com regência nova e com motivação nova, nada, enfim, ajustado ao conceito que se tem e se deve ter do que seja interpretação extensiva.*

Afasta-se, assim, com apoio em segura doutrina, a aplicação extensiva do § 8º pretendida por alguns, devendo prevalecer a nova regra do § 2º em seu expresso significado.

E diante da existência de norma jurídica expressa no Novo Código (CPC, art. 85, § 2º), concorde-se ou não, descabe também a incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou mesmo a aplicação, por analogia, do § 3º do mesmo dispositivo.

De fato, quanto ao art. 85, § 3º, o Código de Processo Civil, julgando ser conveniente, expressamente introduziu fator de moderação dos honorários advocatícios devidos apenas em relação à Fazenda Pública, omitindo-se em relação às causas havidas entre particulares, o que impõe a interpretação sistemática do novo Diploma processual de modo a se resguardar sua coerência.

6. A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA EM FORMAÇÃO NO ÂMBITO DO STJ

Em torno do tema em debate se vem gradualmente formando jurisprudência firme no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, apoiada em orientação de notáveis processualistas.

Em voto-vista proferido no citado AREsp 262.900/SP, perante a Quarta Turma, cuidando da mesma temática e ainda pendente de julgamento, o ilustre Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, na companhia de esclarecedora doutrina, aduziu:

> "*A par desse novo modelo para fixação do dever de o vencido pagar ao advogado do vencedor os honorários de sucumbência, verifica-se uma verdadeira ordem de gradação contida no próprio parágrafo 2º do art. 85 do CPC de 2015, e que, segundo penso, deve ser adotada para*

fixação da base de cálculo dos honorários: (1) o valor da condenação; (2) o proveito econômico obtido (e não o pretendido); ou (3) o valor atualizado da causa, quando não for possível mensurar o proveito econômico obtido. Somente se avança para a base de cálculo seguinte se a hipótese sub judice *não se enquadrar na anterior. Defendendo essa gradação, colaciona-se a seguinte doutrina:*

> Segundo o art. 85, § 2º, os honorários devem ser 'fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa', atendidos os critérios previstos nos incs. I a IV do mesmo § 2º, que reproduzem o que dispunham as alíneas a a c do art. 20, § 3º, do CPC/1973. Ademais, o § 6º do art. 85 prescreve que tais limites se aplicam 'independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito'.
>
> *Como se vê, não há mais distinção de base de cálculo e de limites percentuais entre as decisões condenatórias, declaratórias e constitutivas. Não importa a natureza da decisão, os parâmetros de fixação da verba honorária são os mesmos. O art. 85, § 2º, elege três bases de cálculo distintas: os valores da condenação, do proveito econômico e da causa, a serem observados nessa ordem. Assim, os honorários devem ser fixados com base no valor da condenação; não a havendo, utiliza-se o proveito econômico; em última instância, recorre-se ao valor da causa. É o que se extrai do art. 85, § 2º, do CPC/2015. (ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto B. de. Honorários de sucumbência e direito intertemporal: entre o CPC/1973 e o CPC/2015. Revista de Processo, vol. 265. ano 42. p. 348. São Paulo: Ed. RT, mar. 2017.)*

O mesmo raciocínio pode ser obtido do seguinte excerto de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *A primeira novidade fica por conta do proveito econômico como parâmetro para a fixação dos honorários dentro dos*

> *percentuais previstos em lei quando não houver condenação no caso concreto. Pode se imaginar nesse caso tanto as decisões meramente declaratórias como as constitutivas que tenham gerado vantagem econômica para o vencedor, bem como a sentença de improcedência em ações condenatórias, quando o proveito econômico será ter evitado a condenação no valor pretendido pelo autor. A segunda novidade é a regulamentação da fixação dos honorários quando não há condenação ou proveito econômico obtido, hipótese em que a fixação tomará por base o valor da causa. (*In: *Novo código de processo civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 138).*"

Também no mesmo sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO assegura que a fixação equitativa de honorários de advogado "*deve ficar restrita às hipóteses referidas no próprio § 8º do artigo 85, isto é, quando o proveito econômico perseguido for inestimável ou irrisório ou quando se tratar de valor da causa tão baixo que a fixação percentual referida nos §§ 3º e 4º do mesmo art. 85 não teria o condão de remunerar condignamente o trabalho do advogado. Entendimento contrário seria fazer prevalecer regra similar à do § 4º do art. 20 do CPC de 1973 que foi, como já destaquei acima, abolida do sistema processual pelo CPC de 2015.*" (in *Honorários Advocatícios e o art. 85 do CPC de 2015: reflexões em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*, Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci, Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 134).

A propósito, confiram-se os seguintes recentes julgados das Turmas que compõem a eg. Segunda Seção do STJ apregoando o entendimento de que "*a equidade prevista pelo § 8º do referido artigo somente pode ser utilizada subsidiariamente, apenas quando não possível o arbitramento pela regra geral ou quando inestimável ou irrisório o valor da causa*":

> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR TEMPO SUPERIOR AO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL. OCORRÊNCIA. CONTRADITÓRIO PRÉVIO À SENTENÇA DE EXTINÇÃO EXISTÊNCIA.*

POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO. TESE FIRMADA NO TEMA 1 DO IAC, PRECEDENTE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. APLICAÇÃO DA EQUIDADE PREVISTA PELO ART. 85, § 8º, DO CPC/2015 EM CASO DE ELEVADO VALOR DA CAUSA E DE PROVEITO ECONÔMICO DE VALOR RELEVANTE IDENTIFICADO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Em conformidade com a orientação jurisprudencial firmada no Tema 1 do Incidente de Assunção de Competência (IAC) - REsp 1.604.412/SC-, precedente de observância obrigatória nos termos do art. 927, III, do CPC/2015, nas execuções paralisadas sem prazo determinado, inclusive no caso de suspensão por ausência de bens penhoráveis (art. 791, III, do CPC/1973), o prazo prescricional da pretensão de direito material anteriormente interrompido reinicia após o transcurso de 1 (um) ano do último ato do processo. Além disso, a prescrição pode ser conhecida de ofício, desde que assegurado o prévio contraditório, a fim de possibilitar ao credor a oposição de fato obstativo, em vez do impulsionamento do processo - providência própria do abandono processual.

2. Os honorários advocatícios devem, ordinariamente, ser arbitrados com fundamento nos limites percentuais estabelecidos pelo art. 85, § 2º, do CPC/2015 sobre o proveito econômico obtido, ou, na impossibilidade de identificá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

A equidade prevista pelo § 8º do referido artigo somente pode ser utilizada subsidiariamente, apenas quando não possível o arbitramento pela regra geral ou quando inestimável ou irrisório o valor da causa.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 983.554/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 24/08/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO

DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 85 DO CPC/2015. PROVIMENTO NEGADO.

1. "O § 8º do art. 85 do CPC/2015 se aplica somente quando o valor da causa é muito baixo e, além disso, seja irrisório ou inestimável o proveito econômico experimentado. Caso contrário, os honorários advocatícios devem ser arbitrados a partir do valor da causa ou do proveito econômico experimentado, com obediência aos limites impostos pelo § 2º do art. 85 do CPC/2015, os quais se aplicam, inclusive, nas decisões de improcedência e quando houver julgamento sem resolução do mérito" (AgInt no AREsp 1.187.650/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe de 30/04/2018).

2. Agravo interno ao qual se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.191.051/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe de 22/08/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. APRECIAÇÃO EQUITATIVA. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES LEGAIS. NÃO OBSERVÂNCIA. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. O Tribunal Superior de Justiça tem afastado o óbice da Súmula n. 7/STJ, para rever a verba honorária arbitrada nas instâncias ordinárias, quando verifica que o julgador se distanciou dos critérios legais e dos limites da razoabilidade para fixá-la em valor irrisório.

3. O § 8º do art. 85 do CPC/2015 se aplica somente quando o valor da causa é muito baixo e, além disso, seja irrisório ou inestimável o proveito econômico experimentado. Caso contrário, os honorários

advocatícios devem ser arbitrados a partir do valor da causa ou do proveito econômico experimentado, com obediência aos limites impostos pelo § 2º do art. 85 do CPC/2015, os quais se aplicam, inclusive, nas decisões de improcedência e quando houver julgamento sem resolução do mérito.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.187.650/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe de 30/04/2018)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA. APRECIAÇÃO EQUITATIVA. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES PERCENTUAIS. OBSERVÂNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Ressalvadas as exceções previstas nos §§ 3º e 8º do art. 85 do CPC/2015, na vigência da nova legislação processual o valor da verba honorária sucumbencial não pode ser arbitrado por apreciação equitativa ou fora dos limites percentuais fixados pelo § 2º do referido dispositivo legal.

2. Segundo dispõe o § 6º do art. 85 do CPC/2015, "[o]s limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º [do mesmo art. 85] aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito".

3. No caso concreto, ante o julgamento de improcedência dos pedidos deduzidos em reconvenção, não se tratando de demanda de valor inestimável ou irrisório, faz-se impositiva a majoração da verba honorária, estipulada em quantia inferior a 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.731.617/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe de 15/05/2018)

7. CONCLUSÃO

Por todas essas razões, registrando que, pessoalmente, também faço ressalvas ao novo disciplinamento ilimitado dos honorários

advocatícios sucumbenciais, que pode conduzir a solução de litígios a situações desconfortáveis para o julgador, é de entender-se forçosa a aplicação da regra geral, emergente do § 2º do art. 85 da Lei Processual Civil, remetendo-se a plano secundário, subsidiário, a regra do § 8º do mesmo artigo, que prevê a fixação da verba sucumbencial por juízo de equidade.

Foi precisamente esse o entendimento que, por maioria, adotou a eg. Segunda Seção do STJ no julgamento daquele recurso especial inicialmente mencionado (o REsp 1.746.072/PR).

Na esteira da ressalva acima, registro também que o próprio caso específico em que firmada a tese interpretativa prevalente ilustra bem as dificuldades que futuramente visitarão o Tribunal da Cidadania: o banco ali recorrente, que naquela oportunidade logrou colher êxito com a adoção do entendimento expresso no voto vencedor, no futuro certamente irá experimentar consideráveis prejuízos econômicos em seus legítimos interesses como involuntário frequente litigante em Juízo.

Também atenta para esse preocupante aspecto prospectivo, a culta Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, na ocasião, advertiu em seu voto sobre a necessidade de se deixar em aberto "*a possibilidade de arbitramento por equidade de honorários de sucumbência, por interpretação extensiva da regra do § 8º, tendo por base os princípios da coerência e da organicidade do sistema jurídico, mesmo em hipóteses que escapam à literalidade do dispositivo*", pois, "*pela conjugação da regra geral do § 2º (honorários entre 10% e 20% do proveito econômico ou do valor da causa) com a do § 6º (para qualquer sentença ou decisão, inclusive de extinção sem resolução de mérito), a interpretação meramente literal da regra pode conduzir a situações de fato teratológicas*".

Avisou que, "*para atender a vontade da Lei cumpre estender a literalidade da regra para abranger todas as hipóteses em que a base de cálculo prevista na regra geral (§ 2º) seja inadequada para atingir o escopo do dispositivo legal, interpretado sistematicamente com os princípios imanentes do ordenamento jurídico, tendo em vista, sempre, as circunstâncias de cada caso concreto*".

Ponderou que, "*em uma ação de valor bilionário (e não são incomuns), extinta por qualquer motivo (fato superveniente alheio à vontade das partes, desistência, inépcia da inicial, ilegitimidade, prescrição), poucos dias após o oferecimento de contestação (mesmo que simples, por negativa geral, ou limitada a alguma preliminar processual), o advogado do réu faria jus a centenas de milhões de reais, o que poderia conduzir à penúria o autor, situação com a qual parece não se compadecer o sistema jurídico*".

Alertou que, em várias hipóteses que exemplifica, "*de extinção de processos valiosos sem resolução de mérito, pouco tempo após a constituição de advogado pelo réu, por motivos que podem ser os mais diversos e imponderáveis*", o arbitramento de honorários de sucumbência "*pode resultar em condenações em valores incompatíveis com o trabalho desenvolvido pelo profissional, desvirtuando a finalidade dos dispositivos em comento (elemento racional) e ensejando conflito com outros princípios do sistema, como o que veda o enriquecimento sem causa (elemento sistemático)*".

De fato, deve-se admitir que, no futuro, essas e outras situações exorbitantes e conflitantes chegarão à Corte Uniformizadora, oportunidade em que haverão de receber adequado e específico tratamento pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, atualmente ainda em formação sobre a relevante questão.

No momento, porém, e como quer que seja, impõe-se afastar a possibilidade de se fixar os honorários advocatícios sucumbenciais com base em equidade, desconsiderando-se a existência de comando legal expresso, que é a regra geral a ser primordialmente observada, a qual determina a fixação em gradiente bastante claro (entre 10% e 20%), nos termos da previsão constante do § 2º do art. 85 do CPC.

Com isso, afirma o Superior Tribunal de Justiça, de modo patente e marcante, a nova concepção sobre o tema trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, superando a arraigada cultura de excessiva subjetividade no estabelecimento, por juízo de equidade, dos honorários advocatícios sucumbenciais pelos órgãos do Poder Judiciário.

Dez Anos de Recursos Repetitivos no STJ

Paulo de Tarso Sanseverino
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

DEZ ANOS DE RECURSOS REPETITIVOS NO STJ

Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino[1]

Os recursos especiais repetitivos, instituídos pela Lei n. 11.672/2008 (CPC/73, art. 543-C) e aperfeiçoados pelo CPC/2015 (art. 1.036), constituem um marco na história do Superior Tribunal de Justiça, permitindo o aprimoramento da gestão processual e ensejando a formação de precedentes qualificados.

1. INTRODUÇÃO

Os recursos especiais repetitivos, instituídos pela Lei n. 11.672/2008, acrescentando o art. 543-C ao CPC/73, e significativamente aperfeiçoados pelo CPC/2015 (art. 1.036), constituem um marco na história do Superior Tribunal de Justiça, apresentando-se como um capítulo especial nos trinta anos de funcionamento da Corte desde sua instalação em abril de 1989.

---

[1] - O autor é Ministro do Superior Tribunal de Justiça desde 2010 e Professor de Direito Civil. Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é autor dos livros "Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor" (São Paulo: Saraiva, 2007, 2ª ed.), "Contratos Nominados II" (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005) e "Princípio da reparação integral - Indenização no Código Civil" (São Paulo: Saraiva, 2010), além de diversos artigos publicados em revistas jurídicas.

Apresentam-se como uma ferramenta fundamental tanto para a formação de precedentes qualificados, como para a viabilização e o aprimoramento da gestão processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, diversamente do Supremo Tribunal Federal (STF), não conta com o instituto da repercussão geral.

A partir de minha posse no tribunal, em agosto de 2010, tive o privilégio de testemunhar o extraordinário esforço desenvolvido coletivamente pelas sucessivas administrações do Superior Tribunal de Justiça e por todos os seus integrantes para conferir efetividade a esse importante instrumento processual.

Ao longo de dez anos, foram mais de mil temas afetados, sendo julgados 786 temas até o final de 2018, com impressionante impacto na produtividade do STJ, que, nos últimos exercícios, tem conseguido julgar número superior de processos em comparação com os que aportam na Corte.

O presente artigo busca relembrar um pouco da história da implantação e da gestão dos recursos especiais repetitivos ao longo dos últimos dez anos no STJ.

2. IMPACTO DAS DEMANDAS REPETITIVAS NO PODER JUDICIÁRIO

O problema da proliferação das demandas repetitivas em todos os níveis, desde as instâncias iniciais, passando pelos tribunais de segundo grau e chegando aos tribunais superiores, constitui um dos maiores desafios para um melhor funcionamento da nossa máquina judiciária.

O impressionante número de quase cem milhões de processos em tramitação deixa o Poder Judiciário brasileiro à beira de um colapso, pois não é possível expandir, na mesma proporção, a sua máquina administrativa, carecendo de recursos humanos e materiais.

Consideram-se demandas repetitivas ou de massa aquelas causas em que a ofensa a um direito individual ou coletivo atinge um grande número de pessoas de forma semelhante, ensejando o ajuizamento de centenas ou milhares de ações individuais versando sobre o mesmo tema.

Relembro, a título exemplificativo, dois recursos especiais repetitivos de que fui relator, referentes ao chamado "credit scoring" (nota de crédito), abrangendo mais de duzentos mil processos semelhantes em todo o País[2].

As demandas repetitivas têm constituído um grave problema para o Poder Judiciário, pois, além de provocarem um afogamento da máquina judiciária, incapaz de dar vencimento ao seu expressivo volume, ensejam também a prolação de decisões diametralmente opostas para casos semelhantes, ferindo os ideais de segurança jurídica e isonomia, ínsitos à noção de Justiça.

As principais causas apontadas para a multiplicação dessas demandas de massa são (a) a cultura arraigada do processo individual nos profissionais da área jurídica desde os bancos escolares nas Faculdades de Direito; (b) a extrema facilidade de acesso à Justiça, em face do grande número de advogados (mais de um milhão de advogados); (c) a liberalidade na concessão do benefício da assistência judiciária gratuita; (d) maior consciência de cidadania da população; (e) a litigância contumaz para retardar o cumprimento de obrigações.

3. IMPACTO DOS RECURSOS REPETITIVOS NO STJ

O impacto das demandas repetitivas pode ser sentido em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro, servindo de exemplo o crescimento exponencial dos recursos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça nos últimos trinta anos.

Criado pela Constituição Federal de 1988, com o objetivo principal de desafogar o Supremo Tribunal Federal, transformado em Corte Constitucional, o Superior Tribunal de Justiça passou a funcionar em abril de 1989, recebendo, nesse ano, 6.103 novos processos.

---

[2] - Recursos Especiais n. 1.419.697 e 1.457.199. O resultado dos julgamentos foi sintetizado na Súmula 550/STJ (*"A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo"*).

Em 1990, primeiro ano completo de distribuição, passou para 14.087. Dez anos depois, em 2000, aportaram 154.164 feitos à Corte, alcançando, em 2010, 228.981 recursos e, em 2011, 290.901 novos processos. Nos anos subsequentes, o crescimento tem sido constante, atingindo 338.711 novos processos no final de 2018.

Considerando que dos trinta e três ministros da Corte apenas trinta estão na jurisdição, pois o Presidente, o Vice-Presidente e o Corregedor do CNJ exercem fundamentalmente funções administrativas, a média anual de distribuição é em torno de onze mil processos por Ministro do STJ.

Esse número elevado de novos processos, apesar da alta produtividade dos seus integrantes, desnatura a função nomofilácica atribuída ao STJ pela Constituição Federal (art. 105 da CF/88), sintetizada na sua missão de assegurar unidade na aplicação e interpretação do direito federal pelos tribunais brasileiros mediante a formação de precedentes qualificados.

Um dos pontos em que mais se pode sentir o desvirtuamento da missão constitucional do STJ é no julgamento das demandas repetitivas, sendo possível encontrar decisões contraditórias nos julgados da própria Corte.

A solução é a concentração do julgamento das demandas repetitivas mediante os recursos representativos dessas controvérsias, permitindo soluções isonômicas para casos semelhantes.

4. CONTRIBUIÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (2015)

O novo Código de Processo Civil (CPC/2015) estatuiu importante instrumental para o adequado enfrentamento dos recursos repetitivos, seguindo uma antiga preocupação do legislador brasileiro com a proliferação de demandas repetitivas.

Relembre-se que, nas últimas décadas, têm sido feitas diferentes tentativas de aprimoramento de nossa legislação processual, com a criação de multifários instrumentos normativos para o enfrentamento das demandas de massa, como as ações coletivas, o incidente de uniformização

de jurisprudência, a repercussão geral, a súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal.

Os recursos especiais repetitivos, instituídos pela Lei n. 11.672/2008, ao incluir o art. 543-C no CPC/73, inserem-se nesse contexto, tendo sido significativamente aperfeiçoados pelo CPC/2015 (art. 1.036 e segs.).

Com efeito, o CPC/2015 aprimorou a sistematização dos recursos repetitivos, delineando cinco fases para o seu processamento: (a) seleção de um recurso como representativo da controvérsia (art. 1.036); (b) afetação do tema (art. 1.037); (c) instrução (art. 1.038); (d) decisão do recurso repetitivo (art. 1.038); (e) eficácia da decisão (arts. 1.039/1.041).

Na primeira fase, ocorre a seleção de recursos representativos da controvérsia (RRC), podendo essa escolha ser feita pelo tribunal de segundo grau ou pelo tribunal superior (art. 1.036)[3]. Nesse momento, pode ocorrer a suspensão de processos individuais ou coletivos acerca do tema no âmbito da jurisdição do respectivo tribunal.

---

[3] - ***Art. 1.036.*** *Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. § 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais* ***recursos representativos da controvérsia****, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. § 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento. § 3º Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo, nos termos do art. 1.042. § 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia. § 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem. § 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.*

Na etapa seguinte, há afetação do tema (art. 1.037)[4], tendo sido a respectiva decisão atribuída diretamente ao relator do recurso no STJ pelo CPC/2015.

Entretanto, em face da experiência prática do STJ no julgamento de recursos repetitivos, ao se proceder à adaptação do seu regimento interno

---

[4] - ***Art. 1.037.*** *Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão* ***a questão*** *a ser submetida a julgamento; II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia. § 1º Se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão referida no art. 1.036, § 1º. § 2º É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do art. 1.040, questão não delimitada na decisão a que se refere o inciso I do caput. § 3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do caput. § 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 5º Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar da publicação da decisão de que trata o inciso I do caput, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal. § 6º Ocorrendo a hipótese do § 5º, é permitido a outro relator do respectivo tribunal superior afetar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia na forma do art. 1.036. § 7º Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do caput contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo. § 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput. § 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. § 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido: I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem; IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado. § 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias. § 12. Reconhecida a distinção no caso: I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo; II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único. § 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá: I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau; II - agravo interno, se a decisão for de relator.*

ao novo CPC, passou a ser estabelecida a afetação de forma colegiada pelo órgão competente para julgamento dos recursos repetitivos (Seções ou Corte Especial). No início de 2018, essa sistemática foi aperfeiçoada ainda mais, passando a ser adotada a sistemática do plenário virtual para afetação dos recursos repetitivos.

No momento da afetação, deve ocorrer a identificação precisa da questão jurídica afetada (tema), recebendo cada tema afetado uma numeração sequencial com destaque no sítio virtual (*site*) do STJ na internet para lhe atribuir ampla publicidade.

No momento da afetação virtual, há também a deliberação do colegiado acerca da suspensão dos processos individuais ou coletivos pendentes em todo o território nacional. Conforme as peculiaridades do tema afetado, a suspensão pode ser mais ampla (v.g. processos em tramitação em todas as instâncias), mais restrita (v.g. processos com recursos especiais interpostos) ou ser simplesmente permitido o seu andamento normal.

A terceira etapa do processamento do recurso especial repetitivo é dedicada à sua instrução (art. 1.038)[5], permitindo-se a manifestação dos interessados (*amicus curie*), a realização de audiência pública e a requisição de informações pelo relator. Essa fase instrutória é muito importante, em face da extraordinária importância assumida pelo recurso-piloto em relação às centenas ou milhares de processos por ele abrangidos.

Merecem especial destaque as audiências públicas realizadas no âmbito do tribunal em que se abre efetiva oportunidade de manifestação a todos os interessados, não se exigindo que tenham formação jurídica e permitindo-se um amplo debate acerca do tema afetado.

---

[5] - ***Art. 1.038.*** *O relator poderá: 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 informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se. § 1º No caso do inciso III, os prazos respectivos são de 15 (quinze) dias, e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico. § 2º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários.*

A quarta etapa é o julgamento do recurso representativo da controvérsia (art. 1.038, §§ 2º e 3º), que desfruta de preferência para seu julgamento. Exige-se o exame de todos os fundamentos do tema afetado, devendo-se ter o cuidado, no momento do julgamento, para não se apreciar questão não delimitada na afetação, o que é expressamente vedado pelo CPC (art. 1.037, § 2º).

Há uma grande preocupação no STJ na agilização, na medida do possível, do julgamento dos recursos repetitivos, evitando as críticas dirigidas à repercussão geral no STF.

Esse foi um dos motivos da criação pelo STJ, em 2014, de uma comissão especial de ministros para monitorar o andamento de todos os recursos repetitivos em tramitação no tribunal.

A quinta etapa, posterior ao julgamento final do recurso repetitivo (art. 1.040)[6], é assegurar a sua plena eficácia, com a aplicação da decisão aos casos idênticos (art. 1.039)[7], com possibilidade de retratação ou manutenção do acórdão divergente pelo tribunal de origem (art. 1.041)[8].

---

[6] - ***Art. 1.040.*** *Publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. § 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. § 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência. § 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.*

[7] - ***Art. 1.039.*** *Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.*

[8] - ***Art. 1.041.*** *Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º. § 1º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.*

5. CONTRIBUIÇÃO DO CNJ

O impacto das demandas repetitivas em todas as instâncias tem sido objeto de atenção também pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), inserindo-se entre as políticas públicas prioritárias do Poder Judiciário.

Após a edição da Lei n. 11.672/2008, o CNJ realizou, por meio do seu Departamento de Pesquisa Judiciária, várias pesquisas para identificação das principais causas desse grave problema, editando, posteriormente, a Resolução n. 160/2012, regulamentando a questão e estabelecendo a criação de Núcleos de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER) em todos os tribunais do país.

A instalação pelos tribunais desses núcleos constituiu uma importante medida para o enfrentamento do problema, atuando como órgão de inteligência para identificação das principais demandas repetitivas e a proposição de soluções concretas (v.g. criação de varas e câmaras especializadas; estímulo à propositura de ações coletivas; provocação dos tribunais superiores).

Em 2016, em face das alterações promovidas pelo CPC/15, o CNJ editou uma nova resolução (Resolução n. 235/2016), que se inspirou, em muitos aspectos, no trabalho desenvolvido pelo STJ na gestão das demandas repetitivas. A Resolução n. 235/2016 do CNJ, entre outras determinações, alterou a denominação desses núcleos para NUGEP (Núcleo de Gerenciamento de Precedentes), com funções semelhantes as do antigo NURER.

6. GERENCIAMENTO DOS RECURSOS REPETITIVOS PELO STJ

O gerenciamento das demandas repetitivas pelas sucessivas administrações do Superior Tribunal de Justiça, especialmente a partir da edição da Lei n. 11.672/2008, é um exemplo de boa gestão administrativa no Poder Judiciário brasileiro.

---

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente do tribunal, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso ou de juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões.

Em 2008, houve a criação no STJ do Núcleo de Procedimentos Especiais (NUPRE) vinculado à Presidência, permitindo o julgamento monocrático de recursos que tivessem por objeto temas com jurisprudência consolidada.

Em 2010, além da implantação do processo eletrônico, permitindo um melhor gerenciamento dos recursos repetitivos, foi inserido no Planejamento Estratégico do tribunal como uma das políticas públicas a ser perseguida.

Em 2012, houve a realização de encontro promovido pela Presidência do STJ com os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais com o propósito de discutir a estratégia para o enfrentamento dos recursos repetitivos.

Em 2013, após a edição da Resolução n. 160/2012 do CNJ, houve a instalação do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER) do STJ.

Em 2016, após a edição da Resolução n. 235/2016 do CNJ, foi criado o NUGEP (Núcleo de Gerenciamento de Precedentes).

Funcionam, atualmente, no STJ duas estruturas administrativas, atuando de forma complementar na gestão dos precedentes: o NUGEP (Núcleo de Gerenciamento de Precedentes) e o NARER (Núcleo de Admissibilidade e Recursos Repetitivos).

O Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), regulamentado a partir da Resolução CNJ n. 235/2016 como unidade vinculada ao Gabinete da Presidência, possui como atribuição assessorar o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, na forma regimental, especialmente no (a) gerenciamento e unificação dos procedimentos administrativos decorrentes da aplicação da repercussão geral, do julgamento de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência (art. 7º da Resolução CNJ n. 235/2016); (b) acompanhamento dos processos submetidos à técnica dos casos repetitivos e da assunção de competência em todas as suas fases, alimentando o banco nacional de dados do Conselho Nacional de Justiça e a página do STJ na internet; (c) acompanhamento da tramitação dos recursos selecionados pelo tribunal

como representativos da controvérsia encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, a fim de subsidiar a atividade do órgão jurisdicional competente pelo juízo de admissibilidade e pelo sobrestamento de feitos, alimentando o banco de dados do Conselho Nacional de Justiça; (d) auxílio dos órgãos julgadores na gestão do acervo sobrestado; (e) monitoramento do Fórum Virtual Permanente; (f) consolidação dos dados estatísticos e gerenciais relacionados aos recursos repetitivos e recursos sobrestados pela repercussão geral; (g) apoio à Comissão Gestora de Precedentes (Art. 46-A do RISTJ e Portaria STJ/GP n. 299 de 19 de julho de 2017).

Por sua vez, o Núcleo de Admissibilidade e Recursos Repetitivos (NARER), também vinculado à Presidência do STJ, é responsável pela análise, antes da distribuição dos processos aos ministros, da admissibilidade de recursos especiais e de agravos em recursos especiais, procedendo o Presidente ao julgamento monocrático quando houver decisão em sede de recurso repetitivo ou jurisprudência consolidada sobre a matéria debatida.

7. O NURER DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ

Merece especial referência a criação em 2013 de um NURER específico para a Seção de Direito Privado, iniciativa do Ministro Sidnei Beneti, quando exercia a Presidência da Segunda Seção do STJ, que produziu notáveis resultados práticos.

A ideia inicial consistiu na identificação dos principais temas repetitivos da Seção de Direito Privado (v.g. instituições financeiras, telefonia, seguro DPVAT), distribuindo-se esses temas entre os Ministros integrantes da Segunda Seção para sua afetação em sede de um recurso especial repetitivo.

Posteriormente, para facilitar a identificação de novas teses repetitivas, recursos de determinados litigantes passaram a ser distribuídos diretamente para a Presidência da Segunda Seção, que, sendo o caso, os julgava diretamente por decisão monocrática, distribuindo-se os agravos internos aos demais Ministros da Seção.

Os resultados foram extraordinários, ensejando que, em curto espaço de tempo, o número de novos processos distribuídos aos gabinetes dos Ministros da Segunda Seção fosse substancialmente reduzido.

Após a aposentadoria do Ministro Beneti, em 2014, a Presidência do NURER da Seção de Direito Privado foi-me transferida por delegação do Ministro Luis Felipe Salomão, que exercia a Presidência da Segunda Seção.

Além de dar continuidade ao excelente trabalho iniciado pelo Ministro Beneti, tive a ideia de estender o NURER, especialmente a parte de inteligência, às demais Seções do Superior Tribunal de Justiça, mediante a criação de uma comissão especial formada por Ministros.

8. A FORMAÇÃO DA COMISSÃO ESPECIAL DE MINISTROS (NUGEP)

Em setembro de 2014, no início da gestão do Ministro Francisco Falcão na Presidência do STJ, foi criada uma Comissão Especial de Recursos Repetitivos com o objetivo de coordenar o enfrentamento do problema na Corte.

A comissão formada por três Ministros representantes das Seções do STJ, foi composta pela Ministra Assusete Magalhães representando a Seção de Direito Público, pelo Ministro Rogério Schietti, pela Seção de Direito Penal e por mim, pela Seção de Direito Privado, também exercendo a sua Presidência pelo critério da antiguidade.

Além de propor medidas concretas no plano interno para agilizar a tramitação dos recursos especiais repetitivos, atribuiu-se também à comissão o desenvolvimento de um trabalho de inteligência para rápida identificação de novas demandas repetitivas, bem como de interlocução com outros órgãos ligados ao STJ (STF, CNJ, Tribunais de Segundo Grau, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil).

Os resultados práticos foram notáveis, tendo a comissão sido mantida na gestão da Ministra Laurita Vaz na Presidência da Corte, iniciada em setembro de 2016, que aperfeiçoou ainda mais a gestão das demandas repetitivas no âmbito do STJ.

Em dezembro de 2016, mediante a Emenda Regimental n. 13/2016, foi transformada em uma comissão permanente denominada de Comissão Gestora de Precedentes, com as atribuições de (a) controlar e acompanhar os processos sobrestados no STJ; (b) sugerir medidas para o

aperfeiçoamento da formação e da divulgação dos precedentes qualificados; (c) desenvolver trabalho de inteligência, em conjunto com o CNJ, com os Tribunais Regionais Federais e com os Tribunais de Justiça para identificação de matérias com potencial de repetitividade ou com relevante questão de direito; (d) deliberar acerca de questões que excedam a esfera de competência administrativa do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), além de outras atribuições referentes a casos repetitivos e a incidentes de assunção de competência.

Atribuiu-se, ainda, ao Presidente da Comissão, por delegação da Presidência do Tribunal (Portaria STJ/GP n. 299 de 19 de julho de 2017), competência para (a) despachar, antes da distribuição, em recursos indicados pelos Tribunais de origem como representativo da controvérsia; (b) decidir, resolvendo os incidentes que suscitarem, os requerimentos de suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto de incidente de resolução de demandas repetitivas em tramitação.

Seguindo essas diretrizes, procurou-se ampliar o trabalho de interlocução com os trinta e dois (32) tribunais vinculados ao STJ mediante a realização de visitas pela Comissão de Ministros a diversos tribunais, tendo sido visitados quinze tribunais no período de dois anos.

Na gestão do Ministro João Otávio de Noronha, iniciada no final de agosto de 2018, a Comissão Gestora de Precedentes foi mantida, acrescentando entre os seus objetivos a utilização da inteligência artificial na identificação de demandas repetitivas.

9. RESULTADOS OBTIDOS

Os resultados obtidos têm sido impressionantes, servindo de exemplo a Seção de Direito Privado.

Em 2012, os Ministros da Segunda Seção (Direito Privado) receberam, em média, 13.700 novos processos, tendo esse número sido reduzido ao longo dos anos, alcançando, em 2017, o número de 7.500 e subindo, em 2018, para 9.200 novos recursos.

A diminuição do número de novos processos distribuídos aos Ministros tem permitido uma redução do acervo dos gabinetes com significativa melhora na qualidade da prestação jurisprudencial.

10. CONCLUSÃO

A gestão dos recursos especiais repetitivos pelas sucessivas administrações do Superior Tribunal de Justiça constitui um marco nos trinta anos de história da Corte, apresentando-se como um excelente exemplo das boas práticas administrativas do Poder Judiciário, viabilizando a formação de precedentes qualificados para o efetivo cumprimento da sua missão constitucional.

A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ: a Proteção do Consumidor – Harmonização dos Interesses Coletivo e Individual

Isabel Gallotti
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA NA PERSPECTIVA DO STJ: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR – HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVO E INDIVIDUAL

Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues

As relações jurídicas decorrentes da incorporação imobiliária foram profundamente impactadas com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, permitindo maior estreitamento entre o direito e a realidade social, com novos contornos à interpretação dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel.

Recorde-se que os contratos de compra e venda, promessa de venda ou cessão de unidades autônomas foram concebidos, pelo art. 32 § 2º da Lei n. 4.591/1964, como irretratáveis, o que deveria conferir segurança tanto ao empreendedor quanto ao adquirente da futura unidade.

Nos anos que precederam a edição do Código do Consumidor e também nos subsequentes, até a implantação do Plano Real, todavia, o surto inflacionário impactou fortemente o crédito imobiliário, com consequências deletérias para o fornecedor e para o consumidor.

Sobretudo nos contratos para aquisição da casa própria, financiados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, grande distorção foi gerada em decorrência da disparidade entre o critério de correção aplicado à prestação mensal, o reajuste salarial, frequentemente inferior à inflação, e o índice de correção do saldo devedor, o mesmo da caderneta de poupança.

Isso fazia com que, após mais de década pagando prestações depreciadas em relação ao saldo devedor, mas compatíveis com o salário, a dívida do mutuário ficasse por vezes superior ao próprio valor do imóvel, o que era incompreensível para o consumidor. Até hoje temos resíduos dessas ações, em que se atribuía a fatores matematicamente neutros, como a Tabela Price, essas distorções decorrentes da hiperinflação e da disparidade de critérios de correção entre as prestações e o saldo devedor.

Também financiamentos obtidos na fase da obra perante as próprias construtoras tinham seu cumprimento dificultado pela hiperinflação, pela imprevisibilidade da evolução das prestações e pelos preços dos insumos das obras.

Diante da insuportabilidade do pagamento das prestações, dada a conjuntura econômica superveniente à data da contratação, era comum a rescisão do contrato, impondo, para tanto, o incorporador a perda total das prestações pagas.

Nesse cenário, o Código do Consumidor veio a afirmar a nulidade das cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Foi, todavia, vetado o dispositivo que assegurava ao comprador o direito de requerer o desfazimento do contrato e a devolução das prestações pagas.

Diante da controvérsia a respeito da possibilidade de o comprador desistir do contrato – por lei, relembre-se, irretratável – e requerer a devolução dos valores pagos, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento da prevalência do princípio imanente ao art. 53 do CDC, coibindo a cláusula padrão inserida nas promessas de compra e venda, que previa a perda das parcelas pagas pelo promissário inadimplente. Inegável que muito se evoluiu na defesa dos adquirentes de unidades imobiliárias.

Foi reconhecido, inclusive, o direito do consumidor inadimplente de promover ação a fim de receber, de forma imediata e em pagamento único, a restituição dos valores pagos, assegurado ao vendedor, de outro lado, o direito de reter parcela do montante. Nesse sentido: REsp 132.903/

SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 19.12.1997; EREsp 59.870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Segunda Seção, DJ 9.12.2002.

Esse direito, a princípio, foi afirmado com base em teorias como imprevisão, modificação do contrato por onerosidade excessiva, alteração da base do negócio. Em precedentes posteriores ao Código do Consumidor, foi considerada a ilegalidade de cláusulas que imponham manifesta desvantagem ao devedor (art. 51, IV e § 1º, III), sendo enfatizado que o incorporador e o construtor devem devolver imediatamente o valor pago pelo consumidor, uma vez que podem revender a unidade, eventualmente com lucro. No AgREsp 997.956/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (DJe 2.8.2012), foi determinada a devolução ao consumidor até mesmo das arras confirmatórias, com base no princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Assentou a 2ª Seção, com efeito de tese repetitiva, que "em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento." (REsp 1.300.418/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10.12.2013).

Nos casos em que a iniciativa da rescisão do contrato partiu do consumidor, sem culpa do fornecedor, ante a ausência de disciplina legal - até a recentíssima edição da Lei n. 13.786 de 27.12.2018, a qual irá reger futuros contratos - remanesce ainda acesa controvérsia sobre o percentual a ser retido pelo fornecedor.

Anoto que a Segunda Seção, no já citado EREsp 59.870/SP, afirmou o direito do consumidor desistente do contrato a receber 75% dos valores pagos, retendo a construtora, portanto, 25%. Nos debates, o Ministro ARI PARGENDLER enfatizou que a devolução das prestações pagas deve ser feita após a retenção, não apenas das despesas incorridas pelo

empreendedor, lembradas pelo Ministro CESAR ASFOR ROCHA, como custos com corretagem, publicidade, ocupação, manutenção, segurança, vigilância, mas também de "uma indenização adicional pelo rompimento do vínculo, porque, se assim não for, estaremos dizendo que a pessoa pode contratar sem se estar obrigando. Quem se obriga e rompe essa obrigação, sofre uma pena".

Igualmente no REsp 331.923/RJ, Relator o Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, a Quarta Turma, invocando o decidido no EREsp 59.870/SP, decidiu que o desfazimento do contrato dá ao comprador direito à restituição das parcelas pagas, com retenção pelo vendedor de 25% sobre o valor pago, havendo, ainda, no caso específico, em que os compradores usaram o imóvel por considerável tempo, o dever de ressarcimento a título de aluguéis.

Posteriormente, a Segunda Seção, no julgamento de embargos de divergência, interpretando o decidido no EREsp 59.870/SP, repeliu a tese de que o percentual de 25%, adotado predominantemente na jurisprudência do STJ, já levaria em conta o ressarcimento pela ocupação/utilização da unidade por algum período e desgaste do imóvel, de forma que, quando ainda não entregue a unidade imobiliária, deveria ser reduzido o percentual de retenção. Prevaleceu o entendimento de que "o percentual de retenção tem caráter indenizatório e cominatório. E não há diferenciação entre a utilização ou não do bem ante o descumprimento contratual e também não influi nas despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento". Concluiu, então, a Segunda Seção pela "continuidade da adoção do percentual de 25% para o caso de resilição unilateral por insuportabilidade do comprador no pagamento das parcelas, independentemente da entrega/ocupação da unidade imobiliária, que cumpre bem o papel indenizatório e cominatório." Trata-se do EAg 1.138.183/PE, Relator Ministro SIDNEI BENETI.

A despeito de uniformizada a matéria pela Seção competente do STJ, e rejeitada a tese de que o percentual de 25% de retenção deve ser diminuído em caso de imóvel que não chegou a ser entregue ao consumidor desistente, há nos dias de hoje enorme dispersão na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, havendo alguns deles fixado, como base, o percentual

de retenção em apenas 10%, em atenção precisamente à circunstância - repelida para tal fim pela Segunda Seção - de que o imóvel não chegou a ser ocupado pelo desistente. Os recursos especiais sobre a questão não têm obtido acesso ao STJ, no mais das vezes enfrentando o óbice da Súmula 7, sob o argumento de que é compatível com a jurisprudência deste Tribunal o percentual de retenção entre 10 e 25%, e de que as circunstâncias de fato avaliadas na origem seriam insusceptíveis de reexame na via extraordinária.

Tendo votado vencida no EAg 1.138.183/PE, hoje penso ter sido mais adequado o entendimento da maioria formada à época.

Com efeito, é salutar que haja um padrão-base aceitável de cláusula penal de retenção de valores em caso de desistência de um dos contratantes, na hipótese de ausência de peculiaridade relevante segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Hoje, aliado à disciplina do CDC, o art. 413 do Código Civil não somente permite, mas determina que as cláusulas penais sejam reduzidas pelo juiz, se consideradas excessivas, de acordo com a natureza e a finalidade social e econômica do negócio. Por outro lado, deve haver um mínimo de previsibilidade, pelos contratantes, das consequências de sua iniciativa de não dar prosseguimento ao contrato. A dosimetria da cláusula penal, em casos tais, tem papel importante para a continuidade do empreendimento, na medida em que, de um lado, não se pode incentivar a desistência do adquirente e, por outro, igualmente não deve ser permitido o enriquecimento ilícito do fornecedor. A incorporação imobiliária, como qualquer ramo da atividade econômica, sobretudo aqueles que demandam investimentos e contratos de longa duração, necessita de segurança jurídica para desenvolvimento equilibrado e sustentável da cadeia produtiva.

A circunstância de o imóvel ter ou não sido usufruído pelo comprador desistente não deve, como acertamente decidiu a maioria da Segunda Seção, ser relevante para a definição do percentual justo de retenção a título de cláusula penal. O tempo de uso deve ser indenizado tendo por base o valor locatício de imóvel semelhante multiplicado pelo número de meses em que durou a ocupação. Este é o entendimento mais atual do STJ, valendo lembrar o precedente relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no qual a Quarta Turma estabeleceu que, em caso de rescisão do contrato

de compra e venda, independentemente da causa - culpa do fornecedor ou do consumidor - deve haver o pagamento de indenização pela ocupação do imóvel, desde a imissão na posse do comprador, com base no princípio que veda o enriquecimento ilícito (REsp 955.134/SC, DJe 29.8.2012).

Assim, a garantia ao promitente vendedor do recebimento de indenização pelo tempo em que o promissário comprador desistente ocupou o bem, a fim de evitar enriquecimento ilícito, não deve ser confundida e englobada no percentual da cláusula penal de retenção em favor do construtor, destinada esta a indenizar a rescisão unilateral do contrato. Tratam-se de institutos jurídicos distintos, com causas e bases econômicas próprias. Leia-se, entre outros, também os acórdãos da 4ª Turma no AgInt no AREsp 191.430/DF, DJe 4.3.2017, o AgInt no REsp 1.167.766/ES e o AgInt no REsp 1.216.477/RS, de minha relatoria.

Outro exemplo de desequilíbrio havido no mercado imobiliário foi a significativa redução de disponibilidade de crédito às construtoras e incorporadoras nos anos noventa, período em que o mercado imobiliário passou por enormes dificuldades, levando à quebra muitas empresas incorporadoras e deixando milhares de promitentes compradores sem receber os seus imóveis.

Foi nesse contexto que atuou a Corte na defesa dos adquirentes, quando reconheceu a ineficácia das hipotecas firmadas pelas incorporadoras com instituições financeiras, entendimento consolidado com a edição da Súmula 308/STJ. A propósito:

> SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador.
>
> Embargos de terceiro.
>
> - Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora.
>
> - O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora,

> mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.
>
> Recurso conhecido e provido.
>
> (REsp 187.940/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJ 21.6.1999).

Esse cenário provocou a criação de instrumentos jurídicos novos e eficazes para a retomada das obras nas hipóteses de falência do incorporador ou paralisação injustificada das obras, o que ocorreu com a separação entre o patrimônio do empreendimento e o patrimônio do incorporador, promovida pela Lei n. 10.931/2004, que, dentre outros assuntos, acrescentou à Lei n. 4.591/1964 os artigos 31-A a 31-F, tratando do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária e difundindo o uso da Sociedade de Propósito Específico (SPE).

Isso demonstra a influência, nesse caso positiva, das decisões judiciais na regulação das relações jurídicas.

O STJ estabeleceu também limites para aplicação dos encargos contratuais, no sentido de que os índices setoriais de correção monetária pertinente à construção civil só podem incidir durante a fase de construção e que é permitida a cobrança de juros antes da entrega das chaves. Confiram-se: REsp 514.371/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, DJe 9.11.2009 e EREsp 670.117/PB, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Segunda Seção, DJe 26.11.2012.

Definiu, ainda, a possibilidade de transferência ao promitente-comprador da obrigação de pagar a comissão de corretagem, desde que observado o princípio da informação ao consumidor, e a abusividade da cobrança do serviço de assessoria técnico-imobiliária (teses firmadas no julgamento do REsp 1.599.511/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 6.9.2016).

Atualmente, debelada a hiperinflação, outro cenário de crise abala a economia nacional, com graves reflexos no setor da construção

civil. Controvérsias várias têm surgido do descumprimento das obrigações por parte das incorporadoras, mormente quanto ao prazo para a entrega da obra.

A Terceira Turma, em julgado recente, reconheceu a validade da cláusula de tolerância, desde que contratada com prazo determinado e razoável, prorrogando a data de entrega da obra, para atenuar os fatores de imprevisibilidade que podem afetar a realização do empreendimento. Foi aceito como razoável o prazo de 180 dias e acentuado que "Mesmo sendo válida a cláusula de tolerância para o atraso na entrega da unidade habitacional em construção com prazo determinado de até 180 (cento e oitenta) dias, o incorporador deve observar o dever de informar e os demais princípios da legislação consumerista, cientificando claramente o adquirente, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, do prazo de prorrogação, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil. Igualmente, durante a execução do contrato, deverá notificar o consumidor acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação" (REsp 1.582.318/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 21.9.2017).

O descumprimento do prazo para entrega do imóvel enseja a condenação do promitente vendedor ao pagamento de lucros cessantes, sendo presumido o prejuízo do promitente-comprador (AgInt no AREsp 1.020.223/AM, de minha relatoria, Quarta Turma, DJe 23.11.2017). Ainda nesse sentido: AgInt no REsp 1.642.107/RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, DJe 13.11.2017; AgInt nos EDcl no REsp 1.655.903/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, DJe 11.10.2017; REsp 1.662.322/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 16.10.2017; AgInt no AREsp 1.053.507/MA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, DJe 21.9.2017; AgRg no AREsp 709.516/RJ, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe de 3.11.2015; entre muitos outros.

Está em discussão, perante a Quarta Turma, o direito do comprador, por meio do Programa Minha Casa Minha Vida, de receber indenização pelos lucros cessantes, em caso do atraso na entrega do imóvel

(REsp 1.573.945/RN). O Relator, Ministro Marco Aurélio Buzzi, acolheu o entendimento de que como, naquele caso, o adquirente não havia comprovado despesas com a própria moradia (contrato de locação), não tinha direito a ressarcimento a esse título e também não teria direito a lucros cessantes, porque a legislação de regência do programa impede a locação do imóvel antes de quitado o financiamento. Após meu voto-vista, considerando que, dado o caráter assistencial do programa, destinado a pessoas carentes e sem moradia, se não havia possibilidade legal de locação, por outro lado, havia presunção de que o imóvel se destinaria à moradia do beneficiário do programa tão logo concluído, devendo, portanto, as despesas de moradia durante o atraso na entrega da obra ser presumidas, o Relator pediu vista regimental.

Digna de nota é também a jurisprudência do STJ que, diante da previsão no contrato de multa moratória apenas em favor do fornecedor em caso de inadimplência do consumidor, determina a inversão da cláusula penal em favor do consumidor, caso haja mora da construtora na data aprazada para a entrega do imóvel. Essa questão foi afetada para julgamento pela Segunda Seção, em processo da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

> PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE INVERSÃO, A FAVOR DO CONSUMIDOR, DA CLÁUSULA PENAL. 1. Delimitação da controvérsia: Definir acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda.
>
> 2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/2015.
>
> (ProAfR no REsp 1.614.721/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017)

Realmente, há casos em que a iniciativa do rompimento do contrato é do consumidor, quando excedido o prazo para a entrega da obra. Nessa hipótese a ausência de penalidade em prol do consumidor adimplente, privado de seu capital, pode ensejar a inversão da cláusula penal prevista no contrato somente em proveito do fornecedor.

Devem ser consideradas, porém, as peculiaridades do caso, e se adequada e equitativa a forma como está sendo determinada a inversão. Por exemplo, a multa moratória fixada para caso de atraso do consumidor incide apenas sobre a prestação não paga no vencimento. A inversão, para determinar a incidência do mesmo percentual sobre o valor total do imóvel, incidindo a cada mês de atraso, parece não constituir uma mera inversão da multa moratória, podendo representar valor divorciado da realidade de mercado, desestabilizador da relação contratual, ou ser considerado razoável se entendido, cumulativamente, como sanção moratória e compensatória da privação do uso do imóvel no período de atraso na entrega do empreendimento.

Foi também afetado ao julgamento da 2ª Seção, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o tema concernente à possibilidade de cumulação de cláusula moratória com lucros cessantes:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. MORA. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA.
>
> CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO COM APLICAÇÃO DE MULTA.
>
> 1. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Sodalício, a inexecução do contrato de compra e venda, consubstanciada na ausência de entrega do imóvel na data acordada, acarreta além da indenização correspondente à cláusula penal moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o tempo da mora da promitente vendedora. Precedentes.

> 2. Agravo regimental a que se nega provimento com aplicação de multa.
>
> (AgRg no AREsp 525.614/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 25/08/2014)

Aqui também se põe a mesma observação: a definição da tese há de levar em consideração a natureza da cláusula penal e não apenas o rótulo a ela dado no contrato. Se a cláusula penal incide todos os meses, tendo como base de cálculo o valor do total do contrato, vale dizer, o valor do imóvel, é certo que se destina a coibir a mora da empresa na entrega do imóvel, mas também compensa o prejuízo sofrido mensalmente com a privação do uso do imóvel, cujo valor locatício, como é notório, não ultrapassa no mercado, em regra, de 0,5% a 1% ao mês do valor do bem.

Diversa é a situação de multa moratória incidindo sobre o valor total do bem, mas apenas uma única vez, quando, então, naturalmente, não compensará a despesa (ou a perda da fruição) mensal do consumidor em decorrência do não cumprimento do prazo de entrega.

Por fim, inclina-se a jurisprudência do STJ no sentido de que não é cabível condenação em indenização por danos morais na hipótese em que há simples atraso na entrega do imóvel pela incorporadora, pois o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de simples inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana, podendo ser caracterizada excepcionalmente caso existam desdobramentos da inexecução capazes de caracterizar os danos extrapatrimoniais indenizáveis (AgInt no REsp 1.693.221/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 04/04/2018, entre muitos outros).

Feito esse panorama muito abreviado da jurisprudência do STJ nesses 28 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, algumas ponderações merecem ser feitas, em prol do desejado equilíbrio entre o interesse individual dos consumidores e o interesse coletivo na existência de um mercado imobiliário saudável.

Vivemos, como é notório, época de seríssima crise econômica. O mercado imobiliário, dada a necessidade de segurança nos investimentos de grande vulto e longo prazo, é particularmente sensível.

A retração do mercado imobiliário é revelada no estoque de imóveis vazios, em busca de interessados na compra ou aluguel. A revenda do imóvel, nos dias atuais, em caso de desistência imotivada do comprador pode não ser lucrativa como já foi no passado. Não é difícil imaginar a dificuldade do empreendedor em, no curso da obra, não apenas não mais contar com o fluxo de recursos do comprador desistente, mas ainda ter que devolver todo o valor pago – já presumivelmente investido na obra – imediatamente, com juros e correção.

A retenção apenas de 10% dos valores pagos pelo comprador, com a devolução do restante imediatamente, antes da revenda da unidade em construção, se não é um problema em época de mercado aquecido, podendo até mesmo gerar lucros para o fornecedor, se houve valorização, pode conduzir à inviabilidade do empreendimento, em época de crise.

A rescisão do contrato não deve ser vista como um investimento financeiro para o adquirente.

O desfazimento do contrato não deve se tornar, artificialmente - mercê de mal aplicadas interpretações jurisprudenciais, surgidas em contexto que as justificavam e para finalidades diversas - mais interessante do que o cumprimento do contrato com a finalidade social a que se destinava: aquisição da unidade imobiliária.

Penso que o exercício abusivo de direitos deve ser coibido, mediante a correta sistematização dos precedentes jurisprudenciais. Não me parece atender ao interesse coletivo de sustentabilidade do sistema imobiliário, possa ser mais compensador ao adquirente, mesmo que justificado por pequena superação do prazo de tolerância, obter a devolução de tudo o que pagou, com correção e juros, somado à cláusula penal moratória invertida e incidente mensalmente sobre o valor total do contrato (e não sobre o valor de uma prestação inadimplida), acrescendo-se, ainda, a título de lucros cessantes, o valor de aluguel mensal (também calculado tendo por base o valor do imóvel) e dano moral, em prejuízo para o interesse coletivo, que tem por pressuposto a solvabilidade do empreendimento.

Como se vê, como um instrumento importante para a concretização do direito constitucional à moradia (artigo 6º da Constituição

Federal), muitas interferências no setor produtivo - à falta de disciplina legal específica e em face de mutável conjuntura econômica - têm sido efetuadas pelo Poder Judiciário. Mas a intervenção estatal não pode servir de desestímulo à construção civil, o que certamente redundaria em um contexto desfavorável ao consumidor, com o aparecimento de dificuldades no acesso ao almejado bem.

A proteção do interesse dos consumidores, portanto, deve ser exercida de forma equilibrada, sem descurar da coletividade, o que ensejará a sustentabilidade e a estabilidade entre os interesses envolvidos na incorporação imobiliária.

Nesse sentido, espera-se que a edição, em dezembro de 2018, da Lei n. 13.786/2018, suprindo a lacuna do direito positivo, e incorporando ao direito positivo diversos entendimentos e parâmetros já consagrados pelo STJ, além de detalhar aspectos ainda não definidos pela jurisprudência, venha a conferir a imprescindível segurança jurídica para o desenvolvimento desse importante setor produtivo, equilibrando o interesse individual do consumidor com o interesse coletivo de todos os participantes de empreendimentos imobiliários.

A Arbitragem na Jurisprudência do STJ

Villas Bôas Cueva
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A ARBITRAGEM NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

*Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva**

1. INTRODUÇÃO

Após a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal[1], que reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996, o Superior Tribunal de Justiça tem desempenhado um papel central na definição de regras claras sobre a arbitragem. Se, de início, era possível detectar um certo ceticismo na jurisprudência do STJ, hoje pode-se perceber irrestrita confiança e até mesmo franco entusiasmo pelo instituto, o que tem inegavelmente contribuído para o sucesso dessa modalidade de resolução de conflitos.

A exemplificar esse entusiasmo, a Segunda Seção do STJ, competente para julgar questões de Direito Privado, pacificou, em 2013, tema até então muito controvertido, ao reconhecer a possibilidade dessa Corte apreciar conflito de competência entre juízo estatal e juízo arbitral[2].

O sucesso da arbitragem no Brasil refletiu-se na recente reforma do Código de Processo Civil, que incorporou como política de Estado

---

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, é mestre e doutor em Direito.

[1] AgR na SE n. 5.206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 12/12/2001.

[2] AgRg no CC n. 116.395/RO, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. em 12/6/2013, e CC n. 122.439/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 11/9/2013.

a promoção de meios consensuais de solução de conflitos[3] e fortaleceu a arbitragem com a adoção da carta arbitral[4], que não tem paralelo no mundo.

O êxito da arbitragem teve também implicação direta na adoção da política pública de mediação e conciliação obrigatórias no âmbito do Poder Judiciário (artigos 165 e 334 do novo Código de Processo Civil). De modo indireto, refletiu-se também na possibilidade de celebração de convenções processuais, prevista nos artigos 190 e 191 do CPC/2015. Tais negócios jurídicos processuais tendem a emprestar maior flexibilidade ao procedimento e até mesmo a criar uma saudável concorrência à arbitragem, na medida em que varas e câmaras especializadas passem a adotar calendários processuais livremente pactuados pelas partes, com previsível redução do tempo de tramitação processual.

Além disso, o entusiasmo pela arbitragem no Brasil ensejou uma nova compreensão da cláusula constitucional do acesso à Justiça, o qual não pode se limitar ao Poder Judiciário, mas deve estender-se aos meios adequados de solução dos conflitos, dentre os quais, obviamente, a arbitragem. É de se esperar que essa nova percepção leve à conclusão da reforma iniciada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu

---

[3] Art. 3º do NCPC.

[4] Artigos 237, IV, e 260, § 3º, do NCPC. V. Comentários ao CPC: arts. 188 ao 293, Leonardo Carneiro da Cunha, São Paulo, RT, 2016, p. 182: "Para que se possa efetivar o cumprimento de medidas concedidas pelo juízo arbitral, há a carta arbitral, que se revela como uma cooperação entre o juízo arbitral e o juízo estatal. Determinada a condução de uma testemunha ou deferido um provimento de urgência pelo juízo arbitral, este deve solicitar o apoio do juízo estatal para impor sua efetivação ou cumprimento forçado pela parte. A carta arbitral está igualmente prevista no art. 22-C e seu parágrafo único da Lei 9.307/1996, assim redigidos: 'Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.' É comum haver estipulação de confidencialidade em arbitragens, salvo quando envolver o Poder Público, que, por estar sujeito ao princípio da publicidade (CF, art. 37), não deve estipular confidencialidade na arbitragem que convencionar (Lei 9.307/1996, art. 2.º, § 3.º). Estipulada confidencialidade na arbitragem, a carta arbitral deve correr em segredo de justiça (CPC, art. 189, IV; Lei 9.307/1996, art. 22-C, parágrafo único)".

a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, mediante a aprovação de nova emenda que crie filtro de admissibilidade de recursos especiais. O Superior Tribunal de Justiça, então, antes de apreciar os recursos especiais, levará em consideração um requisito de relevância da questão federal, com critérios jurídicos, econômicos e sociais, que possam efetivamente fazer chegar àquela Corte uniformizadora apenas as questões pertinentes, de modo a garantir celeridade e segurança jurídica. É preciso julgar menos para julgar melhor.

2. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ ANTES DA LEI N. 9.307/1996

Raros são os julgados do STJ sobre arbitragem antes da edição da Lei n. 9.307/1996, até porque o Tribunal, criado na Constituição de 1988, somente foi instalado em 1989. Mas é possível encontrar acórdãos de 1990 e 1991 no sentido da possibilidade de superar irregularidades formais se a finalidade da arbitragem for atingida, com fundamento no art. 244 do Código de Processo Civil, conforme se vê das seguintes ementas:

> *CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENEBRA DE 1923.*
>
> *1. Nos contratos internacionais submetidos ao protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral.*
>
> *2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, a decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida.*
>
> *3. recurso conhecido e provido. Decisão por maioria.*
>
> (REsp n. 616/RJ, rel. Min. Claudio Santos, rel. p/ acórdão Min. Gueiros Leite, Terceira Turma, j. em 24/4/1990, DJ 13/8/1990, p. 7.647)

> *PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. IRREGULARIDADES FORMAIS. IMPUGNAÇÃO RECURSAL. AMBITO DE APRECIAÇÃO. CPC, ARTS. 95 E 1100. RECURSO NÃO CONHECIDO.*

> *I - Instituto sem maior incidência na prática e sem o prestígio internacional da arbitragem, ordenado e vigiado pelo Estado, o juízo arbitral tem seu procedimento previsto na lei processual. Limitada, no entanto, é a intervenção do estado pelos seus órgãos jurisdicionais.*
>
> *II - A exemplo do que se dá em relação ao processo jurisdicionalizado, não se deve declarar a invalidade do juízo arbitral quando ele alcança o seu objetivo não obstante a ocorrência de irregularidades formais.*
>
> (REsp 15.231/RS, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. em 12/11/1991, DJ 9/12/1991, p. 18.043)

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI N. 9.307/1996

A partir de dezembro de 2001, quando o Supremo reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, o STJ passou a definir os contornos do instituto, afirmando a importância da jurisdição extraestatal para a solução de conflitos.

Uma das primeiras questões relevantes foi definir se a nova lei era ou não imediatamente aplicável. De início, entendeu-se que a Lei de Arbitragem não poderia retroagir (REsp n. 238.174/SP, de relatoria do Ministro Pádua Ribeiro). Com o tempo, alterou-se esse entendimento, o que levou à edição da Súmula n. 485/STJ ("*A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição*").

Outra questão interessante, que até hoje é objeto de polêmica, diz respeito à possibilidade de adoção de cláusula compromissória em contratos de adesão. Um acórdão de 2007, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, reconhecia a nulidade dessas cláusulas por falta de paridade entre as partes e pelo descuido com o mais vulnerável[5]. Mas em 2012, a Terceira Turma, em decisão relatada pela Ministra Nancy Andrighi, afastou essa aparente antinomia entre o artigo 51, inciso VII, do CDC e o artigo 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 ao afirmar que o primeiro

[5] REsp n. 819.519/PE, Terceira Turma, j. em 9/10/2007, DJ 5/11/2007, p. 264.

dispositivo limita-se a proibir a adoção prévia e compulsória da arbitragem quando o contrato é celebrado, mas não impede que, em momento posterior, seja instaurado procedimento arbitral se houver consenso entre as partes, especialmente a anuência do consumidor[6], o que está em linha com a orientação doutrinária, aqui e alhures, sobre o assunto, pois se admitida incondicionalmente a arbitragem nesse tipo de contrato, em que há uma parte mais vulnerável, provavelmente surgirão sérios problemas, como aqueles que têm sido detectados nos Estados Unidos, onde a prática da arbitragem nessas relações desiguais tem sido adotada de modo indiscriminado, impedindo a propositura de ações coletivas e dificultando a defesa judicial dos direitos de hipossuficientes.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ DEPOIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

Com o advento da EC n. 45/2004, o STJ passou a homologar sentenças estrangeiras, o que sempre tinha sido de competência do Supremo Tribunal Federal. Desde então, o STJ começa a desenvolver uma robusta jurisprudência a respeito da arbitragem, na qual são conceitualmente consolidados os principais elementos e características do instituto. Vale destacar, a propósito, dois acórdãos:

> *SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. REQUISITOS. LEI 9.307/96 E RESOLUÇÃO 9/2005 DO STJ. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ANÁLISE DE CONTROVÉRSIA DECORRENTE DO CONTRATO. JUÍZO ARBITRAL. POSSIBILIDADE. MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL. ANÁLISE NO STJ. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO STF E STJ.*
>
> *1. As regras para a homologação da sentença arbitral estrangeira encontram-se elencadas na Lei n. 9.307/96, mais especificamente no seu capítulo VI e na Resolução n. 9/2005 do STJ.*

[6] REsp n. 1.169.841/RJ, Terceira Turma, j. em 6/11/2012, DJe 14/11/2012.

2. As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado.

3. A diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato.

4. Devidamente observado o procedimento previsto nas regras do Tribunal Arbitral eleito pelos contratantes, não há falar em qualquer vício que macule o provimento arbitral.

5. O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes do STF e do STJ.

6. Pedido de homologação deferido. (SEC 1.210/GB, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/6/2007, DJ 6/8/2007, p. 444)

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou

> *comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.*
>
> *4. Recurso especial provido.*
>
> (REsp 606.345/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/5/2007, DJ 8/6/2007, p. 240)

A competência do juízo arbitral, consoante o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, tem sido afirmada sem dissenso no STJ, contando com inúmeros precedentes, de relatoria dos Ministros Beneti, Bellizze e Salomão[7], no sentido de que cabe ao próprio juízo arbitral decidir acerca da validade e da eficácia da cláusula arbitral, nos termos do parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem.

Do mesmo modo, a ampla competência do juízo arbitral tem sido reafirmada nos conflitos de competência, que eventualmente são levados à apreciação do STJ[8]. Temia-se que a mudança da jurisprudência, no sentido de admitir conflitos de competência entre juízo estatal e juízo arbitral, pudesse aumentar significativamente o número de incidentes dessa natureza no Tribunal, mas isso não tem se materializado.

No que tange às medidas cautelares, como se sabe, a competência é do próprio juízo arbitral. Antes do procedimento arbitral, as cautelares podem ser requeridas ao juízo estatal para evitar o perecimento de um direito, mas a eficácia da medida cessa com a instalação da arbitragem, momento em que o juízo arbitral define se mantém, reforma ou estende a cautelar[9].

O momento da instalação da arbitragem, que se considera instituída quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por

---

[7] V., respectivamente, REsp n. 1.355.831/SP, AgRg no AREsp n. 371.993/RJ e REsp n. 1.278.852/MG.

[8] Cf. AgRg no CC n. 116.395/RO, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, e CC n. 122.439/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão.

[9] Cf. REsp n. 1.325847/AP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, e REsp n. 1.297.974/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi.

todos, se forem vários, nos termos do art. 19 da Lei n. 9.307/1996, também foi reafirmado pelo STJ, em julgado da Terceira Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi[10].

Quanto à execução da sentença arbitral, há inúmeros julgados que definem como perfeitamente possível a execução do compromisso arbitral validamente celebrado. Por todos, vale citar julgado da Terceira Turma, de 2013, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

> *"(...) a convenção de arbitragem, tanto na modalidade do compromisso arbitral quanto na modalidade da cláusula compromissória é suficiente e vinculante, afastando definitivamente a jurisdição estatal. A contratação de cláusula 'cheia', espécie admitida pelo art. 5º da Lei de Arbitragem, na qual se convenciona a forma de nomeação dos árbitros ou adoção de regras institucionais, prescinde de complementação por meio de compromisso arbitral. A 'ata de missão' ou 'termo de arbitragem' não se confunde com a convenção arbitral. Tratase de instrumento processual próprio, pelo qual se delimita a controvérsia posta e a missão dos árbitros. Diante da liberdade ampla, vigente no procedimento arbitral, a manifestação das partes e dos árbitros na Ata de Missão possibilita a revisão e adequação das regras que serão utilizadas no desenrolar do processo, ainda que resulte em alterações quanto ao anteriormente convencionado, desde que respeitada a igualdade entre as partes e o contraditório"*[11].

No que tange à revisão judicial da sentença arbitral, a Lei n. 9.307/1996, em seu art. 33, restringe o controle pelo juízo estatal das decisões proferidas pelo juízo arbitral a aspectos formais (art. 32), não podendo imiscuir-se no seu mérito, especialmente no que concerne ao reexame das provas produzidas. Vale lembrar, a propósito, decisão preferida pela Terceira Turma no AgRg no AREsp n. 581.519/SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.

Relativamente à coisa julgada, sobretudo em se tratando de sentença homologada pela Corte Especial, há vários julgados que afirmam

---

[10] EDcl no REsp n. 1.297.974/RJ.

[11] REsp n. 1.389.763/PR.

a impossibilidade da renovação na Justiça estatal brasileira de uma demanda que já tenha sido resolvida por um juízo arbitral estrangeiro. Por todos, cita-se decisão de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

> *"Uma vez homologada, a sentença arbitral estrangeira adquire plena eficácia no território nacional. A obrigatoriedade da sentença arbitral estrangeira homologada por esta Corte determina a impossibilidade de ser ela revista ou modificada pelo Poder Judiciário, aplicando-se o disposto no art. 3º da Convenção de Nova York"*[12].

5. JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STJ: PRINCIPAIS QUESTÕES CONTROVERTIDAS RELATIVAS À ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Na homologação de sentença arbitral estrangeira não se admite o exame do mérito da decisão, sendo o controle exercido pelo STJ limitado a aspectos formais, tal como previsto nos artigos 38 e 39 da lei. A propósito: SEC n. 866/2006, de relatoria do Ministro Felix Fischer, e SEC n. 507/2006, de relatoria do Ministro Gilson Dipp.

Em matéria trabalhista, um exemplo desse controle restrito foi a homologação da sentença arbitral estrangeira na SEC n. 4.933/2011, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, referente a caso decidido no México, cuja legislação prevê, "*nos moldes da CLT, etapa conciliatória prévia e resguarda, no processo ordinário realizado perante às juntas de conciliação e arbitragem, o direito ao contraditório e à ampla defesa*".

Uma outra discussão comum nos procedimentos de homologação de sentença arbitral estrangeira é a falta de assinatura prévia da cláusula compromissória por uma das partes, o que pode ocorrer em contratos internacionais celebrados à distância, nos quais a formalização do acordo de vontades se dá por meio do intercâmbio de correspondência. Pode surgir daí uma cláusula de arbitragem, mas sem a expressa anuência da outra parte. Não se reconhece a validade da cláusula compromissória sem assinatura de um dos interessados, mas se exige que essa impugnação seja feita no início da arbitragem. Há, nesse sentido, julgados antagônicos da

---

[12] REsp n. 1.203.430/PR, Terceira Turma, j. em 20/9/2012, DJe 1º/10/2012.

lavra do Ministro Hamilton Carvalhido[13] e do Ministro Menezes Direito, ambos da Corte Especial. No primeiro, a irregularidade não foi superada, o que resultou no indeferimento da homologação. No último, conclui-se que deve ser considerado "*satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória*"[14].

Quanto à suficiência da cláusula compromissória cheia, há vários outros precedentes que afirmam ser plena a sua eficácia, valendo citar um julgado de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, também na Corte Especial, julgado em 2007:

> "*2. As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado. 3. A diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato. 4. Devidamente observado o procedimento previsto nas regras do Tribunal Arbitral eleito pelos contratantes, não há falar em qualquer vício que macule o provimento arbitral. 5. O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes do STF e do STJ*"[15].

Discute-se também sobre a necessidade ou não da carta rogatória. Trata-se de saber qual a forma de comunicação dos atos processuais e

---

[13] SEC n. 978/GB: *"A falta de assinatura na cláusula de eleição do juízo arbitral contida no contrato de compra e venda, no seu termo aditivo e na indicação de árbitro em nome da requerida exclui a pretensão homologatória, enquanto ofende o artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.307/96, o princípio da autonomia da vontade e a ordem pública brasileira"*.

[14] SEC n. 856/GB.

[15] SEC n. 1.210/GB.

como deve se dar, sobretudo, a citação, o ato inaugural. A forma prevista no procedimento de arbitragem disciplinado pela lei aplicável deve ser observada, sendo desnecessária a expedição de carta rogatória. Veja-se a ementa do acórdão proferido na SEC n. 3.660/GB, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves de Lima:

> *"2. Nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, é descabida a alegação, in casu, de necessidade de citação por meio de carta rogatória ou de ausência de citação, ante a comprovação de que o requerido foi comunicado acerca do início do procedimento de arbitragem, bem como dos atos ali realizados, tanto por meio das empresas de serviços de courier, como também via correio eletrônico e fax. 3. O requerido não se desincumbiu do ônus constante no art. 38, III, da mesma lei, qual seja, a comprovação de que não fora notificado do procedimento de arbitragem ou que tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando sua ampla defesa".*

Vale citar, ainda, excerto da ementa de acórdão relatado pelo Ministro Teori Zavascki na SEC n. 3.709/EX:

> "*1. A lei aplicável para disciplinar a representação das partes no procedimento arbitral, bem como a forma como podem manifestar seu ingresso no referido procedimento, é a lei a que as partes se submeteram ou, na falta dela, à do país onde a sentença arbitral foi proferida, cumprindo à parte demandada o ônus de demonstrar a violação a esses preceitos normativos. É o que dispõem a Lei 9.307/96 (art. 38, II) e a Convenção de Nova Iorque (art. V, 1, a). Não demonstrou a requerida, no caso, qualquer violação nesse sentido, não tendo havido, no momento oportuno previsto na lei de regência, qualquer alegação de irregularidade no procedimento arbitral, seja quanto à sua representação, seja quanto à forma de sua intervenção, seja quanto ao exercício do contraditório e da defesa. 2. Pedido de homologação deferido".*

Por outro lado, a existência de ação anulatória da sentença arbitral estrangeira no Poder Judiciário brasileiro não impede sua homologação, pois o § 2º do art. 33 da Lei n. 9.307/1996 prevê que a sentença que julgar procedente o pedido de anulação determinará que o árbitro ou tribunal profira novo laudo. Ou seja, é proibido proferir sentença substitutiva à

emanada do juízo arbitral, razão por que não pode haver conflito entre as decisões[16].

Sobrevindo decisão definitiva na Justiça brasileira acerca de um dos temas do pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira, admite-se a homologação parcial, negando-se o pleito naquilo que contrariar a coisa julgada[17].

Um dos questionamentos sobre a validade de sentença arbitral estrangeira levado à apreciação da Corte Especial do STJ envolve a imparcialidade do árbitro. Considerando que a prerrogativa de imparcialidade do julgador aplica-se à arbitragem e sua inobservância resulta em ofensa direta à ordem pública nacional, a Justiça brasileira tem competência para examinar a matéria independentemente de decisão proferida pela Justiça estrangeira acerca do tema[18].

A Terceira Turma do STJ, além disso, concluiu pela impossibilidade de renovação de demanda já resolvida por juízo arbitral estrangeiro, com sentença homologada pela Corte Especial, em obediência aos artigos 483 do CPC/1973 e 36 da Lei n. 9.307/1996, pois esta adquire plena eficácia no território nacional[19].

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame da jurisprudência do STJ, especialmente após a edição da EC n. 45/2004, quando aumentou significativamente o número de casos apreciados pela Corte, demonstra uma mudança no sentimento dos julgadores em relação ao instituto da arbitragem, que passa de um ceticismo inicial para uma confiança irrestrita na importância da arbitragem como

---

[16] SEC n. 611/US, Corte Especial, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 23/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 291.

[17] SEC n. 1/EX, Corte Especial, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 19/10/2011, DJe 1º/2/2012.

[18] SEC n. 9.412/EX, Corte Especial, rel. Min. Felix Fischer, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. em 19/4/2017, DJe 30/5/2017.

[19] REsp n. 1.203.430/PR, Terceira Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 20/9/2012, DJe 1º/10/2012.

meio de solução adequada de conflitos e de promoção de segurança jurídica no Brasil.

Em consequência, os precedentes sobre arbitragem fixados pelo STJ têm sido consistentes e coerentes em sua aderência aos conceitos centrais da arbitragem, tal como definidos na lei e na convenção internacional aplicáveis. O pleno reconhecimento da autonomia da vontade como elemento formador da convenção da arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na de cláusula compromissória, tem assegurado seu caráter vinculante, que afasta a jurisdição estatal. A independência do juízo arbitral tem sido reafirmada, tanto no que diz respeito ao limitado controle judicial de sua atuação, como no que tange à possibilidade de a Corte dirimir conflitos de competência com o juízo estatal, ambos tratados em pé de igualdade, como produtores de normas jurídicas individuais concretas.

Por outro lado, o exame da imparcialidade do árbitro como requisito de ordem pública para a validade do procedimento arbitral e para a homologação de sentença estrangeira, por inédito que seja, demonstra a preocupação da Corte com a análise cuidadosa das peculiaridades dos casos que se lhe apresentam e com a preservação da integridade do instituto da arbitragem.

A Prisão Preventiva e a Lei n. 12.403/2011

Sebastião Reis Júnior
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A PRISÃO PREVENTIVA E A LEI N. 12.403/2011

Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior

"A situação carcerária nacional é muito preocupante. Caso persistam as suas condições atuais, pode-se concluir que jamais o Brasil será uma grande nação. Pode até ser economicamente forte, mas seus pés são (praticamente) todos de barro."[1]

"O paradigma penal clássico, segundo o qual a intimidação proveniente da possibilidade de punição, fundamenta uma ideia de segurança que talvez ampare tal perspectiva. Mas tomemos, por exemplo, a lei dos crimes hediondos. Em nenhuma medida ela contribuiu para reduzir a criminalidade no País. E, ao mesmo tempo, é apontada como um dos principais motivos para superlotação dos presídios que, como sabemos, é também responsável pelo surgimento e articulação de organizações criminosas no sistema prisional."[2]

"A Lei n. 12.403, que criou medidas cautelares com o objetivo de combater a banalização da prisão provisória no país, completa

---

[1] BUNDUKY, Mariana Cury. Citada por Luiz Flávio Gomes. Cultura punitivista contribui para o aumento da violência. *Consultor Jurídico*, 19/jul/2012. Disponível em <www.conjur.com.br>.

[2] MIRAGLIA, Paula. Mais do mesmo não é resposta para a violência. *Último Segundo*, 15/jul/2012. Disponível em <http://ultimosegundo.ig.com.br>.

> um ano nesta quarta-feira (4/7) sem cumprir sua principal missão. O número de presos sem julgamento continua aumentando e, segundo especialistas, uma aplicação falha da lei tem contribuído para que essa população carcerária seja composta cada dia mais por pessoas mais pobres."[3]

Peço desculpas por começar esta exposição com citações de outros autores, no entanto o faço porque elas refletem a preocupação que tenho no momento.

Confesso que não tenho dados numéricos, mas a realidade do meu dia a dia mostra-me que a situação existente antes da entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011 em nada se alterou.

Continuam chegando ao Superior Tribunal de Justiça, sempre em um número crescente, *habeas corpus* em que se discute, em boa parte, a aplicação, por que não dizer, quase indiscriminada da prisão preventiva como a única medida cautelar considerada para garantir a eficácia do processo penal, seja para assegurar a correta investigação do fato criminoso, seja para garantir a futura execução da sanção penal.

Em 2013, foram distribuídos no Superior Tribunal de Justiça 31.335 HCs/RHCs; em 2014, esse número aumentou para 37.019; em 2015, foram 43.812; em 2016, foram 49.952; em 2017, foram 60.202 e, em 2018, até 31/10, foram 55.753. Nem todos esses *habeas corpus* atacam prisões indevidas. Também são objeto de impugnação regimes de cumprimento da pena, dosimetria da pena, nulidades diversas, etc., porém, como já dito, em boa parte tais processos cuidam de prisão.

O fato é que, independentemente da natureza do crime, seja ele contra o patrimônio ou contra a vida, seja insignificante ou de efeitos relevantes, não sei se em razão do costume ainda enraizado, é comum o Ministério Público requerer e o juiz deferir a prisão. Não vejo o uso das medidas alternativas previstas na lei, qualquer que seja a natureza do fato em exame.

---

[3] D'AGOSTINO, Rosanne. Lei da nova fiança não reduz lotação de cadeias. *Consultor Jurídico*, 2/jul/2012. Disponível em <www.conjur.com.br>.

A realidade é que tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal já firmaram o entendimento de que a prisão antes do trânsito em julgado deve ser deferida de maneira excepcional e devidamente fundamentada, mesmo no caso de crimes graves.

Trago, apenas a título de ilustração, os seguintes exemplos:

> RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.
>
> 1. **A determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da prisão (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP**.
>
> 2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a urgência intrínseca às cautelares exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende evitar com a prisão processual.
>
> 3. O Juízo de primeiro grau, anos depois do cometimento do crime e da concessão de liberdade ao recorrente, entendeu devida a decretação de sua prisão preventiva na sentença condenatória, ante a gravidade concreta do delito, sem, entretanto, narrar fatos contemporâneos aptos a evidenciar que o réu, durante o longo período em que permaneceu solto, tinha colocado em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.
>
> 4. **A prevalecer a argumentação da decisão, todos os crimes de natureza grave ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, a qualquer tempo, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade**.
>
> 5. Recurso ordinário provido para permitir que o insurgente aguarde o esgotamento das instâncias ordinárias em liberdade caso por outro motivo não esteja preso, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua

> necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.[4]
>
> 1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.[5]
>
> EXCEPCIONALIDADE. Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, **a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção**. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, **reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal**. PRISÃO PREVENTIVA – PRESUNÇÃO. A prisão preventiva há de estar lastreada em fatos concretos a atraírem a incidência do art. 313 do Código de Processo Penal, descabendo partir para o campo das suposições, mormente contrariando a ordem natural das coisas.[6]

Não é demais lembrar aqui que a Lei n. 12.403/2011 veio sanar qualquer dúvida quanto à excepcionalidade da prisão cautelar, estabelecendo soluções alternativas. Como já disse o Ministro Marco Aurélio por ocasião da decisão proferida nos autos do HC n. 113.555, "cabe perceber a excepcionalidade da prisão preventiva, o que, aliás, foi confirmado pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, no que previu a possibilidade de o Juízo substituí-la por medidas acauteladoras. Não é demasia consignar que, há pouco, o Conselho Nacional de Justiça realizou verdadeiro mutirão tendo em conta o alto índice de população carcerária sem a formação da culpa".[7]

Ora, como diz Badaró, "para situações mais graves, devem existir medidas mais restritivas. De outro lado, para situações menos graves, serão

---

[4] RHC n. 98.809/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 26/11/2018.

[5] HC n. 217.598/SP, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 11/4/2012.

[6] HC n. 92.682/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 2/12/2010.

[7] HC n. 113.555/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 28/6/2012.

adequadas medidas menos graves e que restrinjam em menor grau a liberdade de locomoção. Conclui-se, pois, que as medidas alternativas podem incidir em hipótese de delitos menos graves que aqueles que admitem a prisão preventiva (CPP, art. 313), ainda que não haja previsão expressa nesse sentido. Além da necessidade e da adequação, tal interpretação também se alinha com a necessidade de observância da proporcionalidade em sentido estrito."[8]

A realidade, porém, como já antecipado, nega a efetividade do novo art. 319 do Código de Processo Penal. O fato é que a prisão ainda continua sendo a medida cautelar preferida; muitas vezes, como demonstra o excessivo número de *habeas corpus* concedidos pelo meu Tribunal e pelo próprio Supremo Tribunal Federal, determinada sem qualquer fundamentação além de referências abstratas e genéricas, ou mesmo de forma desproporcional à gravidade do crime pretensamente cometido.

Como diz Antonio Magalhães Gomes Filho, "ao contrário do que ocorria no sistema original do CPP – em que o legislador consagrava um critério de tudo ou nada, deixando ao juiz uma opção implacável entre prender ou deixar o réu solto –, na disciplina agora adotada abrem-se outras possibilidades de restrição cautelar. A privação completa do direito à liberdade passa a constituir providência de extrema *ratio*, que somente se justificará quando não for cabível restrição menos gravosa."[9]

Não há como contestar tal conclusão. O juiz, a partir da entrada em vigência da Lei n. 12.403/2011, passou a ter a possibilidade, considerando sempre a situação concreta dos fatos em análise – natureza e circunstâncias do crime e características pessoais do agente –, de impor outras medidas restritivas (cautelares) que não a prisão. A restrição a ser imposta passa a ser proporcional às circunstâncias do delito, bem como adequada ao objetivo perseguido.

---

[8] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares alternativas – Medidas cautelares no processo penal – prisões e suas alternativas*. RT, p. 222.

[9] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas cautelares no processo penal*. Prisões e suas alternativas. RT, p. 39.

Tais parâmetros encontram-se claros no art. 282 do Código de Processo Penal – necessidade para a investigação ou a instrução criminal; nos casos expressamente previstos para evitar a prática de infrações penais; adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado –, parâmetros esses que devem ser considerados no conjunto, não sendo possível a aplicação de qualquer medida cautelar, considerando-se apenas a presença de um deles. Por exemplo, o fato de o crime ser grave, por si só, não justifica a aplicação de uma restrição de natureza cautelar.

Outra circunstância a ser considerada é a impossibilidade lógica de se impor cautelarmente restrição, em especial a prisão, superior àquela que pode advir de eventual condenação. Esclarecedora é, nesse ponto, a lição de Geraldo Prado:

> O caráter excepcional da prisão preventiva não autoriza seu emprego em casos para os quais é escassa a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade na hipótese de o imputado ser condenado. O prognóstico de cabimento de medidas ou penas restritivas de direito no lugar da privativa de liberdade pode decorrer da lei – e será fruto da articulação de diversos dispositivos, como ocorre com a previsão de suspensão condicional do processo ou aplicação de penas substitutivas ou alternativas – ou do exame do caso concreto pelo juiz.
>
> [...]
>
> Não se pode, portanto, retirar do imputado, cautelarmente, bem da vida que ele provavelmente não perderá caso venha a ser definitivamente condenado.[10]

Na verdade, a nova lei veio permitir que o juiz, com fundamento na própria lei processual, tenha meios de fixar restrições que não apenas a prisão, não sendo necessário, como acontecia anteriormente, o juiz "criar" restrição diante do excesso que se constituiria a prisão (condicionar, por exemplo, a liberdade à apresentação do passaporte em juízo).

---

[10] PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória – Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisões e suas alternativas*. RT, 1ª ed., pp. 121/122.

Vale esclarecer que a lei prevê, como ensina Badaró, cautelares alternativas à prisão preventiva, e não substitutivas à prisão, sendo que, na primeira hipótese, não é cabível a prisão, ao contrário da segunda situação.

Também não podemos deixar de registrar aqui que, como autorizado expressamente pelo § 1º do art. 282, as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, desde que de forma fundamentada. Pode o juiz entender pertinente, por exemplo, que, ao lado da necessidade de se apresentar em juízo em periodicidade por ele fixada, seja necessário ainda que o réu ou indiciado deixe de frequentar determinados ambientes.

Agora, saliente-se, não há possibilidade de se fixar a prisão cumulada com outra medida cautelar, considerando-se que a prisão representa o grau máximo de restrição cautelar.

Mais adiante, o § 2º do art. 282 autoriza a imposição das medidas cautelares no curso da investigação, a pedido da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, e durante o curso da ação, a requerimento das partes ou, o que é questionado por parte da doutrina, pelo juiz do feito, de ofício.

Entende a doutrina abalizada que a determinação de medida cautelar de ofício vai de encontro à natureza acusatória do processo penal brasileiro, em que a figura do juiz deve permanecer neutra, sem alterar o equilíbrio entre as partes. Como diz Nucci, "na realidade, o ideal seria que o juiz ficasse distante de medidas drásticas, somente exercendo seu papel quando instado pelos interessados. Por isso, espera-se possa o magistrado resguardar-se, sem decretar medidas cautelares de ofício, salvo imperiosa necessidade e urgência."[11]

Há o incentivo ao contraditório previsto no § 4º, quando, salvo nas hipóteses de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, a parte contrária deverá ser ouvida previamente.

Tal contraditório, porém, praticamente não existe. Não me lembro, desde da entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, de ter visto

---

[11] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. RT, 11ª ed., p. 609.

uma única decisão em que o juiz, antes de impor cautelares, tenha ouvido o investigado/réu.

O parágrafo seguinte cuida da possibilidade de, no caso de descumprimento da medida fixada, imposição de outra medida de forma cumulativa ou a substituição da medida anteriormente fixada ou, ainda, em último caso e sempre considerando a proporcionalidade entre a restrição e os fatos em apuração, a decretação da prisão preventiva. A prisão, aqui, não é uma pena, uma sanção, pelo não cumprimento de cautelar anteriormente fixada. A sua necessidade deve ser analisada de acordo com as circunstâncias que a autorizariam, por exemplo, desde o primeiro momento (art. 313 do CPP).

A realidade, porém, é um pouco diferente. Um levantamento em decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça indica que, em regra, o descumprimento de uma cautelar imposta por ocasião da concessão da liberdade provisória autoriza a prisão:

> 1. A prisão preventiva do paciente encontra-se devidamente fundamentada, haja vista que a jurisprudência considera idônea a decretação da custódia cautelar fundada no descumprimento de medidas protetivas, de acordo com o previsto no art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal.[12]

Na verdade, a fixação de uma nova cautelar em acréscimo à anterior ou a fixação de uma com maior grau de restritividade pode ocorrer independentemente do descumprimento da primeira medida fixada, desde que a situação fática tenha se alterado, justificando também essa alteração quanto às restrições cautelares.

A lei, aqui, mais uma vez, deixa claro que a prisão é a última alternativa, facultando ao juiz a utilização de outras medidas menos gravosas, desde que mais adequadas aos fatos em apuração.

Em seguida, a lei esclarece que a medida cautelar eventualmente aplicada não é definitiva, podendo, se deixarem de ocorrer as circunstâncias

---

[12] HC n. 464.737/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 13/11/2018.

que a justifiquem, ser revogada e, se revogada, fixada novamente se as circunstâncias voltarem a justificar a sua imposição.

Aliás, aqui, adequados, não obstante proferidos quando da análise da prisão cautelar, são os comentários do meu colega, Ministro Og Fernandes, quando diz que "as prisões cautelares, pelo seu caráter de excepcionalidade, devem ser reavaliadas a qualquer tempo (cláusula *rebus sic standibus*). Não exercer esse juízo temporário da cautelaridade pode implicar extensão desarrazoada do encarceramento, o que corresponde ao cumprimento de pena sem sentença com trânsito em julgado, em desobediência ao art. 5º, LVII, da CF/88. Assim, revoga-se a medida cautelar se superadas as razões que levaram à sua aplicação."[13]

Na sessão do dia 13/12/2018 a Sexta Turma, quando do julgamento do HC n. 465.074, assim decidiu, revogando as cautelares anteriormente fixadas, mas garantindo ao juiz da causa o poder de fixá-las novamente ou impor outras se novos fatos as autorizarem.

Finalmente, o § 6º, que, como diz Antonio Magalhães Gomes Filho, "reitera a ideia já mencionada – e que tem especial amparo no princípio constitucional da presunção de inocência – de que o encarceramento preventivo constitui medida extrema, devendo o juiz, antes de determiná-la, verificar sempre a possibilidade de substituição por outra medida cautelar".[14]

Uma questão que suscita alguma controvérsia se refere à taxatividade, ou não, das medidas cautelares enumeradas no art. 319 do Código de Processo Penal. A princípio, entendo que a enumeração ali é taxativa, tendo em vista o princípio da legalidade, que rege o processo penal. Se não é caso de prisão nem de nenhuma daquelas restrições previstas na lei, a hipótese é de liberdade incondicional do réu ou do indiciado. Diferente de um quadro anterior, no qual existia um tudo ou nada e havia o risco de se impor, quando não cabível, uma medida restritiva – a prisão – desproporcional e inadequada ao crime apurado.

---

[13] FERNANDES, Og. *Constituição, processo e prisão – Medidas cautelares no processo penal – Prisões e suas alternativas*. RT, 1ª ed., p. 58.

[14] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 48.

São inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça que nos permitem ter plena compreensão das hipóteses de sua incidência.

A primeira decisão para a qual chamo a atenção é a proferida quando do julgamento do HC n. 219.101, da relatoria do Ministro Jorge Mussi, em que a ordem foi concedida para determinar que a não aplicação das cautelares previstas no art. 319 seja objeto de exame expresso pelo Juízo local. Leio aqui trecho da decisão que interessa:

> Outrossim, no que se refere à aplicação da Lei n. 12.403/2011, verifica-se que a Corte de Origem tratou do tema nos seguintes termos: "[...] 'quanto a referência feita pelos impetrantes sobre a recente modificação legislativa, é de se lembrar que ela sequer admite o arbitramento de fiança nos delitos hediondos." (e-STJ fls. 257)
>
> Com efeito, nota-se do excerto supra que a matéria referente à incidência de medidas alternativas à prisão foi examinada somente em parte pela autoridade impetrada, a qual cingiu-se a tecer considerações somente no que diz respeito à impossibilidade de arbitramento de fiança nos crimes hediondos, omitindo-se quanto às demais providências passíveis de aplicação, alternativas à prisão. Isso porque, com a inovação legislativa introduzida pela Lei n. 12.403/2011, o Código de Processo Penal passou a capitular diversas providências substitutivas a prisão, sendo essa imposta apenas quando aquelas não se mostrarem suficientes a repressão e a reprovabilidade do delito, o que, contudo, não foi tratado na espécie.
>
> Desse modo, merece ser concedida a ordem nesse ponto, determinando-se que a Corte *a quo* proceda ao exame da possibilidade de aplicação de providência cautelar diversa da prisão.[15]

A excepcionalidade da prisão, insisto, deve ser expressa pela decisão que a decretar, expondo-se as razões pelas quais naquela hipótese

[15] HC n. 219.101/RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 8/5/2012.

concreta é inviável outra cautelar. Desde o início, o Superior Tribunal já entendia que a recusa em se aplicar as cautelares diversas de prisão teria de ser fundamentada.

Esclarecedora é a lição que nos foi dada pela Ministra Laurita Vaz quando do julgamento do HC n. 223.440:

> De outra banda, o Juízo processante decretou a custódia cautelar da Paciente, nos seguintes termos:
>
> "Verifico que a ré possui antecedentes criminais, bem como responde a vários processos, logo, traz desassossego a toda comunidade local, de modo que é necessária a custódia cautelar para garantia da ordem pública. Também se faz necessária sua prisão cautelar para garantia da aplicação penal, eis que a ré encontra-se em local ignorado." (fl. 335)
>
> Ora, em princípio, não existe constrangimento ilegal na manutenção do decreto de prisão preventiva pelo acórdão impugnado, pois demonstrada, no caso, a necessidade de garantir a ordem pública, a instrução processual e a aplicação da lei penal, porque além de diversos antecedentes criminais, a acusada demonstra nítida a intenção de se furtar à persecução criminal do Estado.
>
> [...]
>
> Todavia, como bem ressaltou o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, o "fato imputado à paciente ocorreu em 2005, sendo a denúncia oferecida em 2010, não mais se justificando a decretação de sua prisão preventiva para resguardo da ordem pública somente em junho de 2011" (fl. 729), sobretudo porque existem outras medidas que podem assegurar a instrução criminal e a eventual aplicação da lei penal, consoante nova redação dada ao art. 319 do Código de Processo Penal.
>
> De fato, após as alterações do Código de Processo Penal, introduzidas pela Lei n. 12.403/2011, relativas à custódia processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, a necessidade de garantir a ordem pública e econômica ou de assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, deve ser tomada como ponto de partida, justificando-se a prisão preventiva apenas em último caso,

> quando se mostrar inadequada a aplicação das medidas cautelares trazidas pela novel legislação.
>
> Agora, qualquer providência acautelatória, além dos pressupostos e motivos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, exige demonstração fundamentada da necessidade e da adequação da medida, respeitado, ainda, o princípio da proporcionalidade.
>
> Com efeito, de acordo com a nova orientação da lei processual penal brasileira, a prisão preventiva é medida extrema que pode ser aplicada tão-somente quando comprovado que as medidas cautelares diversas da prisão são inadequadas e insuficientes.
>
> [...]
>
> Portanto, ainda que evidenciada a necessidade de se acautelar o meio social, e existam provas do crime e indícios suficientes de autoria, como ocorre na espécie, para se evitar qualquer excesso, o encarceramento cautelar deve ser imposto apenas em último caso, pelo período estritamente necessário e para infratores de periculosidade evidenciada.
>
> [...]
>
> Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo verifique a possibilidade de adoção de uma ou mais medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, em substituição à prisão preventiva da Paciente.[16]

Observem que, em ambas as situações, não foi determinada pela Quinta Turma a liberdade do paciente, mas, sim, que o Tribunal de origem verificasse a possibilidade de adoção de uma ou mais medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Tal raciocínio vai de encontro ao posicionamento já reiterado do Superior Tribunal de Justiça de que a prisão é medida excepcional, só podendo ser decretada em situações excepcionais. Com o advento da nova lei, a excepcionalidade deve ser demonstrada não

[16] HC n. 223.440/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/3/2012.

só com a justificação da prisão, mas, também, com a própria demonstração da inaplicabilidade de outra cautelar.

Apropriada a lição de Andrey Borges de Mendonça:

> Nesta mesma linha, o art. 282, § 6º, assevera que a "prisão preventiva será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar", nos termos do art. 319 do CPP. Assim, se houver medida adequada diversa da prisão para sanar o risco, deverá o magistrado dar preferência a ela. Em outras palavras, deve o magistrado percorrer todo o rol de medidas cautelares alternativas à prisão, estabelecidas no art. 319, e somente decretar a custódia preventiva e temporária quando insuficientes aquelas medidas. Agora o legislador foi ainda mais claro e incisivo: a prisão deve ser a exceção. A liberdade, a regra.[17]

Confesso que, a meu ver, não é necessário que o juiz fundamente o porquê da não aplicabilidade de cautelares que não a prisão. Parece-me que, se devidamente fundamentada a prisão, evidenciando-se a sua pertinência de acordo com as circunstâncias concretas do crime apurado, não seria necessária a análise da impossibilidade da aplicação das demais cautelares previstas no art. 319. Não podemos impor, desde já, uma regra absoluta e fechada. Deve-se examinar caso a caso, tendo em mente a excepcionalidade da prisão e a existência de medidas alternativas e a necessidade, sempre, de a decisão que a decreta ser efetivamente motivada, demonstrando a adequação ao quadro então em análise.

Hoje são raras as decisões que, como as acima citadas, determinam manifestação expressa sobre a não possibilidade de imposição de cautelares.

Por outro lado, quando do RHC n. 36.443/SP, o Ministro Rogerio Schietti deixou claro que também as cautelares diversas de prisão devem ser justificadas, não podendo ser impostas ao bel-prazer do julgador. Disse ele na oportunidade:

> Como se observa, a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares dos incisos I e IV do art. 319 do CPP – o comparecimento

[17] Prisão e outras medidas cautelares pessoais, São Paulo, Editora Método, 2011, fls. 46

periódico em juízo e a proibição de ausentar-se da Comarca, sob pena de revogação da liberdade – **carece de fundamentação válida, porquanto impostas sem nenhum dado significativo de cautelaridade**.

Embora tenha sido ressalvada a proporcionalidade das medidas "ao crime cometido e às condições do paciente" (fls. 118-119), consoante determina o inciso II do art. 282 do CPP, a Corte a quo não demonstrou a necessidade da aplicação das condicionantes para o acautelamento do processo, a aplicação da lei penal ou a garantia da ordem pública (*periculum libertatis*). **Desse modo, não observada a exigência da cautelaridade no caso em comento, mostra-se manifestamente ilegal a restrição parcial da liberdade do recorrente, antes de decisão definitiva**.

No caso acima a ementa foi assim redigida:

1. A reforma trazida pela Lei n. 12.403/2011 abandona o sistema bipolar - prisão ou liberdade provisória - e passa a trabalhar com várias alternativas à prisão, cada qual adequada a regular o caso concretamente examinado, cumprindo ao juiz natural da causa observar, nos moldes do art. 282 do CPP, a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado.

2. Na espécie, a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares dos incisos I e IV do art. 319 do CPP - o comparecimento periódico em juízo e a proibição de ausentar-se da Comarca, sob pena de revogação da liberdade - carece de fundamentação válida, porquanto impostas sem nenhum dado significativo de cautelaridade.

3. Embora tenha sido ressalvada a proporcionalidade das medidas "ao crime cometido e às condições do paciente", consoante determina o inciso II do artigo 282 do CPP, a Corte a quo não demonstrou a necessidade da aplicação das condicionantes para a investigação ou instrução criminal, para a aplicação da lei penal ou para evitar a prática de outras infrações penais (art. 282, I, do CPP).

4. Recurso provido.

Outra questão já analisada pelo Tribunal e que foi por mim aqui referida trata da impossibilidade de se impor a prisão cumulada com outra medida alternativa.

A Relatora, Ministra Maria Thereza, deixou claro, ao decidir o HC n. 226.989, não só que é inconveniente cumular a prisão com outra medida cautelar, como também que a prisão é realmente a exceção, não sendo cabível se outra ou outras medidas cautelares são suficientes para atender o objetivo de garantir a efetividade do processo penal:

> Sublinhe-se que, concomitantemente, à decretação da custódia foi ordenada: (i) a suspensão do exercício da função pública; e, a (ii) a proibição do acesso a diversos órgãos públicos (fls. 169-172).
>
> Pelo que deflui dos autos, foram apontados fatos concretos ligados à atuação de suposto esquema delitivo que, em tese, permearam o aparelho estatal de Rondônia. Tal contexto, leva-me a crer existir, sim, ambiente próprio para o deferimento de medidas cautelares, com o risco de reiteração delitiva.
>
> Contudo, ao que se me dá, não seria apropriado, diante de imputações desvinculadas de violência ou grave ameaça, cumular às medidas alternativas a providência extrema. Parece haver, a meu sentir, violação da proporcionalidade, na dimensão da necessidade, como ensina o Professor GUSTAVO BADARÓ:
>
>> O segundo passo ou etapa na aplicação da regra da proporcionalidade é o juízo de necessidade da medida. O que se busca é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mínimo possível, ou como diz Canotilho, "o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível". Por essa razão, a necessidade enquanto subprincípio da proporcionalidade também é denominado "princípio da menor ingerência possível" ou "da intervenção mínima". O exame da necessidade é um juízo de comparação entre as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atingimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental. (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 27).

> Assim, além de se afastar o paciente do cargo e do local onde poderia influenciar a colheita de provas, ainda determinou-se a custódia cautelar.
>
> Nesse diapasão, penso que, na espécie, bastariam as medidas alternativas.
>
> Cai à fiveleta a seguinte lição de doutrina:
>
>> As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (...) Tal regra, porém, precisa de uma interpretação restritiva no que se refere à cumulatividade. Por certo, no caso da decretação da prisão preventiva (arts. 312 e 313) ou no caso em que a prisão substitua a prisão em flagrante (art. 310, II), não será possível cumulá-la com outra medida cautelar, pois já se estará impondo ao investigado ou acusado o grau máximo de restrição cautelar, privando-o de sua liberdade de locomoção.
>>
>> Ou seja, a prisão preventiva somente pode ser imposta de forma isolada. (BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 721).
>
> Com efeito, apurando concorrerem os pressupostos e requisitos de cautelaridade, mas, na hipótese, encontrando-se em cheque a proporcionalidade, na sua etapa da necessidade, penso que o mais apropriado seria revogar a segregação, mantendo-se, contudo, as medidas cautelares alternativas já assinadas.[18]

Lamento, apenas, que, passados sete anos da entrada em vigência da Lei n. 12.403/2011, a sua aplicação continua sendo negligenciada, com a opção preferencial pela prisão.

Ultimamente, é fácil perceber, neste mundo cheio de operações, que é costume ser a prisão sempre a opção primeira, independentemente da contemporaneidade dos fatos; da inexistência de antecedentes dos envolvidos; da não ocorrência de elementos concretos que indiquem risco à investigação ou mesmo à efetividade da ação penal. Muitas e muitas

---

[18] HC n. 226.989/RO, Relatora Ministra Maria Thereza, Sexta Turma, DJe 4/6/2012.

vezes o fundamento principal da prisão é a repercussão social do crime investigado.

Como já disse o Ministro Schietti por ocasião do julgamento do HC n. 361.750:

> '9. A despeito **da gravidade e da reprovabilidade social do comportamento atribuído ao paciente** - a ensejar-lhe, se demonstrada a imputação, correspondente e proporcional sancionamento penal -, **há de ser analisada a eventual existência de meios outros, que não a prisão preventiva, que possam, com igual idoneidade e eficácia, satisfazer as exigências cautelares do caso analisado, com carga coativa menor**.
>
> 10. **As medidas alternativas à prisão estão ligadas à ideia de uma providência igualmente adequada e suficiente para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo. É essa, precisamente, a compreensão de subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição de excesso)**.
>
> 11. **É plenamente possível que, embora presentes os motivos o os requisitos que tornariam cabível a prisão preventiva, o juiz - à luz do princípio da proporcionalidade e das novas alternativas fornecidas pela Lei n. 12.403/2011 - considere a opção por uma ou mais das medidas indicadas no art. 319 do Código de Processo Penal o meio suficiente e adequado para obter o mesmo resultado - a proteção do bem jurídico sob ameaça - de forma menos gravosa**.
>
> 12. **Embora os argumentos adotados pelas instâncias ordinárias demonstrem a gravidade concreta dos delitos em tese cometidos – [...] - há outras medidas, com igual eficácia e adequação, aptas a afastar o *periculum libertatis***.'

No mesmo sentido, o presente na ementa do acórdão extraído do HC n. 422.122, também da relatoria do Ministro Schietti, reforça tal raciocínio:

> '9. No processo penal, os interesses em permanente conflito – o interesse estatal de punir, de modo eficiente e em conformidade com as leis do país, autores de crimes quaisquer, e o interesse do acusado (também interesse do Estado) de proteger sua liberdade – sujeitam-se à verificação concreta e momentânea de qual deles deva preponderar, não sendo mais sustentável afirmar, como outrora, a existência da antítese Estado-cidadão. **Em verdade, o Estado está obrigado tanto ao asseguramento da ordem por meio da persecução penal, quanto à proteção da esfera de liberdade do indivíduo**.
>
> 10. **A redação dada aos artigos que compõem o Título IX do Código de Processo Penal, com a reforma legislativa de 2011, evidenciou com maior clareza a exigência de que a prisão preventiva, por ser a medida mais extrema entre todas as cautelares pessoais, só deve ser imposta ao indiciado ou acusado quando outras medidas, agora elencadas no art. 319 do CPP, se mostrarem inadequadas ou insuficientes às exigências cautelares. Inteligência do art. 282, §§ 4º e 6º, do CPP**.'

Tais pronunciamos não são isolados. Também já disse algo semelhante a Ministra Maria Thereza, por ocasião do julgamento do RHC n. 84.932: ***a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta****, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade*.

Da mesma forma pensava assim o saudoso Ministro Teori Zavascki, para quem [...] *a prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar:(a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal.* ***Ademais, essa medida cautelar somente se legitima em situações em que ela for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos***

que a lei penal visa a proteger, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal*. Ou seja, é indispensável ficar demonstrado que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins, nos termos do art. 282, § 6°, do Código de Processo Penal* (HC n. 127.186, DJe 3/8/2015).

E não posso deixar de fazer referência ao Ministro Nefi Cordeiro que já afirmou *que o crime, grave [...], não pode justificar antecipação de pena, de modo que somente fatos* ***demonstradores de anormais riscos ao processo ou à sociedade podem provocar a extremamente gravosa cautelar de prisão*** (RHC n. 52.864).

Importante destacar que esse entendimento se aplica, inclusive, às grandes operações, em que os crimes investigados são de grande monta e praticados por verdadeiras organizações criminosas e, muitas vezes, com o intuito de lesar o próprio Estado.

Por exemplo, em processo em que os fatos envolvidos se relacionavam ao Rio de Janeiro e ao seu ex-Governador Sérgio Cabral, em que a prisão aparentava ser desproporcional, a Sexta Turma já optou por impor, em lugar da prisão, outras cautelas:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS.* **OPERAÇÃO RIO 40 GRAUS**. CORRUPÇÃO PASSIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM DE ATIVOS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CONTEXTO FÁTICO REGENTE DAS IMPUTAÇÕES. ATUAL SITUAÇÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE PARA O ENCARCERAMENTO DO RECORRENTE. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DO ERGÁSTULO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. **A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade**.
>
> 2. *In casu*, entendida como *ultima ratio*, **a custódia provisória não se apresenta apropriada, visto que desrespeitado o cânone da proporcionalidade** - necessidade, adequação e balanceamento de

bens jurídicos -, **evidenciando-se que medidas cautelares menos incisivas podem se prestar à manutenção da higidez da marcha processual**.

3. Embora salientado pelas instâncias ordinárias que o recorrente supostamente esmerou-se em atuar, mediante pagamento de vantagem financeira indevida, para beneficiar consórcios de empresas nas obras da Transcarioca Rio e da Recuperação da Bacia de Jacarepaguá, tendo atuado, até 2015, para ocultar os valores espúrios indevidamente auferidos, sobressai dos autos que o increpado não mais exerce o cargo público de Secretário Municipal de Obras desde dezembro de 2016, estando atualmente lotado na Câmara de Vereadores do Município do Rio de Janeiro, sendo que a sua prisão provisória restou decretada apenas em julho de 2017.

4. **Diante do contexto fático regente das imputações relativas ao insurgente e da sua atual situação, não pode subsistir a decisão prisional, mostrando-se suficientes medidas cautelares pessoais diversas da prisão, em consideração aos vetores inscritos no art. 282 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei n. 12.403/2011**.

5. Recurso ordinário provido, ratificando o entendimento da liminar, a fim de substituir a prisão preventiva do recorrente por medidas cautelares diversas do encarceramento, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, quais sejam, II - proibição de acesso à Secretaria de Obras do Município do Rio de Janeiro; III - proibição de manter contato com os demais corréus do processo criminal; IV - proibição de ausentar-se da comarca, salvo se previamente autorizado pelo magistrado; e VI - suspensão do exercício das atividades vinculadas à Secretaria de Obras do Município do Rio de Janeiro; sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar mais outras medidas implementadas pela Lei n. 12.403/2011, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

[...][19]

---

[19] RHC n. 90.882, Relatora Ministra Maria Thereza.

O fato é que a Lei n. 12.403/2011, apesar de já ter uma certa idade, ainda não foi compreendida por boa parte da comunidade jurídica. A possibilidade de se impor cautelares que não a prisão é negligenciada por boa parte dos juízes brasileiros para quem a opção primeira sempre é a prisão. O seu espírito ainda não foi compreendido pelos aplicadores do direito. A doutrina, ou parte razoável dela, já a compreendeu, interpretando essa lei como uma alternativa à prisão, um espaço para o juiz impor uma restrição que não a prisão. Antes, era tudo ou nada – prisão ou liberdade. Agora, ficou clara a opção do legislador em facultar ao juiz alternativas à medida extrema da prisão, possibilitando a ele a imposição de medidas outras mais adequadas e proporcionais ao crime investigado.

Assusta-me, e não nego, o espírito de vingança que hoje existe na sociedade brasileira, amedrontada, não sem razão, com o crescente da criminalidade, espírito esse, porém, que não pode influenciar o aplicador do direito.

É claro, e acredito que sobre isso não se discute, que o nosso sistema penitenciário não suporta mais o excesso de presos e que a prisão também não é solução única para o crime. Outros "castigos" podem e devem ser considerados não só pelo legislador como pelo aplicador do direito.

Devemos fazer uma reflexão sobre o assunto e que haja um esforço maior na compreensão desse texto legal, que veio não para "ajudar" o criminoso, mas sim para fazer valer o princípio que garante a prisão apenas após a efetiva condenação.

Mediação no Âmbito da Administração Pública: Aplicação Prática dos Princípios Constitucionais como Força Motriz na Gestão Estatal

Marco Buzzi
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: APLICAÇÃO PRÁTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO FORÇA MOTRIZ NA GESTÃO ESTATAL

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN THE CONTEXT OF PUBLIC ADMINISTRATION: PRACTICAL APPLICATION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AS AN ENFORCEMENT IN THE MANAGEMENT OF ADMINISTRATIVE MATTERS

Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi[1]

RESUMO: O que se pretende com o presente estudo é discorrer sobre a aplicabilidade dos métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, em uma perspectiva voltada à maior efetivação dos princípios constitucionais. Por muito tempo, a utilização da mediação no contexto da Administração Pública foi um tema controverso, em razão do desconforto entre os princípios que regem esses mecanismos consensuais de solução de conflitos e os de ordem constitucional e, verdade seja dita, mesmo após a edição de atos normativos que versam exatamente sobre essa possibilidade de aplicação dos métodos mais adequados. Sendo assim, questiona-se, acerca da sua aplicabilidade nas relações que

[1] Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC (Brasil), Mestrando em Sistemas Alternativos de Resolução de Conflitos pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora – UNLZ (Buenos Aires, Argentina) e Especialista (Pós-Graduação) em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra (Portugal).

envolvam a Administração Pública em um dos polos do conflito, inclusive, para resolver dissensos entre seus próprios agentes ou que tenham por objeto questões de interesse público, a compatibilidade dessa prática com os princípios constitucionais. Objetiva-se demonstrar que, por meio da ponderação de princípios, a consagração da mediação em demandas da Administração Pública poderia conferir maior eficiência na gestão pública e na concretização do acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; Conciliação; Mediação; Administração Pública; Princípios Constitucionais.

ABSTRACT: This paper aims to explain how the Alternatives Dispute Resolution are applied in conflicts in the scope of Public Administration, through a perspective directed to provide greater effectiveness to the constitutional principles. For a long time, the use of alternative dispute resolution in the context of Public Administration was considered a controversial theme, because of the discomfort established between constitutional-administrative principles and the ones that rule this kind of disagreement, truth is, even after the edition of normative acts that authorizes the application of those methods. Thus, their applicability is questioned when it comes to conflicts involving Public Administration in one of the poles of the dispute, including, to solve those ones occurred between its own agents or public interest issues, especially the compatibility of this practice with the constitutional principles. This article intends to demonstrate, though the mechanism of weighing or balancing principles, that mediation could provide efficiency in the management of administrative matters and to materialize the access to justice.

KEYWORDS: Alternative Dispute Resolution; Mediation; Public Administration; Constitutional Principles.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Relação dos Princípios Constitucionais e Acesso à Jurisdição; 3. O Colapso do Judiciário e a Mediação; 4. Composição de

Conflitos na Administração Pública; 5. Aplicação Prática da Mediação na Administração Pública; 6. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho de pesquisa terá como objeto, sob o enfoque do direito processual, a análise da aplicabilidade dos métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Buscar-se-á compreender como se dá a harmonização dos referidos mecanismos em face dos princípios constitucionais e em que medida são responsáveis por promover a eficiência da gestão pública e a concretização do acesso à justiça, nas hipóteses em que a Administração Pública figurar como um dos polos ou, até mesmo, em conflitos internos.

Esse tema é extremamente relevante e muito debatido atualmente, considerando a nova mentalidade consagrada principalmente com o advento da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015), cujas premissas passaram a ser aplicadas também para inserir os métodos de solução de conflitos também no contexto do poder público.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil promoveu uma verdadeira reforma, cujo propósito é o de conferir maior aderência do sistema de direito processual às realidades do mundo dos fatos, consequentemente, no contexto do poder público, o objetivo é de imprimir maior eficiência à gestão pública, preocupando-se com os efeitos metaprocessuais causados pelos conflitos judiciais.

Não obstante, esse modelo de resolução de conflitos aplicado à Administração é constantemente alvo de críticas e questionamentos no que tange à sua compatibilidade com o interesse público, por ser, então, considerado incompatível com os princípios constitucionais, regentes da Administração Pública.

Para tanto, será demonstrada a evolução histórica dos métodos autocompositivos de solução de conflitos e a progressiva mudança de mentalidade dentro do próprio poder público, passando pela tensão com os princípios de natureza constitucional, e as possíveis soluções para tais conflitos.

Será exposto, também, como tais instrumentos passaram a atuar no implemento da eficiência intrínseca do setor público e, mais que isso, em que medida os princípios da mediação podem ser instrumento de efetivação dos princípios constitucionais da Administração Pública, fazendo as vezes de verdadeira força motriz na gestão estatal e na concretização do acesso à justiça.

Ademais, será analisado como ocorre a aplicação prática dos métodos alternativos de solução de conflitos na Administração Pública, ainda que, aparentemente, haja uma colisão entre princípios e valores norteadores de ambos.

A conclusão trata da harmonização entre os princípios constitucionais que regem a Administração Pública com os da mediação e em que medida os métodos consensuais contribuem para a sua aplicação.

2. RELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ACESSO À JURISDIÇÃO

O contexto geopolítico mundial do século XVIII serviu como impulso para a legitimação dos chamados direitos fundamentais de primeira geração, de inspiração revolucionária liberal, os quais representavam verdadeiros postulados de abstenção do Estado. Posteriormente, percebeu-se a necessidade de garantir condições mínimas aos cidadãos de exercerem seus direitos, o que pressupunha uma atuação mais positiva por parte do Estado no intuito de garantir a efetividade de direitos de cunho social. Mais tarde, surge a tutela daqueles de natureza transindividual, os quais transcendem a figura do indivíduo. Com o passar das gerações todos esses direitos persistem válidos e devem ser observados pelas Constituições.

O Brasil, por sua vez, passou por diversas transformações ideológicas em seu plano governamental, até a adoção da atual forma de governo, uma República Democrática. O período de pós-guerra e fim do regime militar ocasionou a instituição de uma nova ordem constitucional e impulsionou a reconquista, positivação e proteção dos direitos humanos presentes na Declaração da ONU relativos a vida, integridade física, direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, civis, entre outros, de toda espécie, que foram vulnerados durante a vigência dos regimes autoritários e das grandes guerras.

A luta pela reconquista dos direitos de participação política se concretizou na Constituinte e resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a chamada Carta cidadã, sendo esta responsável por redefinir as relações entre os Poderes da República e pela participação democrática do povo nas decisões políticas. Tais transformações exigiram a produção de um novo texto que refaria o pacto social até então vigente.

O referido diploma abriu espaço para a ampliação do controle normativo por parte do Judiciário, o que passou a ser muito discutido pela doutrina, em razão do crescente protagonismo deste e da consequente interferência no princípio da separação dos poderes. Assim, o processo de expansão do poder judicial se tornou um fenômeno progressivamente em curso nas sociedades contemporâneas.

Isso quer dizer, em outras palavras, que a redemocratização do país provocou, então, uma horizontalização entre Estado e sociedade, rompendo com a tradicional disposição vertical. Essa nova ordem estatal passou a valorizar as liberdades públicas, bem como criou instrumentos de garantia processual e conferiu *status* constitucional às instituições que funcionam em paralelo com os três poderes, denominadas as funções essenciais à justiça (arts. 127 ao 135, Constituição Federal).

O art. 5º, XXXV da Constituição garante o acesso à justiça a todo indivíduo. O referido mandamento pode ser chamado também de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou do direito de ação. Porém, devido à inércia de jurisdição, para que seja movimentada a máquina do Estado, imprescindível se torna a provocação no sentido de obter a prestação jurisdicional. Daí a necessidade e a importância dos entes e pessoas que atuam como funções essenciais à justiça.

> Art. 5º, XXXV da CF. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.[2]
>
> Artigo 8º, § 1º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável,

[2] Brasil. Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV.

> por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.[3]

O direito de ação pode ser explicado como a garantia de se buscar a justiça e, por conseguinte, de obtenção de um pronunciamento jurisdicional, ainda que seja desfavorável. Nesse sentido, tal direito passou a ser uma projeção de um caráter autoreflexivo do sistema processual, cuja postura tornava o processo um objetivo em si mesmo, sem maiores preocupações com os resultados finais ou com a legitimidade social das decisões.

Diante disso, o processo civil adotou uma atitude mais zelosa com os resultados produzidos pelo sistema processual na sociedade, no Estado e nos indivíduos. Trata-se da garantia constitucional da efetividade do processo.

Sobre o processo civil de resultados:

> Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social.[4]

Por essas razões, o amplo estímulo e a valorização do direito de ação, sozinhos, não são capazes de exprimir o verdadeiro sentido do sistema processual e sua efetividade. Isso porque é imprescindível, também, ter atenção em relação à tutela jurisdicional e às projeções metaprocessuais dela provenientes, uma vez que, a partir daí, será possível determinar em que medida o processo será útil às partes, bem como as dimensões sociais dos resultados dos provimentos jurisdicionais.

---

[3] Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Art. 8º, § 1º.

[4] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil I. 6 ed. São Paulo, 2009, pág. 198-199.

> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.[5]

O Código de Processo Civil, portanto, acrescentou a eficiência como valor a ser observado nos pronunciamentos judiciais, considerando a utilidade e a qualidade dos resultados em cada processo em si considerado.

A tutela jurisdicional institucionalizada, portanto, passa a ser considerada meio pelo qual se deve atingir a paz social. Porém, por outro lado, a ampla utilização do acesso à justiça não é de todo vantajosa, haja vista o comprometimento da celeridade e eficiência do andamento do sistema processual.

Sabendo disso, a nova ordem jurídica foi responsável por criar mecanismos delimitadores e delineadores dos poderes do juiz, inerentes à jurisdição, com o intuito de direcionar o exercício desta por meios idôneos e socialmente relevantes, tendo em vista o contexto social e político em que se está operando.

São limitações de cunho constitucional e processual. Assim, essas contenções consistem em considerar a iniciativa da parte como requisito para frear o exercício espontâneo da jurisdição ou a necessária correlação entre o que foi pedido pela parte e a sentença proferida, bem como as garantias constitucionais do devido processo legal e do juiz natural. Sobre o tema, ensina o professor Cândido Rangel Dinamarco[6]:

> Diferente é o posicionamento moderno, agora girando em torno da ideia do processo civil de resultados. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade que tenha de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo.

---

[5] BRASIL. Código de Processo Civil. art. 8º.

[6] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil I. 6 ed. São Paulo, 2009, pág. 198-199.

A grande questão do acesso à justiça é conseguir atender ao trinômio qualidade x celeridade x efetividade. Os órgãos jurisdicionais devem, então, mantida a qualidade e a eficiência, produzir sentenças em tempo hábil e razoável. Para tanto, é importante prestigiar a universalização da tutela jurisdicional, no sentido de ampliar o número de pessoas capazes de ingressar em juízo ou de causas a serem objeto deste e, ao mesmo tempo, aperfeiçoar internamente o sistema processual, o qual deve ser célere e produtor de soluções justas e efetivas. Não se perdendo de vista o principal objetivo que é o de promover a satisfação e a paz social, afastando-se da ideia de produção de decisões vazias e automáticas.

A garantia constitucional da ação deve ser meio de se concretizar a chamada justiça substancial. Assim, segundo a acepção clássica de acesso à justiça elaborada por Cappelletti e Garth, o sistema processual deve exprimir duas características, "primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos."[7]

3. O COLAPSO DO JUDICIÁRIO E A MEDIAÇÃO

A universalização da tutela jurisdicional busca, prioritariamente, abranger e amparar o maior número de indivíduos e hipóteses da realidade empírica a que podem se submeter a um pronunciamento judicial.

O processo histórico do referido fenômeno pode ser explicado com o que a doutrina internacional denomina de as três ondas renovatórias do acesso à justiça. As três ondas se referem a um processo de abertura do acesso à justiça voltado especificamente: (i) aos necessitados ou hipossuficientes econômicos; (ii) a conflitos de interesses transindividuais; (iii) novas fórmulas de instrumentos internos do processo.

As referidas renovações representam uma ruptura com o conformismo do processo civil tradicional, exercendo influência e reflexos no vigente Código de Processo Civil, findando a verticalização da relação Estado-indivíduo. Percebeu-se que o processo ordinário contencioso nem

---

[7] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pág. 08, 1988.

sempre é o meio mais eficaz para a solução de conflitos, levando-se em conta os interesses das partes e da sociedade. Aquela justiça tradicional, adjudicada por um juiz, não é mais o único meio adequado e disponível para resolver demandas, em decorrência da nova justiça multiportas.[8]

O papel do Poder Judiciário deixou de ser um mero instrumento de aplicação de leis, havendo a superação da percepção do juiz como "boca da lei", não estando mais este adstrito a uma atividade silogística de subsunção do fato à norma. Ao invés disso, tornou-se mais responsável pela efetividade da jurisdição e pela real concretização dos direitos.

O art. 5º, incisos XXXIV, XXXV, LIV, da Constituição Federal[9] garante o acesso à justiça a todo indivíduo. Porém, devido ao princípio da inércia de jurisdição, para mover o Estado-juiz, imprescindível se torna sua provocação. Daí a necessidade e a importância dos entes e pessoas que atuam como funções essenciais à justiça. Tais como a Advocacia Pública, consistente em diversas instituições que representam a União, Estados e Municípios, judicial ou extrajudicialmente; advocacia privada, representada pelos advogados em geral, na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais; o Ministério Público[10], na defesa de direitos indisponíveis e interesses coletivos; a Defensoria Pública[11] no patrocínio de hipossuficientes.

A primeira onda, mais especificamente, consiste, precipuamente, em proporcionar aos pobres, nos termos da lei, meios de acesso ao Poder

---

[8] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. A Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada. In: ZANETI, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador. Ed.: Juspodivm, 2016, pág. 36.

[9] art. 5º: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[10] BRASIL, art. 81 e incisos da Lei 8.078 de 1990, bem como da Lei 7.347 de 1985.

[11] BRASIL, arts. 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição Federal.

Judiciário. O que se operou com a adoção de dois sistemas básicos de atuação: por intermédio do sistema *Judicare* e de advogados remunerados pelos cofres públicos.

O *Judicare* é caracterizado por Mauro Cappelletti como um modelo por meio do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do *Judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um causídico privado.

Tal sistema, com advogados remunerados pelos cofres públicos, por sua vez, foi inaugurado nos Estados Unidos da América (*Legal Services Corporation*). Trata-se de assistência não só judiciária, mas também jurídica, prévia e informativa, aos pobres nos termos da lei, realizando grandes esforços no sentido de torná-los conscientes de seus direitos.[12]

Ocorreu, então, a instituição da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, por meio da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994.

> Art. 5º, LXXIV. O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.
>
> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014)

A finalidade, portanto, é de garantir o acesso à justiça tangível e equilibrado aos hipossuficientes, com a mesma destreza jurídica que receberia um litigante amparado por defensor particular. A primeira onda,

---

[12] CAPPELLETTI; GARTH, Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pág. 40.

contudo, não se preocupou com os direitos de natureza difusa, coletiva e individual homogênea passíveis de transação.

Por outro lado, a segunda onda renovatória de acesso à justiça diz respeito à abrangência desses conflitos transindividuais, os quais não eram passíveis de serem objeto de tutela em juízo. Foi considerada uma verdadeira revolução no processo civil por Mauro Cappelletti, uma vez que partiu de uma visão individualista para um enfoque mais social e coletivo.

A criação de novas ações e abertura de novos legitimados para interposição destas foram algumas das mudanças implementadas pela segunda onda. Como a Ação Civil Pública, instituída pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990); o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), a Lei Complementar n. 76, de 06 de julho de 1993; a Lei Complementar n. 80; Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995); entre outros.

O advento da terceira onda se deu em razão dos desafios que surgiram ao longo do processo de universalização da justiça. Com efeito, a crescente expansão e o verdadeiro protagonismo do Poder Judiciário ocorreu sob o contexto da ascensão do Neoconstitucionalismo, que se deu após o século XX, segundo a premissa da eficácia máxima da Constituição e de sua força normativa.

O Poder Judiciário, diante desse processo de expansão que o colocou em posição de destaque e do consequente aumento da judicialização de direitos, acabou por ficar sobrecarregado com a quantidade de demandas, o que passou, em certa medida, a comprometer sua celeridade e eficiência. Para desafogá-lo, então, foram adotados os mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Nesse sentido, o CNJ atuou na promoção de ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social. O Conselho foi, igualmente, responsável por implantar o Movimento pela Conciliação, o que culminou na edição da Resolução n. 125/2010. As promulgações da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil vieram, também, como grande estímulo aos meios consensuais, inclusive em relação àqueles envolvendo a Administração Pública.

Os métodos mais adequados de resolução de conflitos, portanto, prestigiam a cooperação, a tolerância, a empatia e o diálogo entre as partes, tais premissas devem nortear todo o processo.

Sabendo disso, há dois principais gêneros de solução de controvérsias para se alcançar tais objetivos: por meio da autocomposição ou da heterocomposição. A primeira diz respeito ao método por meio do qual as próprias partes tentam chegar a um consenso sobre a questão em discussão, resolvendo consensualmente o conflito de interesses, sendo que um terceiro neutro apenas conduzirá a discussão. Dois exemplos desse método são a conciliação e mediação. A segunda, por sua vez, trata-se de uma técnica em que um terceiro é designado para proferir uma decisão sobre a pretensão resistida posta em análise. Dois exemplos são a arbitragem e a própria jurisdição.

Entre as diversas espécies de métodos alternativos de solução de conflitos estão: a Mediação, a Conciliação e a Arbitragem, sendo que a natureza do conflito de interesses pode indicar qual deles será o mais adequado:

(i) A Mediação consiste em método autocompositivo de resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial conduzirá e facilitará o diálogo entre as partes, sem poder de decisão acerca do objeto da demanda. Trata-se de uma atividade técnica não jurisdicional. A mediação deve ser estimulada pelos tribunais por meio de centros judiciários próprios regulamentados pelo CNJ;

(ii) A Conciliação, por sua vez, é um processo autocompositivo, em que um terceiro imparcial conduzirá as discussões e poderá fazer sugestões para a solução do litígio, opinar e interagir com as partes. Ao final, se houver acordo, este deve ser encaminhado para que o juiz proceda à sua homologação, caso seus termos estejam conforme os princípios da razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto;

(iii) A Arbitragem é um método heterocompositivo, de natureza jurisdicional, em que um terceiro neutro será nomeado

> como árbitro, com a incumbência de decidir de forma impositiva. Assim, a sentença proferida pelo árbitro, a qual terá natureza de título executivo judicial, não fica sujeita a recurso, em regra, ou a homologação pelo Judiciário e produzirá os mesmos efeitos de uma decisão prolatada por órgãos jurisidicionais. Ressalte-se que o Poder Judiciário e as Câmaras Arbitrais nunca se confundem.

Um dos desafios dos métodos de solução de controvérsias é garantir um ganho equitativo das partes em relação às consequências da solução, uma vez que nem sempre as partes terão semelhante grau de instrução ou disporão de recursos para celebrar acordos sem uma orientação maior. Por essa razão é importante instruir os litigantes acerca de todos os meios de que dispõem para a resolução de conflitos e dar a eles a oportunidade de optarem por aquela que melhor condiz com a natureza da disputa.

Outro ponto importante é estimular a mudança de mentalidade, que deve começar em debates acadêmicos já na faculdade, para que os estudantes tenham conhecimento desses métodos e passem a aplicá-los na resolução de litígios em casos concretos.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos, portanto, são uma importante inovação, haja vista que, diante do amplo acesso à justiça conquistado ao longo da história, são meios de solucionar questões antes de levá-las ao crivo do Poder Judiciário por meios contenciosos, garantindo, ainda assim, a efetividade de direitos fundamentais, a celeridade e, ainda, um modo de prestigiar valores como o diálogo, o respeito, a cooperação, a tolerância e a autonomia das partes. Diante desses fatores, é indiscutível a relevância desses mecanismos para a solução de controvérsias, tanto no setor privado como na conjuntura do poder público, observadas suas peculiaridades.

No que toca à Administração Pública e à sua inserção como destinatária dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, foi necessária uma mudança de mentalidade no sentido superar a impossibilidade de negociação da coisa pública em hipótese alguma. Isso levou ao estreitamento da relação entre Estado e cidadão, bem como a

uma nova perspectiva de utilização da mediação como instrumento de gestão de conflitos envolvendo o poder público. Leia-se, nesse sentido, a Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, Elisa Berton Eidt, no artigo intitulado "Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da Administração Pública":

> A concepção de uma Administração Pública que dialoga com o cidadão, o qual é, ao fim e ao cabo, a razão de ser de todo o aparato do Estado, está bem clara na redação do novo código processual. A possibilidade deste diálogo, por óbvio, não se compatibiliza com a pré-definição de que há uma supremacia dos interesses do Estado sobre aqueles pretendidos pelo indivíduo, sobretudo porque não são poucas as vezes em que o agir estatal (ou não agir) viola direitos fundamentais. Um poder público que se utiliza da morosidade do judiciário para se esquivar do cumprimento de suas obrigações é postura que não se compatibiliza com a Constituição nem com as normas fundantes do processo civil contemporâneo e expressamente previstas na novel legislação (consensualidade, celeridade, colaboração e promoção da dignidade da pessoa humana).[13]

A inserção da mediação na Administração Pública sob a concepção de instrumento de gestão é utilizada como meio para se alcançar a pacificação social por meio da consensualidade.[14]

É inegável a crise atualmente vivida pelo Poder Judiciário, que conta, segundo o relatório Justiça em Números de 2018, com aproximadamente 110 milhões de processos[15] em tramitação e, portanto,

---

[13] EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. RPGE. Porto Alegre, v. 36 n. 75, p. 70, 2015.

[14] COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 9, n. 9, p. 13, out. 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003. Acesso em 29/01/2019.

[15] Dados Estatísticos encontrados no Justiça em Números, organizado pelo CNJ. Disponível em http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em 08 de fev. 2019.

pendentes de solução definitiva. Faz-se necessário encontrar formas de pacificação efetivas e céleres que não o Estado-Juiz, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem, acima mencionadas, ora mais ainda em destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

A consolidação desses métodos de solução de conflitos somente é viável a partir de uma mudança de mentalidade não só dos operadores do Direito, mas também da academia jurídica, por meio da inserção, em suas grades, de disciplinas relativas aos aludidos mecanismos, bem como pela conscientização popular sobre outras formas de se resolver contendas.

A Administração Pública não pode se furtar dessa verdadeira transformação. Ao contrário, ela foi contemplada nessa realidade tanto pela Lei de Mediação quanto pelo Código de Processo Civil, ambos atos normativos com dispositivos próprios aplicáveis em sua conjuntura (respectivamente, arts. 32 e 174). Impossível diminuir a enorme quantidade de processos judiciais sem que se inclua a Administração nesta revolução, justamente por ser ela uma das maiores litigantes na contemporaneidade[16].

4. COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nos últimos anos, o sistema judicial brasileiro experimentou uma progressiva mudança de mentalidade voltada para a incorporação e aplicabilidade em suas práticas dos métodos mais adequados de solução de conflitos, não só nas demandas em geral, mas também no âmbito da Administração Pública, afastando-se da essência jurisdicional-adversarial, preponderante até então. O paradigma contemporâneo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de Mediação n. 13.140/2015, mediante a implementação da política pública de incentivo à autocomposição de conflitos, com inspiração na Resolução n. 125/2010 do CNJ e, por conseguinte, consagrado pelo Código de Processo Civil de 2015 propôs-se a conferir maior adesão do regramento do direito processual às realidades do mundo e às exigências do bem comum, inclusive nas relações em que

[16] Os 100 maiores demandantes no primeiro grau do TJSP ajuizaram mais de 5 milhões de ações nos últimos anos, sendo que mais de 3 milhões dos processos (62,3%) tiveram origem no setor público municipal. FONTE: – O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil – AMB.

a Administração seja parte, tanto em sede de conflitos internos como nas hipóteses em que particulares figurarem em um dos polos do conflito.

Sabendo disso, o autor ousa discorrer, ainda que superficialmente, sobre a prática dos métodos alternativos de resolução de conflitos ante o interesse público, de modo a incentivar a utilização destes no âmbito da Administração, aplicação esta que ainda enfrenta significativa resistência por parte dos operadores do Direito.

As demandas em que o Poder Público é parte representam um número expressivo no sistema processual, haja vista ser ele um dos maiores litigantes no sistema de justiça, o que contribui para a questão da sobrecarga do Poder Judiciário, portanto, não faz sentido pensar em maneiras de desafogá-lo e aumentar a efetividade de suas decisões, se não forem incluídas tais demandas administrativas na abrangência dos métodos alternativos de solução de conflitos.

Em outras palavras, entendeu-se que o regramento e os princípios regentes da mediação e conciliação também têm aplicabilidade nas relações inseridas no contexto do Poder Público, uma vez que seu *modus operandi* não está restrito a relações privadas.

Mais tarde, o Código de Processo Civil vigente foi responsável por prestigiar os métodos alternativos de resolução de conflitos. Inovou no propósito de conferir maior aderência do sistema de direito processual às realidades do mundo dos fatos. Parte-se da ideia de que os litigantes se sentem mais confortáveis quando eles próprios desenham a solução de suas pelejas, em detrimento de um desfecho imposto pela figura do magistrado. Ainda considerando que uma decisão judicial, muitas vezes, tenha o condão de encerrar o problema no âmbito da justiça, ela não é sempre capaz de pôr fim ao litígio entre as partes ou de promover efetivamente a paz social.

Entre as principais mudanças inseridas pelo CPC, está o robusto incentivo à autocomposição. Para tanto, determinou que todos os Tribunais devem implantar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, para fins de cumprimento de sessões e audiências de conciliação e mediação. Medida esta que exprime, claramente, a institucionalização da mediação em processos judiciais pelo novo diploma.

O CPC/2015, portanto, dedica uma particular atenção às figuras do Conciliador e do Mediador, classificados agora, oficialmente, como Auxiliares da Justiça:

> Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

Em seu art. 165, o Código faz uma minuciosa distinção entre as atribuições de cada um – o conciliador atuará, preferencialmente, nos casos em que não houver vínculo estabelecido anteriormente entre as partes, terá maior ingerência na relação, na medida em que poderá sugerir soluções para o litígio, enquanto ao mediador cabe conduzir as discussões, auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses de ambos, de modo que determinem por si próprios um desfecho à pretensão resistida:

> Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
>
> § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.
>
> § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
>
> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O Código de Processo Civil legitimou uma mudança de paradigma, positivando uma nova mentalidade ao estimular a solução consensual de conflitos, por meio da figura dos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, mediadores, conciliadores, árbitros e demais operadores do Direito, com a ascensão do chamado sistema multiportas[17], cuja premissa é substituir o mecanismo tradicional de solução de conflitos, que era composto exclusivamente pela judicialização contenciosa de demandas.

Nesse sentido, o princípio constitucional do acesso à justiça passou por uma revolução e aperfeiçoamento em seu significado intrínseco, de modo que se transformou de um princípio meramente autorizativo de interposição de ações para um mecanismo de alcance de soluções qualificadas e eficazes. Outrossim, os princípios constitucionais da Administração Pública também devem sofrer um processo de aperfeiçoamento, à luz da Constituição.

As modalidades do sistema multiportas de resolução de conflitos, no entanto, foram muito questionadas no que tange à sua aplicabilidade em relações que envolvam a Administração Pública em um dos polos do conflito e, além disso, para resolver conflitos internos, entre seus próprios agentes ou que tenham por objeto questões de interesse público.

Não obstante, não há dúvidas de que essa nova mentalidade inseriu a Administração Pública como um dos destinatários dos mecanismos consensuais de solução de disputas. Isso porque o referido diploma legal dedicou um artigo autorizando explicitamente o uso desses métodos no contexto da Administração Pública.

> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições

[17] O termo "Tribunal Multiportas" foi inaugurada no direito norte-americano pelo professor de Direito da Faculdade de Harvard, Frank E. A. Sander, o qual concebeu o termo original em inglês "*Multi-Door Courthouse*", cujo significado retrata um sistema em que os conflitos poderiam ser solucionados por vários métodos alternativos de resolução de disputas num mesmo tribunal e não apenas por meio do modelo tradicional contencioso presidido pelo juiz. Seu sistema propunha que, após uma triagem realizada por profissional qualificado, as partes seriam encaminhadas à "porta" mais adequada à solução da controvérsia.

> relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
>
> I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

É claro que a mediação na Administração Pública tem de enfrentar certos desafios próprios da natureza de suas demandas. É por essa razão que nem todas as demandas as quais integrar poderão ser submetidas ao procedimento de mediação. Tem-se, portanto, a figura do gestor de conflito, incumbido de realizar uma espécie de triagem. Este gestor, portanto, deve obter formação quanto aos métodos adequados a cada caso, bem como deve passar por um processo de preparação ética e técnica para qualificá-lo como mediador.

O objetivo precípuo dos instrumentos de resolução consensual de conflitos é o de fomentar o desfecho de questões antes de serem submetidas ao Poder Judiciário, de modo que as próprias partes construam a solução acerca da contenda que as envolve, com base em valores norteados pela cooperação, tolerância, empatia, diálogo, prática esta que prestigia a autonomia das partes, constituindo-se, por isso mesmo, via de regra, em um mecanismo mais adequado do que a sentença judicial para a promoção da pacificação social. Um dos propósitos desse novo sistema ora em foco, entre tantos outros, consiste em evitar o excesso de judicialização e amenizar o fenômeno de expansão e protagonismo desse Poder, o qual passou a vigorar com o advento do Neoconstitucionalismo[18].

---

[18] Sobre esse tema, o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta a seguinte conceituação, confira-se: "Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da

Os referidos instrumentos, portanto, têm por escopo prezar pela celeridade, eficiência e economicidade em relação a demandas que poderiam ser resolvidas sem que houvesse a movimentação da máquina judiciária, superando questões tais como a da falta de estrutura funcional, a morosidade e os altos custos que um processo essencialmente contencioso pode significar. E, ademais, buscam superar a chamada cultura da sentença, termo este que exprime a atividade jurisdicional de produzir decisões em grande escala sem se preocupar com os efeitos metaprocessuais de cada uma delas, o que acaba por comprometer não só a própria instituição mas também a qualidade das suas deliberações, tornando-as incapazes de garantir a justiça substancial da prestação jurisdicional e a paz social.[19]

A utilização da mediação no contexto da Administração Pública foi, por muito tempo, um tema controverso na doutrina, em razão do desconforto que causa quanto aos princípios norteadores deste tipo de procedimento, uma vez que, aparentemente, são eles conflitantes com os regentes da Administração Pública. Tal desconforto, contudo, não serviu de impedimento para que os métodos de solução fossem consagrados também no contexto do poder público, encontrando-se a saída na ponderação de princípios por meio do mecanismo de cedência recíproca.

Sabe-se, pois, que os princípios são mandamentos de otimização, os quais exprimem os valores predominantes e condutores de uma sociedade

---

Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito." BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito. Acesso em: 12 jan. 2019.

[19] Nesse sentido, Kazuo Watanabe discorre sobre a expressão cultura da sentença: "O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada de conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a chamada 'cultura da sentença', que traz como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores, e até mesmo da Suprema Corte." - WATANABE, Kazuo. Acesso à Ordem Jurídica Justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Prefácio Min. Ellen Gracie Northfleet; apresentação Prof. Humberto Theodoro Júnior. Editora: Del Rey, Belo Horizonte, 2019, págs. 65-73.

no ordenamento jurídico, seu grau de cumprimento é determinado pelo cotejo com outros princípios, regras e levando em conta o contexto fático sobre o qual operará. Em havendo colisão entre eles, há que se proceder à análise da dimensão de cada um no caso concreto, uma vez que, em abstrato, nenhum princípio ostenta primazia sobre outro.[20]

Isso quer dizer que os princípios regentes da Administração, consubstanciados no art. 37 da Constituição Federal, deverão ser observados juntamente com os princípios que ordenam a conciliação e a mediação. Ou seja, deve-se harmonizar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, em face dos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, oralidade, confidencialidade, informalidade e decisão informada, os quais, aparentemente são conflitantes entre si.

Destrinchando cada um dos mencionados princípios para que sejam objeto de ponderação, tem-se o seguinte:

Ao analisar o princípio da autonomia da vontade, o qual informa a mediação, em confronto com o da impessoalidade, que rege a Administração, ambos parecem tratar de valores diametralmente opostos e impraticáveis de ponderação. Aquele diz respeito a uma atuação da parte com liberdade, sem pressões internas ou externas, enquanto este fala sobre buscar atingir a finalidade pública, sem interferência de interesses pessoais.

Não obstante, apesar de a Administração ser composta por órgãos e instituições, cujas funções são exercidas por seus agentes por meio da presentação, ainda assim há possibilidade de o agente público, em razão de sua investidura, transacionar, por meio da mediação, interesses próprios enquanto servidor ou da Administração, já que são os detentores do domínio técnico das questões, sem que isso represente uma vulneração ao princípio da impessoalidade. Ademais, somente os agentes públicos competentes ou com poder de decisão, em observância às regras de organização institucional, podem atuar na sessão autocompositiva.

---

[20] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Nesse sentido:

> Faz-se importante notar que os órgãos e as instituições públicas existem e são estruturados por pessoas, por mais que estejam imbuídas dos atributos de gestão de impessoalidade e eficiência, findam por levar para esses ambientes toda a sua história e a sua composição subjetiva. Com efeito, são eles os condutores de todo o processo de instalação do conflito e, por conseguinte, de sua solução. Cabe, então, analisar o procedimento de solução das querelas, preconizando que a mediação seria uma forma útil e promissora de solução dessas questões.[21]

Em relação ao princípio da legalidade, este também pode ser aplicado no contexto de mediação em que se tenha como parte a Administração Pública. Isso porque a autonomia da vontade, por óbvio, não é absoluta e, portanto, encontra restrições nos próprios diplomas legais, a exemplo da vedação à renúncia de direitos indisponíveis não transacionáveis. O poder público, por sua vez, somente pode agir nos contornos legais, de modo que tais princípios deverão servir de parâmetro e limite às sessões realizadas em seu âmbito.

Naturalmente, em razão do princípio da legalidade, o espaço de negociação é reduzido na Administração Pública quando comparado ao que ocorre no setor privado, mas isso não significa que haja impedimento para a utilização da cooperação na resolução de conflitos.

Ainda que vigore o princípio da prevalência do interesse público, o qual versa sobre a indisponibilidade dos atos de gestão, há que se levar em consideração a parcela de interesse da Administração que não lhes diz respeito, ou seja, aqueles predominantemente patrimoniais, que visam ao aumento de riquezas, ao recebimento de receitas ou a evitar gastos. Em relação a estes últimos, é viável sopesar os princípios da mediação.

---

[21] COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 9, n. 9, p. 20, out. 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003. Acesso em 29/01/2019.

A comunicação na mediação busca a construção de uma solução, o que implica na relativização de parte dos interesses de cada um, a fim de que a solução encontrada satisfaça ambos os polos do conflito, por meio do consenso. Diante do princípio da indisponibilidade do interesse público, o desafio se torna respeitar o limite imposto à negociação em matéria administrativa. Por outro lado, a negociação pode ser um caminho eficaz na busca de melhores condições aos administrados e, igualmente, aos próprios entes públicos em cumprirem suas obrigações com previsibilidade e compatibilidade orçamentária[22], em alguns casos até economizando recursos públicos, como ocorre em sede dos pagamentos das indenizações nas hipóteses de desapropriações, o que vai ao encontro do melhor interesse da Administração.

O princípio da decisão informada, presente na mediação, por sua vez, serve, em certa medida, como garantidor do princípio da legalidade. Tem-se como objetivo a tomada de decisões com base em um acervo de informações fáticas e jurídicas acerca do conflito. Em se tratando de matéria administrativa, os advogados públicos exercem a função de prestar informações e esclarecimentos aos gestores dos entes públicos durante a mediação, conferindo, assim, maior segurança jurídica ao resultado.

Em relação à isonomia, a qual prega o tratamento igualitário para que as partes possam dialogar, em confronto com a supremacia do interesse público, a qual garante diversas prerrogativas ao poder público, é necessário compreender que esta última não deve servir como argumento para corroborar qualquer conduta arbitrária por parte do Estado. Assim, a mediação, ao aplicar ferramentas de empoderamento, servirá para diminuir a distância que há entre Estado e cidadão de modo a estabelecer o equilíbrio, na medida do possível, entre as partes. Pode ser também um mecanismo de reforço do pacto federativo, nas hipóteses em que o método autocompositivo é utilizado entre diferentes entes da federação, fortalecendo uma relação horizontal entre eles.

---

[22] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 4. ed. São Paulo: Método, pág. 217, 2015.

Os princípios da boa-fé e da moralidade podem ser conjugados na construção de um acordo justo e em conformidade com os preceitos da Administração Pública, de sorte que os entes públicos assumam responsabilidades dentro da moldura de atuação fixada por normas de direito administrativo.

No que se refere à imparcialidade, que diz respeito à atuação do mediador com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, em face do princípio da supremacia do interesse público, é importante pontuar que ele, dentro do caso concreto, deverá buscar o equilíbrio entre os interessados, propiciando igualdade de oportunidades, sem que um lado prepondere sobre o outro, uma vez não ser o objetivo declarar vencedores ou perdedores. Assim, as câmaras administrativas devem dispor de profissionais qualificados, detentores de conhecimento tanto em matéria administrativa, quanto nas regras do instituto da mediação.

A relação entre os princípios da independência, que fala sobre o dever de atuar com liberdade, sem pressões internas ou externas, e o da legalidade, deve ser de ponderação, no sentido de conferir ao mediador da câmara administrativa, ao presidir a sessão, independência na utilização das técnicas típicas do procedimento, contudo, em observância às normas institucionais de direito administrativo. O procedimento nas câmaras, portanto, é norteado por critérios objetivos para a escolha da mediação como forma de resolução do conflito, a fim de que fiquem resguardados os preceitos administrativos.

Sobre a oralidade na mediação, sabe-se que esta não é um procedimento rígido e completamente formal, o que contribui, decisivamente, para a simplificação e a celeridade das sessões. Nota-se, portanto, que o princípio está de acordo com a eficiência da Administração Pública.

Por fim, a confidencialidade em contraponto à publicidade. O primeiro versa sobre o dever de manter sigilo referente às informações debatidas na sessão, salvo por autorização das partes ou em caso de violação à ordem pública. O segundo impõe que os atos praticados pela Administração se tornem públicos por veículos oficiais para conhecimento e controle da população. Ambos valores podem ser harmonizados e não

se excluem, tendo em vista que o processo de discussão no interior das câmaras prevalece confidencial, enquanto que seu resultado deve ser público, de acordo com as regras processuais, obedecendo à publicidade administrativa. O termo, nesse sentido, deve ser homologado administrativa ou judicialmente, bem como perante os órgãos de controle, em observância à publicidade constante da Constituição Federal.

Busca-se, portanto, fomentar a mentalidade de que a Administração Pública é capaz de dialogar com o cidadão – segundo as premissas da celeridade, consensualidade, colaboração e promoção da dignidade da pessoa humana – e que suas decisões fundamentais não estão submetidas tão somente ao arbítrio do administrador, haja vista o espaço para o diálogo e as concessões recíprocas de interesses. Além disso, fulmina a ideia de que, por vezes, a Administração utiliza-se da morosidade do Poder Judiciário para se escusar da efetivação de direito fundamentais.

Apesar de o espaço para negociação ser reduzido, não significa ser ele impraticável. Ainda que aparentemente haja colisão entre os princípios da mediação e os de natureza administrativa, há como superá-la pelo caminho da ponderação e, mais ainda, é possível afirmar que a aplicação dos princípios constitucionais serve como referencial teórico prático para alcançar a eficiência da gestão pública e viabilizar o acesso à justiça.

Isso porque não se pode analisar o instituto dos métodos alternativos de solução de conflitos como uma matéria estática. Ao contrário disso, trata-se de um procedimento evidentemente transdisciplinar, pois é regida por uma dinâmica sistêmica, a qual pode integrar diversas disciplinas:

> A Mediação é uma prática multiprofissional, para a qual cada profissional, de origem disciplinar distinta e complementar, adquire um saber comum que é transdisciplinar – muito mais que multidisciplinar ou interdisciplinar, uma vez que mescla intrinsecamente o conjunto de saberes de que originariamente se constituiu.[23]

---

[23] ROSEMBLATT, Ana; MARTINS, André. Mediação e transdisciplinariedade. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Coord.). Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, pág. 142, 2016.

Ademais, a coisa pública não deve ser enxergada como insuscetível de negociação em todas as hipóteses. É possível superar o caráter absoluto do princípio da indisponibilidade do interesse público pelo exercício hermenêutico de ponderação de princípios.

É imprescindível, portanto, que a crença da indisponibilidade do interesse público como fator impeditivo de celebração de acordos pelos entes públicos seja superada. Em verdade, a condição de indisponibilidade não pressupõe, necessariamente, um óbice à transação de direitos. Menciona-se, a título de exemplo, o que ocorre no art. 334, CPC/15[24], o qual dispõe sobre a realização de audiência de mediação e conciliação com o objetivo de promover a autocomposição de conflitos no procedimento comum. Em seu parágrafo 4º, inciso II, ao tratar das hipóteses em que não será autorizada a realização da referida audiência, não há menção à indisponibilidade dos direitos, uma vez que esta não implica, necessariamente, na vedação da transação. Assim, a audiência somente não será realizada se ambas as partes manifestarem expressamente o desinteresse na composição consensual ou quando o caso concreto não admitir a autocomposição.[25]

---

[24] Art. 334, § 4º, do CPC/15. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

[25] PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. Autocomposição e Poder Público: realidade ou incompatibilidade? Como têm se portado magistrados e entes públicos com relação à audiência de mediação ou de conciliação. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/autocomposicao-e-poder-publico-realidade-ou-incompatibilidade-22032018. Acesso em: 15/03/2019.

Desse modo, o postulado de que esta condição constituiria impedimento à participação da Fazenda Pública em qualquer procedimento mais adequado de resolução de conflitos em que fizer parte é, certamente, obsoleto. O poder público tem o poder-dever de se sujeitar aos referidos métodos, sempre que couber, porque é possível que eles se traduzam em uma solução mais benéfica para o próprio interesse da Administração questionado na lide. E, ademais, em demandas que acarretarem a renúncia parcial ou total de direito material da Administração Pública, pressupõe-se autorização legislativa.

Sobre isso, os Enunciados n. 135 e 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, do grupo negócios processuais, concluíram, respectivamente: "A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual"; "A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual". Além desses, editou o Enunciado n. 673 que determinou "A presença do ente público em juízo não impede, por si só, a designação da audiência do art. 334, CPC/15."

Depreende-se desses enunciados, portanto, que a indisponibilidade do interesse público não simboliza a indisponibilidade do processo judicial, sendo assim, os meios de se obter a tutela aos direitos da coletividade estão enquadrados na esfera de escolha do administrador, ao qual cabe o dever de perseguir o melhor método para alcançá-lo.[26]

Para a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias em sede de demandas envolvendo a Administração Pública, não obstante, é indispensável a existência de preceitos normativos próprios. Nesse sentido, o Fórum Nacional do Poder Púbico – FNPP em seu Enunciado 16 previu que: "A Administração Pública deve publicizar as hipóteses em que está autorizada a transacionar." Já o Enunciado n. 33 determinou: "A audiência de conciliação do art. 334 somente é cabível para a Fazenda Pública se houver autorização específica para os advogados públicos realizarem acordos." Por conseguinte, o Enunciado n. 54 consagrou que:

[26] RODRIGUES, Marco Antônio. A Fazenda Pública no Processo Civil. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 376.

"Quando a Fazenda Pública der publicidade às hipóteses em que está autorizada a transigir, deve o juiz dispensar a realização da audiência de mediação e conciliação, caso o direito discutido na ação não se enquadre em tais situações." Nessa mesma lógica, o Enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho de Justiça Federal: "Havendo a Fazenda Pública publicizado ampla e previamente as hipóteses em que está autorizada a transigir, pode o juiz dispensar a realização de audiência de mediação e conciliação, com base no art. 334, § 4º, II, do CPC, quando o direito discutido na ação não se enquadrar em tais situações."[27]

Os referidos enunciados servem para harmonizar a dinâmica de funcionamento das procuradorias que atuam em nome do poder público com a regra consubstanciada no art. 334 do CPC, de modo que já existem previsões objetivas insculpidas em instrumentos normativos internos de tais órgãos, bem como se tem firmados verdadeiros protocolos institucionais entre os entes públicos sobre as hipóteses de cabimento dos métodos mais adequados de solução de conflitos em sede de demandas envolvendo o poder público.[28]

5. APLICAÇÃO PRÁTICA DA MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei n. 13.140/2015, em seu art. 3º, aumentou o âmbito de atuação da mediação ao mencionar que pode ser objeto desse procedimento, além dos direitos disponíveis, os indisponíveis que admitem transação. Dessa forma, os que dizem respeito à matéria oriunda da Administração Pública também podem ser levados a discussão por meio de sessões de conciliação e mediação.

---

[27] PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. Autocomposição e Poder Público: realidade ou incompatibilidade? Como têm se portado magistrados e entes públicos com relação à audiência de mediação ou de conciliação. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/autocomposicao-e-poder-publico-realidade-ou-incompatibilidade-22032018. Acesso em: 15/03/2019.

[28] PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a Audiência de Conciliação no Novo CPC. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacao-cpc. Acesso em: 18.mar.2019.

É imprescindível, portanto, como já foi frisado no capítulo anterior, que a crença da indisponibilidade do interesse público como fator impeditivo de celebração de acordos pelos entes públicos seja superada. Assim, a condição de indisponibilidade não pressupõe, necessariamente, um óbice à transação de direitos. E, ademais, em demandas que acarretarem a renúncia parcial ou total de direito material da Administração Pública, pressupõe-se autorização legislativa.

> Mesmo assim, não é correto afirmar a existência de um suposto monopólio ou exclusividade estatal quanto aos meios de solução de conflitos interindividuais ou transindividuais, sabendo-se que também os árbitros exercem jurisdição e suas sentenças são suscetíveis de obter a autoridade da coisa julgada material. Também o mediador e o conciliador atuam no sentido de solucionar conflitos e permitir o acesso à ordem jurídica justa, embora não exerçam jurisdição.[29]

Na verdade, o entendimento de que a tutela jurisdicional é o único meio de garantir a ordem jurídica justa é obsoleto. O novo paradigma instaurado pelos métodos alternativos de solução de conflitos foi responsável por legitimá-los inclusive no âmbito da Administração Pública, tanto nas hipóteses em que integra um dos polos do conflito, quanto naquelas em que o dissenso se instaurou internamente.

> Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.
>
> § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Em relação aos indisponíveis, o acordo deve ser homologado pelo juiz, com oitiva para o Ministério Público:

> § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

---

[29] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil I. 6 ed. São Paulo, 2009, pág. 198-199, pág. 211.

Os direitos estatais disponíveis dizem respeito às seguintes hipóteses:

> (i) Aos bens classificados como bens dominicais, suscetíveis de valoração econômica e que possam ser negociados por seus titulares;
>
> (ii) Quando o conflito entre o particular e a Administração for eminentemente patrimonial, salvo se, no caso concreto, houver previsão legal acerca da afetação do bem ou inalienabilidade pela Administração;

O Código Civil determina a classificação de bens públicos, em seu art. 99, em bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais:

> Art. 99. São bens públicos:
>
> I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
>
> II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
>
> III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.
>
> Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Relevante, portanto, conceituar os bens dominicais, aqueles desafetados por lei ou ato administrativo: correspondem a todo o patrimônio que deixa de ser utilizado na prestação de serviços públicos, como imóveis desocupados que não possuem destinação pública. Nessas condições, são estes, portanto, os pertinentes aos direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública.

Ante o exposto, fica cristalina a intenção de institucionalizar os instrumentos de solução de controvérsias para todos aqueles que atuam diretamente no poder público. A Lei n. 13.129/2015, nessa mesma esteira,

autoriza a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pela Administração direta e indireta:

> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
>
> § 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

O art. 32 da Lei n. 13.140/2015 determina os termos em que a mediação será utilizada pela Administração Pública, autorizando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios o façam por meio da criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos. Estas terão competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades próprias da Administração Pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; ou promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

As atribuições e o modo de composição e funcionamento das referidas Câmaras serão estabelecidos por Lei própria do respectivo ente federado que a instalar. Acrescente-se que a sujeição do conflito às Câmaras não é obrigatória, as hipóteses deverão estar previstas no regulamento do respectivo ente federado.

> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
>
> I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

> § 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.
>
> § 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.
>
> § 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.
>
> § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.
>
> § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Dessa forma, o procedimento conciliatório é realizado pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF/CGU/AGU), sediada em Brasília, no âmbito da Advocacia Geral da União – AGU. Mas, em se tratando de conflitos em outras localidades, a gestão do conflito é descentralizada para as Câmaras Locais de Conciliação (CLCs), presentes em todos os Estados da Federação e que integram as Consultorias Jurídicas da União nos Estados e nos Municípios, com o objetivo de dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, nas hipóteses que envolvam controvérsias entre particulares e pessoas jurídicas de direito público.[30]

Para a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias em sede de demandas envolvendo a Administração Pública, não obstante, é indispensável a existência de preceitos normativos internos prevendo as

[30] Dados presentes na Cartilha da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, organizada pela Advocacia Geral da União – AGU.

suas hipóteses de cabimento, a fim de se evitar a realização de audiências sem viabilidade de êxito. Isso quer dizer que a concessão de direitos que demandem a autorização do Poder Legislativo, embora em tese o princípio da legalidade estrita o torne inviável, é possível que a atuação da Câmara se concretize quando versar sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela Administração com particulares[31]; em conflitos relacionados à prestação de serviços públicos[32]; na composição de controvérsias jurídico-tributárias perante a receita federal ou sobre dívida ativa da União[33]; na resolução de conflitos entre particulares perante as agências e os órgãos reguladores[34]; e em transação por adesão em controvérsias jurídicas contidas em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores[35].

A Advocacia Pública, nesse contexto, tem o papel de presidir a resolução administrativa de conflitos, quando couber, visando à concretização de direitos fundamentais e ao fortalecimento das instituições

---

[31] Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

[32] Art. 33, da Lei n. 13.140. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.
Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

[33] Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

[34] Art. 43. Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.

[35] Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:
I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou
II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

democráticas do Estado de Direito, bem como de facilitar a relação entre Estado-cidadão, no interior das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, prezando, ao mesmo tempo, pela observância dos princípios constitucionais-administrativos.

Nesse sentido, também a Lei da Ação Civil Pública autoriza a celebração de termos de ajustamento de conduta com o fim de negociar em busca de uma solução verdadeiramente consensual, especialmente quando as causas envolvem consumidores ou valores ambientais.

> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
>
> (...)
>
> § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Há, ainda, o estímulo de se utilizar da cooperação no contexto do Processo Administrativo Disciplinar – PAD. Trata-se de reconhecer o servidor na condição de cidadão, enquanto sujeito de direitos individuais dissociados do ente estatal ao qual integra, exercendo, assim, maior ingerência na decisão final sobre sua vida. O que, certamente, confere maior senso de responsabilidade e ética no trabalho, na condição de funcionário público, além de garantir celeridade e contenção de custos.[36]

O processo administrativo disciplinar era encarado como um mecanismo de cunho unicamente sancionatório/punitivo. A nova mentalidade do sistema processual, portanto, busca superar essa perspectiva, no sentido de considerar as implicações metaprocessuais que uma negociação poderia trazer, como o alcance da paz social. Transcendendo,

---

[36] ROGERIO, Taiz; DIAS, Maria Tereza Fonseca Diaz. A Mediação como Instrumento de Eficiência e Consensualidade do Processo Administrativo Disciplinar. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=54072f485cdb7897. Acesso em 25.02.2019.

assim, os limites impostos pela burocracia administrativa e contribuindo na promoção da eficiência da gestão pública.[37]

Outra inovação relevante trazida pela Lei 13.140/2015 é a figura da mediação coletiva de conflitos no contexto da prestação de serviços públicos, procedimento este que poderá ser instalado de ofício ou por provocação, e tem por escopo ampliar a proteção dos destinatários deste tipo de atividade.

Destaque-se que, admitido o processo de mediação pelo órgão ou entidade, estará suspenso o prazo prescricional desde a data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito, salvo nos casos que versarem sobre matéria tributária, em relação às quais serão aplicáveis as regras consubstanciadas no próprio Código Tributário Nacional.

Além desses, o CNJ instituiu a Resolução n. 261 em 11.09.2018, a qual foi responsável por criar e instituir a política e o sistema de solução digital da dívida ativa.[38]

Especificamente, no que tange à Administração Pública Federal, o projeto delega ao Advogado-Geral da União a atribuição de autorizar, com base na jurisprudência de tribunais superiores e do STF ou por meio de parecer aprovado pelo Presidente da República, a utilização dos métodos alternativos de conflitos e, em que medida os interesses da Administração serão submetidos a transação por adesão. Os demais requisitos e as condições

---

[37] Recomendação n. 21/2015 do CNJ. Art. 1º. Recomendar a adoção de mecanismos de conciliação e mediação nos procedimentos preliminares e processos administrativos disciplinares em trâmite no âmbito do Poder Judiciário cuja apuração se limite à prática de infrações, por servidores ou magistrados, caracterizadas por seu reduzido potencial de lesividade a deveres funcionais e que se relacionem preponderantemente à esfera privada dos envolvidos.
Art. 2º. A utilização desses mecanismos deverá observar, no que couber, os princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais e as regras que regem seu procedimento, estabelecidos no Anexo III da Res. CNJ 125/2010.
Art. 3º. A aplicação de mecanismos de autocomposição na esfera administrativo-correcional em desacordo com as hipóteses previstas no art. 1º poderão ser objeto de controle de juridicidade nas formas e vias adequadas.

[38] Resolução-CNJ n. 261 de 11/09/2018. Ementa: cria e institui a política e o sistema de solução digital da dívida ativa, estabelece diretrizes para a criação de grupo de trabalho interinstitucional e dá outras providências. DJE/CNJ n. 171/2018, de 12/09/2018, p. 6-9.

da transação por adesão serão definidos por resolução administrativa própria do órgão.[39]

O cabimento do instituto da transação por adesão se dará nas hipóteses de conflito envolvendo a Administração Pública Federal, oportunidade em que o órgão ou a entidade proporá, de forma geral, para todos os interessados, um acordo nas condições e parâmetros fechados por ele impostas, de modo que o particular aceita ou não nos termos em que foram apresentados. O que, naturalmente, limita a margem de negociação, mas, ao mesmo tempo, confere a possibilidade de cooperação.

Caso a transação seja acatada, será aplicada aos casos idênticos e que, tempestivamente, habilitaram-se ao pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia. Ao aceitar, o interessado renuncia ao direito sobre o qual fundamenta o litígio. Ficando impedido de, posteriormente, questionar pela via administrativa ou judicial os pontos abarcados pelo acordo celebrado.

Sabendo disso, se o interessado integrar o polo ativo de uma ação coletiva, a renúncia provocada pela adesão aos termos do acordo deverá ser expressa, mediante a apresentação de petição dirigida ao juiz competente.

Assim, uma nova mentalidade, não apenas por parte da Administração, mas também pelos usuários, deve envidar esforços com vistas à concretização do projeto de utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos no âmbito do poder público. Dessa forma, todos os envolvidos têm o dever de contribuir para a funcionalidade desse novo paradigma, inclusive no âmbito do processo judicial ou fora dele, por meio da atividade de consultoria, das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, bem como dos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos – CEJUSCs.

Conclui-se, portanto, que a indisponibilidade do interesse público não significa, necessariamente, a indisponibilidade do processo

---

[39] CAVALCANTE, André Lopes. Comentários à Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação). Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2015/06/comentarios-lei-131402015-lei-da.html. Acesso em: 13/02/2019.

judicial, os meios de se obter a tutela aos direitos da coletividade estão enquadrados na esfera de discricionariedade do administrador, ao qual cabe o dever de perseguir o melhor método para alcançá-lo, de modo que este detém o poder-dever de se sujeitar aos referidos métodos consensuais de solução de conflitos, sempre que couber e convier ao caso concreto, porque é possível que eles se traduzam em uma solução mais benéfica para o próprio interesse da Administração questionado na lide.[40]

6. CONCLUSÃO

A partir das explanações feitas neste trabalho, é possível chegar ao fecho principal concernente ao seu objeto de estudo – a aparente colisão dos princípios constitucionais da Administração Pública com os princípios da mediação e como pode se dar a aplicabilidade dos métodos de solução consensuais de conflito no âmbito da Administração –, além de algumas considerações finais oportunas sobre questões examinadas ao longo do artigo.

A preferência da Administração Pública em levar questões ao Poder Judiciário, para que este as aprecie, chama a atenção. O excesso de judicialização e o crescente protagonismo do Poder Judiciário, em detrimento do princípio do equilíbrio de poderes, demonstram a urgente necessidade de se alterar a mentalidade sobre os mecanismos de solução de conflito, uma vez que os cidadãos e o próprio poder público são os maiores prejudicados com as consequências deste fenômeno, em razão do indiscutível comprometimento da celeridade e da efetividade das decisões judiciais.

Dessa forma, não se pode pensar em meios alternativos de promoção do acesso à justiça e de desafogar o Judiciário sem levar em consideração os conflitos em que a Administração Pública figura em um

---

[40] RODRIGUES, Marco Antônio. A Fazenda Pública no Processo Civil. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 376. *Apud* PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. Autocomposição e Poder Público: realidade ou incompatibilidade? Como têm se portado magistrados e entes públicos com relação à audiência de mediação ou de conciliação. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/autocomposicao-e-poder-publico-realidade-ou-incompatibilidade-22032018. Acesso em: 15/03/2019.

dos polos, principalmente considerando que o princípio constitucional do acesso à justiça ao longo dos anos passou por um processo de aperfeiçoamento em seu significado, demandando soluções qualificadas das disputas e não somente a interposição de ações e a produção de um alto volume de sentenças. Do mesmo modo, os princípios que regem a Administração Pública também devem ser reinterpretados à luz da Constituição para acolher os métodos alternativos, sempre que couberem ao caso concreto.

A inserção de métodos consensuais de resolução de conflitos sob a concepção de instrumento de gestão, nos embates em que se faz presente, não quer dizer que a Administração terá uma posição de supremacia, tampouco que os interesses do Estado terão uma relação de preponderância sobre os do indivíduo. Tais mecanismos, em verdade, auxiliam na construção de alternativas para evitar que o poder público se utilize da morosidade do Poder Judiciário para se escusar do cumprimento de suas obrigações.

Cabe enaltecer que o Poder Legislativo, responsável pela integração dos métodos de solução de conflitos a partir da elaboração de diplomas legais, já o fez. Ao Judiciário, urge uniformizar a política pública alusiva aos métodos, bem como a efetiva aplicação das normas pertinentes ao tema. O Executivo, por sua vez, tem a incumbência de incorporá-los, principalmente, porque é corresponsável pela enorme demanda processual em trâmite na justiça brasileira.

Por derradeiro, a mudança de mentalidade somente trará frutos concretos caso a sociedade como um todo perceba e assimile a relevância desta modificação, recordando-se que os operadores do Direito, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, § 3º, CPC) são os principais responsáveis pela implementação desses novos paradigmas.

O Código de Processo Civil fez vigorar a mentalidade de que a Administração é capaz de dialogar com os seus administrados, ainda que de forma mais restrita à das relações particulares. Diante desses fatores, imperiosa se torna a adoção dos métodos mais adequados pela Administração Pública em seus conflitos internos ou com particulares.

O sistema processual, portanto, superou a perspectiva do processo como um objetivo em si mesmo para se preocupar com os impactos que ele causa na sociedade, nos indivíduos e no próprio Estado. De fato, a tutela jurisdicional contenciosa não é o único meio de se garantir ao indivíduo ou ao Estado uma ordem jurídica justa.

A aparente colisão entre os princípios da mediação e os de natureza administrativa pode ser solucionada pelo exercício hermenêutico de ponderação. Ademais, a aplicação dos princípios constitucionais pode servir como referencial teórico prático para se alcançar a eficiência da gestão pública e viabilizar o acesso à justiça.

Os métodos alternativos de solução de conflitos integram um procedimento evidentemente transdisciplinar, o que quer dizer que são regidos por uma dinâmica sistêmica. É possível superar o caráter absoluto do princípio da indisponibilidade pelo exercício hermenêutico de ponderação de princípios. Apesar de o espaço para negociação ser reduzido, não significa ser ele impraticável. Ainda que aparentemente haja colisão entre os princípios da mediação e alguns de natureza administrativa, há como superá-la pelo caminho da ponderação e, mais ainda, é possível afirmar que a aplicação dos princípios constitucionais serve como referencial teórico prático para alcançar a eficiência da gestão pública e viabilizar o acesso à justiça.

A inserção da Administração Pública como destinatária dos mecanismos alternativos de solução de conflitos se deu com uma mudança de mentalidade também no sentido de superar a impossibilidade absoluta de negociação da coisa pública. Em verdade, a crença da indisponibilidade do interesse público como fator impeditivo de celebração de acordos pelos entes públicos não pode mais ser utilizada como argumento de óbice à aplicação dos métodos consensuais de conflitos nessa modalidade de disputas. O poder público tem o poder-dever de se sujeitar aos referidos métodos, sempre que couber, porque é possível que eles se traduzam em uma solução mais benéfica para o próprio interesse da Administração questionado na lide.

Impossível, portanto, diminuir a enorme quantidade de processos judiciais sem que se inclua a Administração nesta verdadeira revolução,

justamente por ser ela uma das maiores litigantes da contemporaneidade. A nova perspectiva dos métodos mais adequados de resolução de conflitos na Administração Pública, portanto, é um tema extremamente relevante na atualidade, uma vez que promove o estreitamento da relação entre Estado e cidadão e, certamente, contribui para a melhoria do serviço público, por propiciar benefícios atinentes a questões de celeridade, gestão de gastos e comprometimento das partes com a solução.

Assim, os referidos métodos consensuais podem ser encarados como meios de se efetivar o princípio da eficiência da Administração Pública, bem como a garantia constitucional do acesso à justiça, segundo valores norteados pela cooperação, tolerância, empatia, diálogo e a autonomia das partes, uma vez que fomentam o desfecho de disputas envolvendo o poder público, de forma a se alcançar a paz social e a justiça substancial de outras maneiras que não aquelas tradicionais que ostentam caráter essencialmente contencioso, jurisdicional-adversarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: CCAF: cartilha. 3. ed. atual. Brasília, DF: AGU, 2012.

BRASIL, Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. Lei nº 13.105 de 2015. Código de Processo Civil, 2015.

_____. Lei nº 13.140 de 2015. Lei de Mediação. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de

março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTE, André Lopes. Comentários à Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação). Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2015/06/comentarios-lei-131402015-lei-da.html. Acesso em: 13/02/2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, Vol. III, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 9, n. 9, p. 13, out. 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003. Acesso em 29/01/2019.

Conciliação e Mediação. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/85619-qual-a-diferenca-entre-conciliacao-e-mediação. Acesso em 10/02/2019.

CONSELHO Nacional de Justiça - CNJ. Resolução n. 125, de 29 nov. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010. Acesso em 10/02/2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2009.

_____; ZANETI, Hermes. A Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada. In: ZANETI, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e

outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador. Ed.: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil I. 6 ed. São Paulo, 2009.

EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. RPGE. Porto Alegre, v. 36 n. 75, p. 70, 2015.

HECK, Tatiana de Marsillac Linn. Perspectivas e Desafios da Mediação na Administração Pública. Publicações da Escola da AGU. Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/2023/1748. Acesso em: 18/02/2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. Autocomposição e Poder Público: realidade ou incompatibilidade? Como têm se portado magistrados e entes públicos com relação à audiência de mediação ou de conciliação. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/autocomposicao-e-poder-publico-realidade-ou-incompatibilidade-22032018. Acesso em: 15/03/2019.

PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a Audiência de Conciliação no Novo CPC. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacao-cpc. Acesso em: 18.mar.2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Marco Antônio. A Fazenda Pública no Processo Civil. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016 p. 376. *Apud* PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. Autocomposição e Poder Público: realidade ou incompatibilidade?

Como têm se portado magistrados e entes públicos com relação à audiência de mediação ou de conciliação. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/autocomposicao-e-poder-publico-realidade-ou-incompatibilidade-22032018. Acesso em: 15/03/2019.

ROGERIO, Taiz; DIAS, Maria Tereza Fonseca Diaz. A Mediação como Instrumento de Eficiência e Consensualidade do Processo Administrativo Disciplinar. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=54072f485cdb7897. Acesso em 25.02.2019.

ROSEMBLATT, Ana; MARTINS, André. Mediação e transdisciplinariedade. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Coord.). Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Ordem Jurídica Justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Prefácio Min. Ellen Gracie Northfleet; apresentação Prof. Humberto Theodoro Júnior. Editora: Del Rey, Belo Horizonte, 2019.

O Superior Tribunal de Justiça e os 10 Anos dos Recursos Repetitivos: Gestão, Desafios e Perspectivas

Assusete Magalhães
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS 10 ANOS DOS RECURSOS REPETITIVOS: GESTÃO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Ministra Assusete Dumont Reis Magalhães[1]

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo destina-se a analisar a atuação do Superior Tribunal de Justiça – que, em 07.04.2019, celebra 30 anos de relevantes serviços prestados em prol da sociedade brasileira –, notadamente a partir de 2008, quando instituída e implementada a sistemática de julgamento dos recursos especiais representativos de controvérsia jurídica de natureza repetitiva, importante instrumento para o enfrentamento da litigância de massa.

Pretende-se fazer análise, ainda que não exaustiva, do desempenho do STJ em face da Lei 11.672, de 08.05.2008, e de sua regulamentação administrativa, bem como diante da nova sistemática traçada sobre o assunto pelo CPC/2015 e por Emendas Regimentais da Corte da Cidadania, que aperfeiçoaram a sistemática de julgamento dos recursos especiais repetitivos criada em 2008, com enfoque no trabalho e no esforço que o STJ vem empreendendo, notadamente nos quatro últimos anos, na gestão dos recursos repetitivos – inclusive pela sua Comissão Gestora de Precedentes e pelo seu Núcleo de Gerenciamento de Precedentes –

[1] Ministra integrante da Segunda Turma e da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

NUGEP –, nos desafios que a Corte tem enfrentado e nas perspectivas que se vislumbram para o futuro.

2. O JUDICIÁRIO BRASILEIRO, O STJ E A LITIGÂNCIA DE MASSA

Um dos maiores desafios do Poder Judiciário brasileiro, inclusive do STJ, reside no enfrentamento da litigiosidade de massa, para dar cabo de centenas de milhares de processos que versam sobre a mesma questão jurídica, num momento em que os operadores do Direito, de modo geral, ainda estão impregnados pela cultura clássica do processo individual, haurida nos bancos acadêmicos e que nos vem das Ordenações do Reino.

Os dados estatísticos revelam a grandiosidade do desafio.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo com a transferência, pela Constituição Federal de 1988, de parte de sua competência para o Superior Tribunal de Justiça, tem enfrentado uma demanda inimaginável de processos, para os padrões internacionais.

O Superior Tribunal de Justiça, instalado em 07.04.1989, recebeu, no decorrer do ano de sua criação, a distribuição de 6.103[2] processos. Em 19.12.2018 contava com 292.757 processos em tramitação[3], não obstante o árduo trabalho de seus 33 Ministros e de seus servidores, o que tem usualmente ensejado o julgamento de processos, a cada ano, em quantitativo superior ao número dos que lhe são distribuídos, como demonstra o quadro a seguir:

Ano	**Processos**	
	Distribuídos	**Julgados**
1989	6.103	3.711
1999	118.977	128.042
2008	271.521	354.042

[2] UYEDA, Massami. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2009. p. 84.

[3] Dados fornecidos pela Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica, da Coordenadoria de Gestão de Informação do STJ.

2009	292.103	328.718
2010	228.981	330.283
2011	290.901	317.105
2012	289.524	371.618
2013	309.677	354.843
2014	314.316	390.052
2015	332.905	461.490
2016	335.779	470.722
2017	327.129	490.473
2018	348.416	524.801

O CNJ, no "Justiça em Números" de 2015, discorrendo sobre a litigiosidade no Judiciário brasileiro, registra que, historicamente, a entrada de processos novos tem sido superior à saída, pelo que a tendência é o crescimento do acervo. Registra, ainda, que, mesmo que não houvesse ingresso, em 2014, de novas demandas no Judiciário, com a aferida produtividade de magistrados e servidores seriam necessários, naquela ocasião, quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque processual[4].

Os dados do Relatório "Justiça em Números" de 2017 e de 2018 revelam que houve, em 2016 e 2017, um incremento de produtividade de magistrados e servidores de 11,4%[5] e de 5,2%[6], respectivamente.

Em 2016 o ingresso de processos novos, no Judiciário, deu-se numa média de 14,3 processos a cada 100 habitantes[7].

Entretanto, mesmo tendo o Judiciário baixado praticamente o mesmo quantitativo de processos novos que ingressaram em 2016, o estoque processual aumentou em 2,7 milhões, alcançando 79,7 milhões de feitos em tramitação no Judiciário brasileiro, em dezembro de 2016[8], e,

---

[4] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2015. p. 34.

[5] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2017. p. 65.

[6] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2018. p. 197.

[7] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2017. p. 180.

[8] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2017. p. 65.

no final de 2017, um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam solução definitiva[9].

A taxa de congestionamento do Poder Judiciário, em 2016[10] e em 2017[11], permanece em altos patamares, acima de 70%.

Tais dados estatísticos não significam que os juízes brasileiros produzem pouco. Ao contrário, registra o Conselho Nacional de Justiça, nas aludidas obras, que, considerando apenas os dias úteis de 2016[12] e de 2017[13], excetuadas as férias, o índice de produtividade de cada juiz brasileiro é de mais de 7 processos por dia.

O exame dos dados estatísticos revela que o Poder Judiciário brasileiro deve trilhar novos caminhos, inclusive com os instrumentos concebidos ou aperfeiçoados pelo CPC/2015.

Registra MICHELE TARUFFO que é preciso que as cortes trabalhem menos para que trabalhem melhor[14], imprimindo celeridade e eficiência a seus julgados, pelo que se pode concluir que as inovações introduzidas pela Lei 11.672, de 08.05.2008, para o julgamento de recursos especiais repetitivos, aliadas àquelas trazidas pelo CPC/2015, com a criação de um sistema prático de precedentes, chegaram em boa hora, para o STJ e para o Judiciário brasileiro. Com efeito, a entrega da Justiça, em nome do Estado, constitui mister que, entre nós, por imperativo constitucional, deve ser eficiente, célere, isonômico e seguro juridicamente.

3. MISSÃO CONSTITUCIONAL DO STJ

Cumpre destacar a importância, para o Superior Tribunal de Justiça, da Lei 11.672, de 08.05.2008, que introduziu o art. 543-C ao

---

[9] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2018. p. 73.

[10] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2017. p. 76.

[11] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2018. p. 90.

[12] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2017. p. 180.

[13] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2018. p. 197.

[14] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83-94 *apud* TARUFFO, Michele. *Linee per uma reforma della Cassazione Civile, Il, Vertice Ambiguo – Saggi sulla Cassazione Civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 173.

CPC/73, instituindo a sistemática do recurso especial representativo de controvérsia jurídica de natureza repetitiva, e de seu aprimoramento, pelo CPC/2015, de vez que tem o Tribunal a missão constitucional de ser o guardião do Direito federal brasileiro, garantindo-lhe a inteireza e autoridade e uniformizando a sua interpretação, missão essencial à unidade e à segurança jurídica, na Federação brasileira, de caráter tão diversificado e amplo, em face da extensão territorial de nosso País.

O adequado uso do instrumento tem permitido e permitirá uma resposta judicial igualitária, tempestiva e de boa qualidade para todos, indistintamente, nas diversas unidades federativas, gerando segurança jurídica.

4. SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO DE RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS, NO CPC/73: EXEGESE PROCESSUAL VANGUARDISTA DO STJ

Ainda na vigência do CPC/73, o STJ adotou exegese de vanguarda quanto à sistemática de julgamento dos recursos especiais repetitivos, antecipando-se, em interpretação teleológica e sistemática da lei processual civil de 1973, a princípios normatizados pelo CPC/2015.

Com efeito, na questão de ordem levantada no julgamento do REsp 1.063.343/RS[15], em 17.12.2008, a Corte Especial do STJ indeferiu o pedido de desistência recursal, formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do recurso especial representativo de controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC/73 e da Resolução STJ 08/2008. Afastou-se a aplicação isolada do art. 501 do CPC/73, concluindo-se que ao recorrente "é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo" ínsito ao recurso especial já afetado para julgamento como repetitivo e indisponível pela vontade das partes.

Tal diretriz exegética foi consagrada pelo CPC/2015, no parágrafo único do seu art. 998, ao dispor que a "desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e

[15] STJ, Questão de Ordem no REsp 1.063.343/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 17.12.2008, DJe de 04.06.2009.

daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos".

No julgamento do REsp 1.111.743/DF[16], a Corte Especial do STJ admitiu, em 25.02.2010, a verticalização da suspensão dos processos, em face da disposição do art. 543-C do CPC/73, autorizando também a suspensão do julgamento das apelações, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, enquanto se aguardava o julgamento do recurso especial repetitivo, pelo STJ. Entendeu-se que, embora não fosse a suspensão obrigatória, naquela hipótese, seria ela possível, com fundamento no art. 265, IV, do CPC/73, reconhecendo-se a força expansiva dos precedentes do STJ e dos reflexos que irão gerar sobre os processos suspensos.

A verticalização da suspensão dos processos, em primeira e segunda instâncias, que versem sobre a questão jurídica objeto de seleção, pelos Tribunais de segundo grau (art. 1.036 do CPC/2015), ou de afetação pelo Relator, no STJ (art. 1.037, II, do CPC/2015), foi expressamente normatizada pelo novo CPC, com vistas à racionalização do trabalho, antecipando-se o STJ àquela novel disposição processual.

5. RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS COMO PRECEDENTES QUALIFICADOS

Falar em recursos especiais repetitivos como integrantes do sistema de precedentes qualificados do CPC/2015 certamente ensejaria acirradas discussões doutrinárias.

Parte da doutrina sustenta que, notadamente no art. 927, existiria, no CPC/2015, um sistema de vinculação jurisprudencial, e não de precedentes, tal como no genuíno sistema de precedentes do *common law*, no qual ele não nasce, desde sempre, como precedente[17], porquanto o

---

[16] STJ, REsp 1.111.743/DF, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Corte Especial, j. 25.02.2010, DJe de 21.06.2010.

[17] STRECK, Lenio e ABBOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In* DIDIER JR, Fredie (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 176.

que confere essa dimensão à decisão do Tribunal Superior é a sua aceitação pelas partes e pelas instâncias inferiores do Judiciário, daí ser ele dotado de uma aura democrática, que o precedente à brasileira não possuiria, porquanto os provimentos vinculantes do novo CPC já nascem, desde logo, dotados de tal efeito vinculante[18].

LENIO STRECK[19] destaca que o art. 926 do CPC/2015 – quando dispõe que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" – refere-se à expressão "jurisprudência", e não a "precedentes", que são conceitos distintos.

DANIEL MITIDIERO[20], embora também sustente a diferenciação entre jurisprudência e precedente, afirma que, de fato, o novo CPC introduziu o conceito de precedentes, no direito brasileiro, precedentes que não equivalem a decisão judicial qualquer, de vez que geram eles uma interpretação prospectiva, outorgando unidade à ordem jurídica, mantendo-a estável, com *stare decisis* horizontal e vertical. Para o aludido doutrinador, as Cortes de Justiça – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – dão lugar à jurisprudência, enquanto as Cortes Superiores formam precedentes. Destaca ele, com muita percuciência, que o art. 998, parágrafo único, do CPC/2015, ao viabilizar que o STF e o STJ analisem a questão, em sede de repercussão geral já reconhecida e daquela objeto de recursos extraordinários e especiais repetitivos, ainda que tenha havido desistência recursal, deixou claro que o caso concreto é apenas um pretexto para que essas Cortes Superiores possam conferir unidade ao direito.

---

[18] ABBOUD, Georges. *Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. *In* DIDIER JR, Fredie (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 404.

[19] STRECK, Lenio e ABBOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?* *In* DIDIER JR, Fredie (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 176.

[20] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83-94.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR[21], porém, conclui, com razão, que, na linha evolutiva do direito ocidental, o novo CPC encaminhou-se para a aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, reconhecendo o precedente jurisprudencial como fonte de direito. Afirma ele que o nosso sistema inspira-se nas tradições do *common law*, respeitadas, entretanto, as peculiaridades da construção histórica de nosso ordenamento jurídico, vinculado ao sistema romano-germânico, no qual a principal fonte do direito continua a ser a legislação.

Entretanto, divergências doutrinárias à parte, certo é que cabe ao Judiciário brasileiro, em todas as suas instâncias, com a cooperação dos demais sujeitos do processo, em face da disposição do art. 6º do CPC/2015, implementar, bem gerir e fazer funcionar estes instrumentos inovadores e relevantíssimos, que foram introduzidos ou aperfeiçoados pelo novo CPC – entre eles o recurso especial repetitivo –, em prol da melhoria de uma máquina judiciária combalida, que se tem mostrado incapaz de responder adequadamente, de modo eficiente e célere, aos reclamos da sociedade brasileira.

O Regimento Interno do STJ, na Emenda Regimental 24/2016, cunhou e normatizou a expressão "precedentes qualificados", dispondo, no seu art. 121-A, que os acórdãos proferidos pelo STJ, em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos, bem como os enunciados das súmulas do Tribunal, "constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais", que "deverão ser divulgados na internet, de forma sistematizada, com a indicação precisa das informações relacionadas a todas as fases percorridas de seu procedimento" (art. 121-A, § 2º, do RISTJ).

Também o art. 46-A do RISTJ, introduzido pela Emenda Regimental 26/2016, ao dispor sobre as atribuições da sua Comissão Gestora de Precedentes, estabelece que lhe cabe, entre outras providências,

---

[21] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Common law e Civil law. Aproximação. Papel da Jurisprudência e Precedentes Vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas Repetitivas. In* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 71. Porto Alegre: Magister, 2016. p. 17-18.

"sugerir ao Presidente do Tribunal medidas para o aperfeiçoamento da formação e da divulgação dos precedentes qualificados, conforme disposto no Código de Processo Civil".

6. ARTS. 926, 927 E 979 DO CPC/2015 E RESOLUÇÃO CNJ 235/2016

Como registra DIDIER[22], um dos pilares do CPC/2015 é a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, estabelecendo o art. 926 do novo CPC deveres gerais para os Tribunais, no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes, ao dispor que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

O art. 927 do CPC/2015 determina que os juízes e os tribunais observarão, entre outros, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos extraordinário e especial repetitivos, cabendo reclamação, em caso de inobservância de acórdão firmado nas duas primeiras hipóteses, bem assim de acórdão proferido em recursos extraordinário e especial repetitivos, desde que, nos dois últimos casos, tenham sido esgotadas as instâncias ordinárias.

O art. 979 do CPC/2015 dispõe que a instauração e o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, dos recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no CNJ. O § 1º do aludido art. 979 estabelece que os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados sobre questões de direito submetidas ao incidente de resolução de demandas repetitivas, aos recursos repetitivos e à repercussão geral em recurso extraordinário, com imediata comunicação ao CNJ, para inclusão no seu banco eletrônico de dados.

Em virtude do art. 979 do CPC, o CNJ – inspirando-se em atividades executadas pelo STJ, notadamente a partir de setembro de 2014,

---

[22] DIDIER JR, Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. *In* DIDIER JR, Fredie (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 383-384.

na gestão dos recursos repetitivos, no controle de recursos indicados como representativos de controvérsia ao STF e na organização dos processos sobrestados – editou a Resolução 235, de 13.07.2016, importante instrumento para a gestão dos precedentes qualificados, no Judiciário brasileiro, seja nos Tribunais Superiores, seja nos Tribunais de segunda instância.

7. NÚCLEO DE GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES - NUGEP E COMISSÃO GESTORA DE PRECEDENTES – RESOLUÇÃO CNJ 235/2016

Pela Resolução CNJ 235/2016, cada Tribunal brasileiro, exceto o STF, deve ter um Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP e uma Comissão Gestora de Precedentes. O NUGEP deve estar vinculado à Presidência ou à Vice-Presidência de cada Tribunal e será supervisionado pela Comissão Gestora de Precedentes, composta por Ministros ou Desembargadores, conforme o caso, representativa de Seção ou Grupo de Câmaras, de acordo com o Regimento Interno do respectivo Tribunal, por matéria de competência (art. 6º, § 3º, da Resolução CNJ 235/2016).

Consoante o art. 5º da Resolução 235/2016, o CNJ deve manter um banco nacional de dados, com informações sobre repercussão geral, casos repetitivos e incidente de assunção de competência dos Tribunais, banco que deverá ser continuamente alimentado pelos NUGEPs das Cortes, com padronização das informações, que o CNJ disponibilizará para toda a comunidade jurídica.

8. A EXPERIÊNCIA DO STJ NA GESTÃO DOS RECURSOS REPETITIVOS

8.1 O STJ, os 10 anos do advento da Lei 11.672/2008 e o CPC/2015

A Lei 11.672, de 08.05.2008 – que acrescentou o art. 543-C ao CPC/73, instituindo a sistemática de julgamento de recursos especiais repetitivos, no âmbito do STJ, que veio a ser aperfeiçoada pelo CPC/2015 –, completou, em agosto de 2018, dez anos de seu advento, revelando-se importante instrumento para a consecução dos princípios constitucionais da celeridade processual, da isonomia e da segurança jurídica.

Em novembro de 2018 o STJ alcançou um marco histórico: afetou o milésimo recurso especial como representativo de controvérsia jurídica de natureza repetitiva – o REsp 1.763.462/MG[23] –, tendo sido afetados, como tal, até 19.12.2018, 1.004 temas.

Para regulamentar os procedimentos relativos ao processo e ao julgamento dos recursos especiais repetitivos, o STJ expediu a Resolução 8, de 07.08.2008, em vigor no dia subsequente.

Notadamente após setembro de 2014, o STJ tem investido no aprimoramento e na modernização dos procedimentos jurisdicionais e administrativos relacionados aos recursos especiais repetitivos, merecendo destaque, entre outras iniciativas:

- a criação de Comissão de Ministros, inicialmente como Comissão temporária, para promover a gestão dos recursos repetitivos, no âmbito do STJ;
- a adequada estruturação do seu Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP;
- a Emenda Regimental 24/2016, que regulamentou todas as fases de processamento dos recursos repetitivos, desde a sua indicação como representativos de controvérsia, pelos Tribunais de segunda instância ou pelo Relator, no STJ, até a revisão da tese firmada;
- a Emenda Regimental 26/2016, que instituiu a Comissão Gestora de Precedentes como comissão permanente, dispondo sobre a sua competência (art. 40, V, e art. 46-A do RISTJ);
- a organização das questões jurídicas objeto de repetitivos por temas;
- a especial atenção e monitoramento, pela Comissão de Ministros e pelo NUGEP do STJ, dos recursos especiais indicados, pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, como representativos de controvérsia de natureza jurídica repetitiva;

[23] STJ, REsp 1.763.462/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. 30.10.2018, DJe de 06.11.2018.

- a instituição do plenário virtual do STJ para a afetação dos recursos como repetitivos, em funcionamento desde outubro de 2017, com afetação, até 19.12.2018, de 27 temas nesse sistema eletrônico (2 afetações pela Corte Especial, 13, 7 e 5, respectivamente, pelas Primeira, Segunda e Terceira Seções do STJ);
- o lançamento, em fevereiro de 2018, da primeira edição da Revista dos Recursos Repetitivos, em formato digital, que apresenta os julgamentos dos recursos repetitivos por ramo do direito, por órgão julgador e na sequência em que os temas são tratados, no Código ou na legislação aplicável ao caso, revelando-se um valioso instrumento de consulta e orientação para o Judiciário e para a comunidade jurídica.

8.2 Criação, no STJ, da Comissão Especial de Ministros e da Comissão Gestora de Precedentes

Logo após assumir a presidência do STJ, o Ministro FRANCISCO FALCÃO editou a Portaria STJ 489, de 04.09.2014, que instituiu Comissão Especial de Ministros – de natureza temporária e integrada pelo Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, como Presidente e integrante da Segunda Seção, pelo Ministro ROGERIO SCHIETTI, representando a Terceira Seção, e por mim, representando a Primeira Seção da Corte –, com o objetivo de desenvolver trabalho de inteligência, em conjunto com o CNJ, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, para acelerar o julgamento de recursos repetitivos e estimular a afetação de recursos especiais representativos da controvérsia jurídica repetitiva.

Com a criação de tal Comissão, iniciou-se um trabalho estratégico de gestão de recursos especiais afetados para julgamento, ainda na forma do art. 543-C do CPC/73.

Esse trabalho já está surtindo efeitos, com incremento de afetações e julgamentos.

A Comissão de Ministros vem atuando no plano externo – notadamente mediante interlocução com o CNJ e com os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – e no plano interno, realizando frequentes reuniões com o NUGEP, para tomada de providências, bem

assim mantendo contato com os Ministros da Casa, demonstrando a necessidade de afetação de determinados temas e de priorização de seus julgamentos.

Pela Portaria STJ/GP 299, de 19.07.2017, a Ministra LAURITA VAZ designou a Comissão Gestora de Precedentes do STJ, como comissão permanente, com os mesmos integrantes, e tendo, ainda, o Ministro MOURA RIBEIRO como suplente, delegando ela, ao Presidente da aludida Comissão, determinadas competências da Presidência da Corte.

As atribuições da Comissão Gestora de Precedentes do STJ estão previstas no art. 46-A do RISTJ, introduzido pela Emenda Regimental 26/2016:

> "Art. 46-A. À Comissão Gestora de Precedentes cabe:
>
> I - supervisionar os trabalhos do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – Nugep, em especial os relacionados à gestão dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência, bem como ao controle e ao acompanhamento de processos sobrestados na Corte em razão da aplicação da sistemática dos recursos repetitivos e da repercussão geral;
>
> II - sugerir ao Presidente do Tribunal medidas para o aperfeiçoamento da formação e da divulgação dos precedentes qualificados, conforme disposto no Código de Processo Civil;
>
> III - sugerir aos Presidentes do Tribunal e das Seções medidas destinadas a ampliar a afetação de processos aos ritos dos recursos repetitivos e da assunção de competência;
>
> IV - desenvolver trabalho de inteligência, em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça, com os Tribunais Regionais Federais e com os Tribunais de Justiça, a fim de identificar matérias com potencial de repetitividade ou com relevante questão de direito, de grande repercussão social, aptas a serem submetidas ao Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática dos recursos repetitivos e da assunção de competência;
>
> V - acompanhar, inclusive antes da distribuição, os processos que possuam matéria com potencial de repetitividade ou com relevante

> questão de direito, de grande repercussão social, a fim de propor ao Presidente do Tribunal medidas para a racionalização dos julgamentos desta Corte por meio de definições de teses jurídicas em recursos repetitivos ou em assunção de competência;
>
> VI - deliberar sobre questões que excedam a esfera de competência administrativa do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - Nugep, além de outras atribuições referentes a casos repetitivos e a incidentes de assunção de competência."

8.3 O STJ, a gestão dos recursos repetitivos e a interlocução com os Tribunais de segunda instância

Como se destacou, na gestão dos recursos repetitivos o STJ está empenhado em desenvolver um trabalho de interlocução e de parceria com os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, visando incentivar e fortalecer o modelo de criação de precedentes qualificados, concebido pelo CPC/2015, com o que será possível uma efetiva redução do número de processos em tramitação e de recursos. O STJ tem levado, outrossim, a conhecimento das aludidas Cortes, sua experiência de dez anos na criação de precedentes qualificados, ainda na vigência do CPC/73, e de trabalho de inteligência realizado na gestão de recursos repetitivos, notadamente a partir de setembro de 2014, quando instituída Comissão Especial de Ministros para tal finalidade, o que inspirou a criação de Comissão Gestora de Precedentes, em todos os Tribunais brasileiros, exceto o STF, pela Resolução CNJ 235, de 13.07.2016.

Para cumprir tal desiderato, a Comissão Gestora de Precedentes do STJ tem visitado os maiores Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, interagindo com a administração, a Comissão Gestora de Precedentes e o NUGEP de cada uma dessas Cortes.

Com efeito, para que o sistema de precedentes qualificados, concebido pelo CPC/2015, funcione, efetivamente, em prol da melhoria da prestação jurisdicional, é necessário o engajamento de todas as instâncias do Judiciário.

Por tal razão, nas visitas que tem realizado aos Tribunais de segunda instância, a Comissão Gestora de Precedentes do STJ tem sempre

destacado a importância dos Juízes, das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública – que têm legitimidade para, entre outras competências, provocar a instauração do IRDR ao Tribunal local (art. 977, I a III, do CPC/2015) – e dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para a formação de precedentes qualificados, que ensejarão resposta judicial célere, isonômica e segura juridicamente, em milhares de processos, com consequente redução de demandas.

Tem-se destacado, ainda, em tais visitas, a importância do trabalho do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP e da Comissão Gestora de Precedentes de cada Tribunal de segunda instância, no que respeita à:

a) identificação de demandas repetitivas, desde a primeira instância, e adequada seleção de recursos aptos, representativos de controvérsia de natureza jurídica repetitiva, a serem posteriormente afetados pelo STJ, com suspensão, em regra, de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a matéria e tramitem no território nacional. Este é um trabalho que deve ser feito conjuntamente e em apoio ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Tribunal, que esteja encarregado do exame da admissibilidade dos recursos especiais, pois, nos termos do art. 6º, § 3º, da Resolução CNJ 253/2016, o NUGEP deve estar vinculado à Presidência ou à Vice-Presidência do Tribunal e será supervisionado pela Comissão Gestora de Precedentes;

b) interlocução do NUGEP e da Comissão Gestora de Precedentes do Tribunal de segunda instância com o CNJ, o STJ e o STF, no que respeita aos recursos repetitivos e aos afetados sob o regime da repercussão geral. Para demonstrar a importância de tal interlocução, destaca-se que o TRF/1ª Região tinha sobrestados, aguardando o julgamento do REsp repetitivo 1.369.834/SP[24], cerca de 20.000 processos, que versavam

[24] STJ, REsp 1.369.834/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 24.09.2014, DJe de 02.12.2014.

sobre a necessidade de prévio pedido administrativo para a postulação de benefício previdenciário. Antes do julgamento do mencionado repetitivo, pelo STJ, o STF julgou a matéria, em sede de repercussão geral. Em face disso, o Relator, na Primeira Seção, propôs a desafetação do tema, o que foi aceito. Graças à interlocução do STJ com o TRF/1ª Região, foi possível verificar que estes 20.000 processos subiriam ao STJ, pois neles não havia recursos extraordinários interpostos, a ensejar eventual retratação das Turmas julgadoras do TRF/1ª Região. O Relator foi alertado e o processo voltou a ser afetado e julgado como repetitivo, adotando a tese firmada pelo STF, permitindo a sua aplicação, pelos Tribunais de segunda instância, nos referidos recursos;

c) estímulo da Comissão Gestora de Precedentes ao uso frequente, pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, das novas ferramentas trazidas pelo CPC/2015, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC), que geram precedentes qualificados, que vinculam os órgãos sob a jurisdição do Tribunal, cabendo reclamação, se desobedecida a tese fixada. Julgado o IRDR, se contra o seu acórdão for interposto recurso especial, será ele distribuído, no STJ, como recurso repetitivo, consoante norma regimental;

d) contato frequente da Comissão Gestora de Precedentes dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais com os Desembargadores, reforçando a importância da formação do precedente qualificado (IRDR e IAC) e da prioridade para o seu julgamento;

e) trabalho da Comissão Gestora de Precedentes da Corte local pela estruturação adequada do NUGEP - Núcleo de Gerenciamento de Precedentes de cada Tribunal, dotando-o de estrutura administrativa permanente, evitando a rotatividade de seus servidores, a cada mudança de administração do Tribunal, para que não se perca a memória do trabalho

realizado e haja indesejada solução de continuidade, tal como preconiza a Resolução CNJ 235/2016;

f) proposição de melhorias, pela Comissão Gestora de Precedentes de cada Tribunal, nos procedimentos internos da Corte e na sua estrutura administrativa, inclusive replicando, em sendo o caso, práticas administrativas exitosas do STJ, com vistas à boa gestão de recursos.

8.4 Criação do Núcleo de Admissibilidade e Recursos Repetitivos - NARER

Pela Resolução GP 15, de 01.09.2016, o STJ criou o Núcleo de Admissibilidade e Recursos Repetitivos - NARER, que, antes da distribuição dos processos aos Ministros, seleciona, entre outros, recursos inadmissíveis, contrários às súmulas do STJ ou do STF ou à jurisprudência pacífica, e aqueles objeto de matéria julgada no regime de recursos especiais repetitivos (cerca de 25.000 processos por ano sobem ao STJ, em tal situação), nos quais são proferidas decisões, pela Presidência do STJ, conforme prevê o art. 21-E do RISTJ, introduzido pela Emenda Regimental 24/2016. Se for interposto Agravo interno, os processos são distribuídos aos Ministros. Tal procedimento representou, em 2018, redução de 27,84% do número de processos distribuídos aos Ministros do STJ[25].

8.5 Inteligência artificial e a gestão dos recursos repetitivos

Incrementando a adoção de recursos tecnológicos para agilizar a prestação jurisdicional, o STJ iniciou, em 14/06/2018, a implantação de um projeto-piloto destinado a aplicar soluções de inteligência artificial nas rotinas relacionadas ao processo eletrônico, inclusive nos gabinetes dos Ministros, permitindo, *v.g.*, a identificação de temas jurídicos dos processos e a localização e triagem de feitos em que sejam aplicáveis os

[25] Dado extraído do Relatório Estatístico do STJ do ano de 2018, disponível em http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=327, p. 24.

mesmos precedentes do Tribunal. Iniciada na gestão da Ministra LAURITA VAZ, esta é uma das bandeiras da atual administração do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, comprometido com a eficiência e a celeridade dos serviços prestados ao jurisdicionado.

9. JULGAMENTO DE RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

Desde a Lei 11.672/2008 e até 19.12.2018, o STJ afetou 1.004 temas como repetitivos, dos quais 172 foram desafetados. Foram julgados, pelo STJ, 787 temas (82 pela Corte Especial, 448, 190 e 67, respectivamente, pelas Primeira, Segunda e Terceira Seções), encontrando-se 45 pendentes de julgamento (3 na Corte Especial, 32, 9 e 1, respectivamente, nas Primeira, Segunda e Terceira Seções).

Dias após a vigência da Lei 11.672, de 08.05.2008, demonstrando o seu comprometimento com a eficiência do serviço e a celeridade processual, o STJ afetou, em 12.08.2008 (DJe de 02.09.2008), e julgou, em 10.09.2008 (DJe de 22.09.2008), o primeiro recurso especial afetado e decidido na nova sistemática dos recursos especiais repetitivos – REsp 982.133/RS[26] –, fixando a tese de que "falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar: a) haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido; b) o pagamento pelo custo do serviço respectivo, quando a empresa lhe exigir, legitimamente respaldada no art. 100, parágrafo 1º, da Lei 6.404/1976", ensejando sua aplicação em 212 recursos suspensos, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Desde 2008 foram julgados, pelo STJ, recursos especiais repetitivos sobre temas vários, de grande relevância jurídica, econômica e social, que dizem respeito à vida da grande maioria da população brasileira.

Sob o rito dos recursos especiais repetitivos o STJ fixou, entre outras, teses como a da legitimidade de imposição de multa diária a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento a pessoa desprovida de

[26] STJ, REsp 982.133/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, j. 10.09.2008, DJe de 22.09.2008.

recursos financeiros (Tema 98 - REsp 1.474.665/RS[27]); da impossibilidade de prisão civil do depositário judicial infiel (Tema 220 - REsp 914.253/SP[28]); da legitimidade de penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 (Tema 708 - REsp 1.363.368/MS[29]); a de que, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, independentemente de consentimento da vítima, de sua eventual experiência sexual anterior ou de existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima (Tema 918 - REsp 1.480.881/PI[30]); a da possibilidade de fornecimento, pelo Estado, de medicamento não constante dos normativos do SUS (Tema 106 - REsp 1.657.156/RJ[31]).

Há temas repetitivos julgados pelo STJ, impactantes sob o ponto de vista numérico: o julgamento de apenas dois temas – possibilidade de substituição da TR como índice de atualização das contas vinculadas do FGTS - REsp 1.614.874/SC[32] (mais de 400 mil processos sobrestados, em segunda instância) e possibilidade de o sistema *credit scoring* (método de avaliação do risco de concessão de crédito ao consumidor) violar o Código de Defesa do Consumidor e gerar indenização por dano moral - REsps 1.419.697/RS e 1.457.199/RS[33] (cerca de 190 mil processos suspensos,

---

[27] STJ, REsp 1.474.665/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 26.04.2017, DJe de 22.06.2017.

[28] STJ, REsp 914.253/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, j. 02.12.2009, DJe de 04.02.2010.

[29] STJ, REsp 1.363.368/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 12.09.2014, DJe de 21.11.2014.
STJ, REsp 914.253/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, j. 02.12.2009, DJe de 04.02.2010.

[30] STJ, REsp 1.480.881/PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, j. 26.08.2015, DJe de 10.09.2015.

[31] STJ, REsp 1.657.156/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 25.04.2018 e 12.09.2018-EDcl, DJe de 04.05.2018 e DJe de 21.09.2018.

[32] STJ, REsp 1.614.874/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 11.04.2018, DJe de 15.05.2018.

[33] STJ, REsps 1.419.697/RS e 1.457.199/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. 12.11.2014, DJe de 17.11.2014 e 17.12.2017, respectivamente.

em segunda instância) – permitiu a aplicação, em mais de meio milhão de processos, das teses fixadas nos mencionados repetitivos.

Em face da disposição do art. 927, § 3º, do CPC/2015, o STJ modulou, pela vez primeira, os efeitos do julgamento de recurso especial repetitivo, levando em conta o interesse social e a segurança jurídica, no REsp 1.657.156/RJ[34], relativo à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamentos não incorporados aos normativos do SUS.

Com o CPC/2015 ocorreu inegável aproximação do sistema processual brasileiro – tradicionalmente vinculado ao *civil law* – com o sistema do *common law*.

Percebe-se, assim, que o Judiciário brasileiro e os operadores do Direito passaram a trabalhar com conceitos desenvolvidos no *common law*, como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling*, *distinguish*.

Com efeito, na Pet 11.796/DF[35], a Terceira Seção do STJ superou o entendimento anteriormente fixado no Recurso Especial repetitivo 1.329.088/RS (*overruling*), para adequar-se à jurisprudência do STF, no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada, não é crime equiparado a hediondo, cancelando, ainda, o enunciado da Súmula 512 do STJ.

O RISTJ, em seu art. 104-A, na redação conferida pela Emenda Regimental 24/2016, preocupou-se com a fixação da *ratio decidendi* do julgado, apartando-a dos *obiter dicta*, determinando que, "para definição dos fundamentos determinantes do julgado, o processo poderá ter etapas diferentes de deliberação, caso o órgão julgador, mesmo com votos convergentes, tenha adotado fundamentos diversos para a solução da causa".

---

[34] STJ, REsp 1.657.156/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 25.04.2018 e 12.09.2018-EDcl, DJe de 04.05.2018 e DJe de 21.09.2018.

[35] STJ, Pet 11.796/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, j. 23.11.2016, DJe de 29.11.2016.

10. DESAFIOS E PERSPECTIVAS

No âmbito da Justiça Federal, a litigância de massa ocorre com frequência na esfera previdenciária, *v.g.*, a conhecida controvérsia jurídica sobre a possibilidade de desaposentação, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, cuja discussão judicial surgiu em 2000. Em 2008 a matéria representava 50% dos processos em tramitação em algumas Varas Federais de São Paulo. O STJ julgou o recurso repetitivo sobre a matéria em 08.05.2013, quando vários processos sobre o assunto já haviam subido à Corte da Cidadania. O STF julgou o tema, em sede de repercussão geral, em 26.10.2016.

Tal exemplo é paradigmático para demonstrar que, se naquela oportunidade, o Judiciário tivesse à mão as ferramentas que o novo CPC introduziu e aperfeiçoou, para a formação de precedentes qualificados – inclusive no âmbito dos Tribunais de 2º Grau, como o IRDR –, este conflito estaria de há muito solucionado, gerando pacificação social.

No que respeita à matéria previdenciária, é necessário que os Tribunais brasileiros se preparem para enfrentar o incremento de litigiosidade que certamente surgirá, com a propalada Reforma da Previdência que promete avizinhar-se, inclusive os Tribunais Estaduais, no tocante aos acidentes do trabalho, no âmbito do RGPS, e à matéria previdenciária relativa aos servidores estaduais e municipais.

Na Justiça Estadual, entre outros, os conflitos entre consumidor e instituições financeiras, entre consumidor e concessionárias prestadoras de serviços continuam a ser responsáveis por milhares de processos que discutem a mesma controvérsia jurídica.

O CPC/2015 inspirou-se nos fundamentos do *common law* – com características próprias de nosso sistema, que prevê inclusive reclamação, em caso de desrespeito à tese fixada em precedente qualificado – para conceber um sistema prático de criação de tais precedentes qualificados, envolvendo o regime de repercussão geral, no STF, e o dos recursos repetitivos, no STJ – regimes que o novo CPC aperfeiçoou –, além do incidente de resolução de demandas repetitivas, nos Tribunais de segunda instância, e do incidente de assunção de competência, em todas as Cortes.

Com a efetiva implementação destes institutos, o CPC/2015 espera, como resultado, uma jurisprudência mais uniforme e estável, com a redução do número de recursos e de processos em tramitação.

É preciso destacar, todavia, que o novo CPC alargou a marcha processual, com dilatação dos prazos recursais, que deverão ser computados em dias úteis, com possibilidade de cômputo de prazo em dobro, em determinadas hipóteses, e com ampliação do contraditório, com disposições novas, que passaram a exigir a impugnação de determinados recursos.

Daí o grande desafio: é preciso que o Judiciário assimile esta cultura de criação de precedentes qualificados, concebida pelo CPC/2015, e, em todas as suas instâncias, trabalhe em prol da efetiva implementação destes institutos.

Se estas novas ferramentas não forem, de fato, utilizadas, e com adequado gerenciamento, haverá, com o novo CPC, uma piora da atual situação em que vive o Judiciário brasileiro, condenado a cumprir, em infindável trabalho, missão semelhante ao castigo mitológico imposto a Sísifo, e, no caso do Tribunal da Cidadania, com desvirtuamento, ainda, de sua missão constitucional.

Outro desafio que se apresenta, entre vários, é o de que, firmada a tese jurídica, em precedente qualificado, impõe-se que as instâncias inferiores a ela se adequem, por vezes, até com ressalva de entendimento pessoal, por ser ela resultado de exauriente debate, na Corte competente.

11. CONCLUSÃO

Os desafios são inúmeros, no momento atual, para o Judiciário brasileiro, inclusive para o STJ.

O momento é, pois, de ação e de agregação de esforços dos Juízes de primeira instância, dos Tribunais de segundo grau, dos Tribunais Superiores e também das partes, pelo princípio da cooperação, para que trabalhemos todos em prol deste sistema de precedentes qualificados, instituído pelo CPC/2015.

Só assim será possível que a sociedade obtenha a esperada resposta judicial célere, isonômica e segura juridicamente.

O grande Rui Barbosa de há muito proclamava que sem justiça efetiva não há democracia e que justiça tardia é justiça negada.

Que os operadores do Direito, de modo geral, possam, pois, unir forças e energias, em parceria, para fazer, deste novo CPC, um elemento transformador, em prol da tão desejada pacificação social.

Como lembrava o saudoso Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – grande entusiasta da reforma de nossa lei processual civil –, diante de desafios é preciso sonhar, sonhar e trabalhar, ampliar os horizontes, exercitar pragmaticamente os ideais, aproximar o amanhã, atentos às palavras que CERVANTES colocou na voz de Dom Quixote:

> "QUANDO SE SONHA SOZINHO, É APENAS UM SONHO; QUANDO SONHAMOS JUNTOS, É O COMEÇO DA REALIDADE!"

Unamos, pois, no Judiciário brasileiro e no Tribunal da Cidadania, nossos sonhos, nossas forças e nosso trabalho, para construir e consolidar, em parceria, dia após dia, este sistema de precedentes qualificados concebido pelo CPC/2015, nele incluídos os recursos especiais repetitivos, ferramenta poderosa para a pacificação social.

Só assim legaremos, às gerações futuras, um Judiciário melhor, sem o qual não há verdadeira democracia.

Considerações sobre a Condição Jurídica das Pessoas de Menor Idade no Brasil

Sérgio Kukina
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONDIÇÃO JURÍDICA DAS PESSOAS DE MENOR IDADE NO BRASIL

*Ministro Sérgio Luíz Kukina**

1. Introdução; 2. A legislação civil codificada; 3. A normatização nas hipóteses envolvendo o conflito com a lei penal; 4. A erupção do direito da criança e do adolescente; 5. Instrumentos normativos conexos; 6. Conclusão. Bibliografia.

"As crianças devem ser muito tolerantes com as pessoas grandes" (Antoine de Saint-Exupéry – *O pequeno príncipe*, cap. IV)

1. INTRODUÇÃO

Ao escopo do presente estudo, que almeja delinear alguns recortes jurídicos em torno dos indivíduos de baixa idade, parece conveniente contar com o auxílio de breves referências históricas sobre a família e, dentro dela, a posição evolutivamente ocupada pelas crianças, enquanto filhos.

Nesse viés, oportuno principiar com o ensinamento de EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, para quem "A palavra família, como a entendemos hoje, é de origem romana, *famulus*, que significa escravo. O termo se originou provavelmente da palavra *osca famel* (*servus*) que quer

* Mestre em Direito – PUC/PR.

dizer escravo. O termo *família* não se referia ao casal e a seus filhos, mas ao conjunto de escravos e de servos que trabalhavam para a subsistência e se achavam sob a autoridade do *pater famílias*" (*Síntese de direito civil. Direito de família*. Curitiba: JM, 1997, p. 11).

Aliás, acerca da singular proeminência do papel reservado ao chefe de família romano, JOSÉ VIRGÍLIO CASTELO BRANCO ROCHA explica que "A família não era simplesmente um organismo doméstico. A dominação do *paterfamilias* resultava de considerações de ordem política, econômica e religiosa. Daí a amplitude de sua autoridade, que realmente era soberana. A sua potestade era uma função política, alicerçada no prestígio das crenças, no culto dos deuses lares, na prática dos atos religiosos, confiados ao *paterfamilias*. Eis porque, à vista de tal raciocínio, não é de pasmar a faculdade que dispunha o chefe de família de matar e vender os filhos, por mais odioso que seja tal direito a nossos olhos" (*O pátrio poder - estudo teórico-prático*. Rio de Janeiro: Tupã, 1960, p. 22-23).

Com o advento do *Corpus Juris Civilis* (séc. VI), esse comando de vida e morte, antes conferido ao gestor familiar sobre seu círculo de subordinados, parece ter sofrido relevante mitigação, nomeadamente em relação ao exercício do pátrio poder. A tanto, calha reproduzir alguns poucos, mas emblemáticos, fragmentos normativos selecionados e traduzidos por AUGUSTO VERSIANI VELLOSO, dispostos no Código e no Digesto:

"*- Quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare jure patriae potestatis non prohiberis: acriore remédio usurus, si in pari contumácia perseveraverit: Cod., l. 7, t. 47, § 3, De pátria potestate.* Si teu filho não reconhece o respeito devido a ti como pae, não serás prohibido de castigal-o pelo direito de pátrio poder; terás de usar de meio mais enérgico si ele persistir em egual desobediência."

[...]

"*- Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare: Dig., l. 37, t. 12, fr. 5, Si a parente quis manumissus sit.* O imperador Trajano obrigou a emancipar o filho a quem o pae castigara deshumanamente."

[...]

"- *Si lenones patris et domini suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imposuerint; liceat filiabus et ancillis, implorato suffragio episcoporum omni miseriarum necessitate absolvi:* Cod., l. 1, t. 4, fr. 12, *De episcopali audientia.* Si paes e senhores rufiões impuserem a suas filhas e creadas a necessidade de peccarem, será licito ás filhas e creadas, implorada a proteção das autoridades, libertarem-se de toda a contingencia de taes misérias."

[...]

"- *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere:* Dig., l. 48, t. 9, fr. 5, *De lege Pompeia de parricidiis.* O pátrio poder deve consistir na indulgencia e não na crueldade." (*Textos de direito romano traduzidos*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, p. 187-8).

Em que pese aos avanços assim percebidos na compilação de Justiniano, é certo que, ao longo de praticamente toda a Idade Média, a criança não se revelou destinatária de uma atenção diferenciada por parte do mundo adulto. É somente daí em diante que ela passa a angariar uma nova posição nos tecidos familiar e social, como refere PHILIPPE ARIÈS: "Entre o fim da Idade Média e os séculos XVI e XVII, a criança havia conquistado um lugar junto de seus pais, lugar este a que não poderia ter aspirado no tempo em que o costume mandava que fosse confiada a estranhos. Essa volta das crianças ao lar foi um grande acontecimento: ela deu à família do século XVII sua principal característica, que a distinguia das famílias medievais. A criança tornou-se um elemento indispensável da vida quotidiana, e os adultos passaram a se preocupar com sua educação, carreira e futuro. Ela não era ainda o pivô de todo o sistema, mas tornara-se uma personagem muito mais consistente. Essa família do século XVII, entretanto, não era a família moderna: distinguia-se desta pela enorme massa de sociabilidade que conservava. Onde ela existia, ou seja, nas grandes casas, ela era um centro de relações sociais, a capital de uma pequena sociedade complexa e hierarquizada, comandada pelo chefe de família. A família moderna, ao contrário, separa-se do mundo e opõe à sociedade o grupo solitário dos pais e filhos. Toda a energia do grupo é consumida na promoção das crianças, cada uma em particular, e sem nenhuma ambição

coletiva: as crianças, mais do que a família" (*História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p. 189).

Num salto, então, que se dê até ao século passado (XX), o que se vai encontrar são iniciativas abrangentes e globalizadas, que assumem o feitio de documentos internacionais direcionados à integral e corresponsável efetivação de interesses fundamentais dos indivíduos inscritos na faixa etária de até dezoito anos, do que são eloquentes exemplos a Declaração dos Direitos da Criança (ONU/1959) e, com força vinculante, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU/1989). Adquiriu-se, nesse novo contexto, uma consciência universal quanto ao dever de se tutelar os direitos elementares das pessoas ainda em formação, as quais, por seu estado de transitória vulnerabilidade, necessitam da conjugada e permanente atuação da família, da sociedade e do Estado, em ambiente de solidariedade e de fraternidade.

Em alentado olhar acerca do conteúdo da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES assinala ser esse documento, de fato e de direito, "o primeiro instrumento internacional que efetivamente eleva a criança à condição de sujeito de direito, enunciando e regulamentando um amplo catálogo de direitos, alguns dos quais inéditos, e instituindo também o mecanismo de supervisão de sua implementação. Mais do que uma Convenção especializada na linha de suas congêneres, ela corresponde a uma verdadeira Carta Internacional dos Direitos da Criança, consolidando num único texto o conjunto de disposições que, na esfera generalista, não-especializada, distribui-se pelos três elementos componentes da Carta Internacional dos Direitos Humanos: a Declaração Universal e os dois Pactos" (*A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997, p. 166). O Brasil, cumpre registrar, rapidamente ratificou esse mesmo tratado, tendo-o feito por intermédio do Decreto Presidencial n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Em seguida, examinar-se-á o tratamento que o legislador brasileiro, no pós-República, passou a dispensar à sua população com idade abaixo dos dezoito anos.

2. A LEGISLAÇÃO CIVIL CODIFICADA

O ponto de partida, aqui, é cravado em nosso primeiro regramento civil codificado, qual seja, o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, alcunhado de Código Beviláqua (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

Após consignar que "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro" (art. 4º), esse pioneiro diploma indicava que a menoridade findaria aos vinte e um anos completos, "ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil" (art. 9º) e, como assinalado por ANTÔNIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, conquistando a pessoa, só então, sua "capacidade plena de facto" (*Manual elementar de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1930, vol. I, p. 86).

No entanto, para antes do atingimento dessa capacidade plena de fato (ou de exercício), dava-se que os menores de dezesseis anos eram rotulados como pessoas "absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil" (art. 5º, I), enquanto que os indivíduos maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos eram tidos por "incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer" (art. 6º, I).

Tal classificação, vale destacar, projetava indissociáveis efeitos nos domínios da invalidade dos atos jurídicos, dizendo-se nulo o ato praticado por absolutamente incapaz (art. 145, I) e anulável quando protagonizado por sujeito relativamente incapaz (art. 147, I). No ponto, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA explica que, "Se a capacidade de direito ou de gozo é geminada com a personalidade, de que naturalmente decorre, a capacidade de fato ou de exercício nem sempre coincide com a primeira, porque algumas pessoas, sem perderem os atributos da personalidade, não têm a faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos civis. Como a incapacidade é uma restrição ao poder de agir, deve ser sempre encarada *stricti iuris*, e sob a iluminação do princípio segundo o qual a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção" (*Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, vol. I, p. 219).

Em complemento, o Código de 1916 estabelecia exceções que faziam cessar, para os menores, a incapacidade, guindando-os à condição

de civilmente emancipados, o que ocorreria nas seguintes situações (art. 9º, § 1º, I a V e § 2º): "I – por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 18 (dezoito) anos cumpridos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau científico em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria. § 2º - Para efeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 (dezoito) anos de idade".

Quase um século depois, e já em novo milênio, o Código Beviláqua viu-se expressamente revogado pelo art. 2.045 do novo e vigente Código Civil (Código Reale), substanciado na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que passou a vigorar um ano após a sua publicação (art. 2.044), ocorrida esta em 11/01/2002.

O novel *Codex* empreendeu substanciais modificações no âmbito da capacidade das pessoas físicas, conforme, aliás, anunciado no item 17, 'a', da respectiva Exposição de Motivos, *verbis*: "Substancial foi a alteração operada no concernente ao tormentoso problema da capacidade da pessoa física ou natural, tão conhecidos são os contrastes da doutrina e da jurisprudência na busca de critérios válidos entre incapacidade absoluta e relativa".

No que diz com o objeto do presente estudo, antecipou-se a cessação da menoridade para "dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil" (art. 5º, *caput*). Consequentemente, o período da incapacidade relativa experimentou sensível redução temporal, passando a abarcar somente aqueles indivíduos "maiores de dezesseis e menores de dezoito anos" (art. 4º, I), nada se alterando, porém, com relação aos absolutamente incapazes, que continuam qualificados como sendo "os menores de dezesseis anos" (art. 3º, I).

No plano das invalidades, diz-se, agora, ser nulo o negócio jurídico quando "celebrado por pessoa absolutamente incapaz" (art. 166, I) e anulável, "por incapacidade relativa do agente" (art. 171, I).

Por fim, quanto às hipóteses autorizadoras da emancipação civil, a nova disciplina legal (art. 5º, Par. Único, I a V) também implicou em pontuais e salutares modificações. Observe-se: "Cessará, para os menores, a

incapacidade: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria". Percebe-se, como imediato diferencial frente ao regime anterior, que a emancipação, judicial ou extrajudicial, poderá ser alcançada já a partir dos dezesseis anos de idade do incapaz, certo que, presente a situação de tutela, não se consente com o emprego da via extrajudicial, vale dizer, mediante instrumento público. Por oportuno, calha reportar a lição de NELSON NERY JUNIOR e de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, no que distinguem a emancipação legal da voluntária, assentando que, "Quando a incapacidade cessa por expressa determinação legal, diz-se que se trata de emancipação legal. A emancipação voluntária dá-se por concessão de ambos os pais ou por sentença do juiz" (*Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, nota 4 ao art. 5º, p. 149).

Cotejando-se os dois Códigos Civis postos em consideração, até se pode, desde um ponto de vista estritamente teórico, aceitar a linha argumentativa de que seria plenamente justificável a implementada antecipação do alcance da capacidade civil plena de 21 para 18 anos, posto que, diferentemente do jovem que vivenciou os arcaicos e lentos padrões analógicos dos anos 1900, a juventude deste século XXI desfrutaria de amplo e instantâneo acesso à informação e ao conhecimento, tudo isso propiciado pela irrefreável e perturbadora tecnologia digital dos dias atuais, ensejando, por parte do jovem de hoje, uma melhor compreensão das complexas relações sociais que o circundam, tornando-o, nessa medida, capaz de assumir, por suas próprias e únicas forças, responsabilidades e obrigações emanadas do meio jurídico.

É preciso, no entanto, relativizar a percepção assim delineada quando os olhos se voltam para a cotidiana realidade da vida. De fato, que grande responsabilidade, em termos de contrapartida patrimonial

para a vítima, se pode esperar de um jovem que, de posse de um carro que há pouco ganhou de seus pais por ter passado no vestibular, logo se envolve, por imperícia sua, num acidente de trânsito com resultado letal para o outro condutor? Para os genitores, parece bastante conveniente, mesmo, contar com uma legislação que, no caso exemplificado, debita a responsabilidade civil unicamente para o filho motorista, agora maior de dezoito anos e já civilmente responsável, mas que continua a viver sob as inteiras expensas dos pais.

Em nosso país, historicamente marcado por severa desigualdade socioeconômica, parece evidente que a assunção da capacidade civil plena aos dezoito anos, tal como retoricamente demarcada pelo Código Civil de 2002, mais se afeiçoa à crua realidade dos milhões de moços e moças de famílias humildes, que cedo precisam ingressar no mercado de trabalho para, por suas próprias forças, custearem suas necessidades básicas de sobrevivência.

Em suma, não se pode, em boa razão, tomar por civilmente capaz, menos ainda plenamente, aquele indivíduo que, a par de já ter completado dezoito anos de idade, em tudo e por tudo, continua a depender financeiramente de seus pais ou assemelhados para ter acesso a tudo o quanto necessita e usa no seu dia a dia, vale dizer, desde o prosaico papel higiênico até aos seus gastos com as inadiáveis baladas noturnas.

3. A NORMATIZAÇÃO NAS HIPÓTESES DE CONFLITO COM A LEI PENAL

O temário relativo à responsabilização penal de infratores de menor idade desde sempre mereceu a reflexão de renomados especialistas. Para que se fique com um único, mas vigoroso exemplo, em célebre e longeva obra, vinda a lume no ano de 1884 e tendo por foco o então vigente Código Criminal de 1830, cujo art. 10, § 1º, isentava de responsabilidade penal os menores de catorze anos, TOBIAS BARRETO declarou-se favorável a essa linha de corte estabelecida pelo legislador, ao argumento de que "os males, que sem dúvida resultam de taxar-se, por meio da lei, uma espécie de maioridade em matéria criminal, são altamente sobrepujados pelos que

resultariam do facto de entregar-se ao critério de espíritos ignorantes e caprichosos a delicada apreciação da *má fé* pueril. Em todo caso, antes correr o risco de ver passar impune, por força da lei, quando commetta algum crime, o *gymnasiasta* de treze anos, que já fez os seus versinhos e sustenta o seu *namorico*, do que se expor ao perigo de ver juízes estúpidos e malvados condemnarem uma creança de dez annos, que tenha porventura *feito uma arte*, segundo a frase de família, e isso tão somente para dar pasto a uma vingança" (*Menores e loucos em direito criminal.* Brasília: Senado Federal, Coleção História do Direito Brasileiro, 2003, p. 14-15).

Pertinente, pois, que se aponham alguns acontecimentos normativos que melhor contextualizem o fenômeno em questão, mesmo que em proporção com a reduzida dimensão do presente trabalho.

Com efeito, a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos foi instituída no direito brasileiro, pela vez primeira, por meio do pioneiro Código de Menores de 1927 (Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, também conhecido como Código Mello Mattos), que, em seu art. 68, estipulava que o menor de 14 anos não seria submetido a processo penal de espécie alguma, enquanto que, nos termos de seu art. 69, aquele com idade entre 14 e 18 anos seria submetido a processo especial.

Esse padrão etário, pouco mais de uma década à frente, acabou incorporado pelo Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), ainda em vigor entre nós, cujo art. 27 estabelece que "Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial" (cf. redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984). Tal desenho, por fim, restou igualmente ratificado na vigente Constituição de 1988, ao dispor que "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial" (art. 228).

Recorde-se que, ao tempo da promulgação da Carta de 1988, a "legislação especial" então em vigor correspondia ao segundo Código de Menores aprovado no Brasil, por intermédio da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que veio a ser substituído pelo atual Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n. 8.069, de 13.7.1990). Segundo o art.

104 do ECA, "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei".

Nessa quadra, releva perceber que, em termos de nomenclatura, o constituinte de 1988, ao disciplinar os interesses das pessoas de menor idade, a elas se referiu, na versão originária do art. 227, como sendo a criança e o adolescente, sem, no entanto, definir-lhes as respectivas idades. Tal intento coube ao legislador do ECA, que, de modo um tanto quanto obscuro, prescreveu que "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade". Há de se compreender, aqui, criança como sendo a pessoa com idade de 0 (zero) a 11 (onze) anos, enquanto o adolescente a pessoa com idade de 12 (doze) a 17 (dezessete) anos.

Pois bem.

Nesse contexto, em seu art. 105, o ECA assinala que, em relação "Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101", ou seja, medidas de proteção, cuja aplicação caberá ao Conselho Tutelar existente no município em que ocorrida a infração. (art. 136, I).

Já em relação ao adolescente, a quem se atribua o cometimento de ato infracional (conduta equiparada a crime ou contravenção), o procedimento específico a ser observado será aquele indicado a partir do art. 171, com a deflagração, não sendo caso de arquivamento ou de remissão, da competente ação socioeducativa, que, independentemente da natureza da infração penal, tramitará, sempre e com exclusividade, perante o competente juizado estadual da infância e da juventude, provocado este por representação do também competente órgão do Ministério Público Estadual, em ordem a que, ao final do respectivo *iter* procedimental, em caso de procedência da representação ministerial, possa-se aplicar ao adolescente uma, ou mais, das medidas socioeducativas disponibilizadas no rol do art. 112 do ECA.

Em síntese, como por último delineado, tais são, na atualidade brasileira, as condições de resposta estatal legalmente previstas, com vistas ao enfrentamento de situações que envolvam casos de crianças e de adolescentes em conflito com a lei penal.

4. A ERUPÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ao reservar privilegiado espaço para o trato dos interesses da criança e do adolescente, isso feito no âmbito maior do disciplinamento da família (arts. 226 a 230), o constituinte de 1988, por assim dizer, pôs-se em antecipada e estreita sintonia com o arcabouço estrutural da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, cujo texto viria a ser aprovado na ONU apenas no ano seguinte (20/nov/1989), sendo pouco depois ratificado pelo Governo brasileiro (Decreto n. 99.710, de 21/nov/1990).

Com jornalística fidelidade, ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA reporta a efervescência social que antecedeu a positivação dos direitos da criança e do adolescente na chamada Constituição cidadã, assinalando, a esse propósito, que "a década de oitenta foi decisiva. Ela, efetivamente, foi o palco do surgimento e do desenvolvimento de uma nova consciência e de uma nova postura em relação à população infanto-juvenil, de um modo geral, e, particularmente, do amplo segmento desse contingente que se encontra em situação de risco pessoal e social. Esta era uma tarefa não apenas deste ou daquele movimento ou entidade. Para conseguir colocar os direitos da criança e do adolescente na Carta Constitucional, tornava-se necessário começar a trabalhar, antes mesmo das eleições dos parlamentares constituintes, no sentido de levar os candidatos a assumirem compromissos públicos com a causa dos direitos da infância e da juventude [...] Em setembro de 1986, foi assinada a Portaria Interministerial 449, criando a Comissão Nacional Criança e Constituinte. Esta articulação do setor público federal envolvia os Ministérios da Educação, Saúde, Previdência e Assistência Social, Justiça, Trabalho e Planejamento. Em novembro do mesmo ano, o UNICEF assinou com o Ministério da Educação um termo de Acordo de Cooperação Técnica Financeira, assegurando assim a sua efetiva participação no processo de mudanças no panorama legal que ocorreria nos anos seguintes. A Comissão Nacional Criança e Constituinte realiza um amplo processo de sensibilização, conscientização e mobilização da opinião pública e dos constituintes: Encontros Nacionais, debates em diversos Estados, ampla difusão de mensagens nos meios de comunicação, eventos envolvendo milhares de crianças em frente ao Congresso Nacional, distribuição de

panfletos e abordagem pessoal aos parlamentares constituintes, participação dos membros da Comissão nas audiências públicas dos grupos de trabalho responsáveis pelas diversas áreas temáticas do texto constitucional, carta de reivindicações contendo mais de 1,4 milhões de assinaturas de crianças e adolescentes, exigindo dos parlamentares constituintes a introdução dos seus direitos na Nova Carta (...) Duas emendas de iniciativa popular, perfazendo mais de duzentas mil assinaturas de eleitores, foram apresentadas à Assembléia Nacional Constituinte: 'Criança Constituinte' e 'Criança – Prioridade Nacional'. Seus textos foram fundidos e acabaram entrando no corpo da Constituição com a expressiva maioria de 435 votos a favor e apenas 8 contra. O *caput* do artigo 227 introduz na Constituição brasileira o enfoque e a substância básica da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, texto cujo projeto já era conhecido no Brasil quando da elaboração da Carta Constitucional. Assim, em 5 de outubro de 1988, o Brasil incorpora em sua Carta Magna os elementos essenciais de uma Convenção Internacional, que só seria aprovada em 20 de novembro de 1989. Isto ocorreu basicamente em razão da força, da habilidade, da resolução e do compromisso do movimento social que se forjou em torno dos direitos da criança e do adolescente" (*É possível mudar – a criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 17-19).

Isto posto, desse afinado e recém-editado aporte normativo descortinou-se, então, a urgente tarefa de se empreender a substituição do ainda vigente Código de Menores de 1979, cuja doutrina da situação irregular não mais guardava adequada relação com os novos primados da prioridade absoluta, da proteção integral e do melhor interesse das pessoas com menos de dezoito anos. É nesse propósito que veio a lume, em 13 de julho de 1990, com vigência concebida para 12 de outubro do mesmo ano, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Na aguda observação de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "a começar da análise dos dispositivos constitucionais, cuidando das crianças e dos adolescentes, com normas próprias e específicas, passando pela edição deste Estatuto, até atingir outras leis esparsas, mas referentes ao menor de 18 anos, torna-se indiscutível o surgimento de um ramo relevante e destacado do Direito:

Infância e Juventude" (*Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 5).

Repetindo, na sua essência, o conteúdo do art. 227 da CF, o art. 4º do ECA fez enfatizar que "É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária". À vista dessa solar redação não mais se permite questionar acerca das espécies ou categorias de direitos conferidos às crianças e adolescentes, restando, unicamente, engendrar mecanismos viabilizadores de sua efetivação no mundo real, isso tudo a cargo da conjugada e indeclinável atuação dos atores assim eleitos para essa dignificante missão: a família, a sociedade e o Estado.

É intuitivo que, nessa teia de corresponsabilidades, o encargo primário direcione para o núcleo familiar, enquanto primeiro alicerce daqueles membros mais vulneráveis, ainda em modo de construção e aquisição de suas potencialidades (condição peculiar de desenvolvimento – art. 6º do ECA). Nesse sentido, aliás, revelam-se prestadias as seguintes elucubrações desenvolvidas por IMMANUEL KANT, *verbis*: "Pois o filho é uma pessoa e é impossível formar um conceito da produção de um ser dotado de liberdade através de uma operação física. Assim, de um ponto de vista prático, constitui uma idéia inteiramente correta e, inclusive, necessária encarar o ato de procriação como um ato pelo qual trouxemos uma pessoa ao mundo sem seu consentimento e como nossa própria iniciativa, ação pela qual incorrem os pais numa obrigação de tornar a criança satisfeita com sua condição tanto quanto possam. Não podem destruir seu filho, como se ele fosse alguma coisa que eles fizeram (uma vez que um ser dotado de liberdade não é suscetível de ser um produto deste tipo) ou como se ele fosse propriedade deles, como tampouco podem simplesmente abandoná-lo à própria sorte, já que não trouxeram meramente um ser mundano, mas sim um cidadão do mundo a uma condição que não pode agora lhes ser indiferente, mesmo simplesmente de acordo com conceitos do direito" (*A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 125). É de se esperar, portanto, que a criança e o adolescente possam encontrar

no seio de sua família, enquanto comunidade de afeto, o primeiro porto seguro para o atendimento de suas necessidades materiais e espirituais.

Quanto à sociedade, seu papel passou a ter destacado relevo, reservando-lhe o ECA espaços vitais para que seus representantes tenham atuação verdadeiramente proativa no asseguramento da fruição de vários dos direitos prometidos ao segmento infanto-adolescente. Assim, por exemplo, a possibilidade de contribuir, pessoalmente ou por intermédio de específicas entidades, junto aos Conselhos Tutelares dos municípios (arts. 131/5 do ECA) e aos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, estes presentes nos três níveis da federação (art. 88, II, do ECA).

Colmatando essa tríade de responsáveis, exsurge a figura do Estado, em seu mais lato sentido, sendo grande a expectativa em torno da permanente, pronta e prioritária ação governamental. Nesse viés, de modo descritivo e crítico, mas com robusta pertinência, ressalta ANDRÉA RODRIGUES AMIN que, "ao Poder Público, em todas as suas esferas – legislativa, judiciária ou executiva – é determinado o respeito e resguardo, com primazia, dos direitos fundamentais infanto-juvenis", em que pese, prossegue a mesma autora, "vermos a inauguração de prédios públicos com os fins mais variados, sem que o Estado cuide, por exemplo, da formação de sua rede de atendimento. Outro fato comum é a demora na liberação de verbas para programas sociais, muitos da área da infância e juventude, enquanto verbas sem primazia constitucional são liberadas dentro do prazo. É o que se pode chamar de 'corrupção de prioridades'" (*Curso de direito da criança e do adolescente*. 4. ed. Coord. Kátia Maciel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21-2).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, é lícito dizer, não se limitou a catalogar e prometer direitos vocacionados a rarefeita eficácia, própria das alcunhadas normas programáticas. Bem ao contrário disso, o legislador ordinário, com habilidade e inescondível compromisso com a Lei Maior, cuidou de fornecer ferramentas capazes de implementar no mundo real a gama de direitos elementares do público infanto-juvenil. Assim, *verbi gratia*, quando aparatou o Judiciário, o Ministério Público, a Polícia e as Advocacias para a obtenção de respostas efetivas no sistema de justiça - em ações individuais e coetivas (arts. 141 e segs.); quando contrapôs um

consistente rol de infrações penais e administrativas contra os que agem em detrimento dos interesses de crianças e adolescentes (arts. 228/244-B e 245/258-C, respectivamente); quando convocou, como antes referido, a sociedade civil (Conselhos Tutelares e de Direitos) para atuar ao lado dos tradicionais agentes estatais; ou quando estimulou mecanismos de doação financeira aos Fundos atrelados aos Conselhos os Direitos (art. 260).

Pondo fecho ao presente tópico, pode-se, em necessário acréscimo e mais uma vez recorrendo à aguda visão de ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA, concluir que: "De fato a concepção sustentadora do Estatuto é a chamada Doutrina da Proteção Integral, defendida pela ONU com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadoras da continuidade do seu povo, da sua família e da espécie humana e o reconhecimento de sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas públicas específicas para o atendimento, a promoção e a defesa de seus direitos" (obra citada, p. 21).

5. INSTRUMENTOS NORMATIVOS CONEXOS

Já em compasso de encerramento, merecem registro algumas inovações legislativas que, de algum modo, afetaram os interesses do público infanto-adolescente.

A primeira delas decorre da promulgação da Emenda Constitucional n. 65, de 13 de julho de 2010, que, para além de implicar na alteração da rubrica do respectivo capítulo, fez inserir no art. 227 da Constituição a categoria do "Jovem", que, desde então, passou a fruir da mesma proteção conferida à criança e ao adolescente, com outros acréscimos específicos. Dita alteração deu ensejo à posterior edição do Estatuto da Juventude, materializado na Lei n. 12.852, de 5 de agosto de 2013, que passou a regulamentar os direitos dos jovens, assim considerados, nos termos de seu art. 1º, § 1º, aqueles indivíduos "com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade", dispondo o subsequente § 2º

que, "Aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente, este Estatuto, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente". Vê-se, pois, que os adolescentes com idade entre quinze e dezoito anos passaram a contar com dupla atenção do legislador, advinda daqueles dois Estatutos, sendo-lhe inegavelmente favorável esse modelo protetivo híbrido.

De igual relevo, cumpre aludir o advento da Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, em expressa consonância com os princípios e diretrizes do ECA (art. 1º) e tendo por foco crianças com até seis anos completos (art. 2º). Sem dúvida, mais um excelente reforço normativo em benefício desse grupo de infantes. Por força desse mesmo Estatuto da Primeira Infância (art. 41), vale acrescentar, poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando a agente for gestante ou tiver filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, estendendo-se esta última hipótese também à figura do pai, como se pode conferir no alterado art. 318, incisos IV, V e VI, do Código de Processo Penal.

Mais recentemente ainda, a Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018, veio ampliar essa mesma benesse, agora em favor de mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, acrescentando-se ao CPP o art. 318-A.

O que se verifica, portanto, é o paulatino incremento de regras que, em primeiro plano, levam em estima o superior interesse de crianças e adolescentes, o que é sempre bem-vindo, como nas duas situações por último relatadas, em que se busca a preservação e a proximidade dos laços familiares.

6. CONCLUSÃO

De todo o reportado ao longo desta pontual pesquisa histórico-legislativa, é possível perceber a existência, no Brasil, de vasta e adequada legislação, constitucional e infra, voltada à disciplina e à proteção dos interesses de pessoas menores de dezoito anos, quer na seara civil quer na

penal. Outrossim, mostra-se benfazeja a constatação de que, notadamente no âmbito de diplomas normativos temáticos (como ocorre com o ECA, sobretudo), a legislação pátria guarda perfeita harmonia com os primados da correlata normativa internacional, sobretudo por seu documento de vértice, qual seja, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), que enaltece a observância, pelos Estados-parte, da doutrina da proteção integral, com olhos na consecução do melhor interesse da população de baixa idade. O desafio central, portanto, está em se garantir a "efetivação" dos direitos corajosamente prometidos a essa faixa etária, máxime num país incorrigivelmente desigual como é o Brasil, em que, segundo recentes dados estatísticos, 54,8 milhões de brasileiros estão hoje na pobreza e, destes, 15,3 milhões vivem em extrema pobreza, aí contabilizadas milhões de crianças e adolescentes, nossos compatriotas. No ano em que se está a comemorar 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nós, em particular, o 30º aniversário da Constituição Cidadã, necessário que, nos moldes edificados no art. 227 desse último diploma interno, todas as instâncias do País, públicas e civis, redobrem seus esforços no afã de alçar para a cidadania o enorme contingente infanto-juvenil que continua a sobreviver à margem das riquezas legitimamente produzidas na terra brasileira. Não é tempo, portanto, de se gastar energia política com assuntos distantes das reais e mais urgentes necessidades de nossas crianças e adolescentes pobres, que carecem, dentre outros itens, de acesso aos serviços básicos de saúde, saneamento e educação. Nesse diapasão, não se detecta valia ou premência em pautas como a da redução da maioridade penal, a qual, é fato, vem experimentando longa, confusa e agônica tramitação no Congresso Nacional.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

- AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 4. ed. Coord. Kátia Maciel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

- BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal.* Brasília: Senado Federal, Coleção História do Direito Brasileiro, 2003.

- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *É possível mudar – a criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo: Malheiros, 1993.

- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

- LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Manual elementar de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1930, vol. I.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Síntese de direito civil. Direito de família*. Curitiba: JM, 1997.

- NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, vol. I.

- ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. *O pátrio poder - estudo teórico-prático*. Rio de Janeiro: Tupã, 1960.

- SAINT-EXUPÉRI, Antoine. *O pequeno príncipe*. 48. ed. Tradução de Dom Marcos Barbosa. Rio de Janeiro: Agir, 2006.

- VELLOSO, Augusto Versiani. *Textos de direito romano traduzidos*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923.

A Recuperação Judicial do Produtor Rural

Moura Ribeiro
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL

*Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro**

1. APRESENTAÇÃO

Sem a mais mínima intenção de inovar, indispensável ter em linha de consideração que a recuperação judicial passa pelo não complicado reconhecimento de que nela o inadimplemento absoluto é mais visto como uma simples mora da empresa, já que o pagamento atrasado da devedora ainda é útil não só para os credores, mas também, e muito mais, para a sociedade.

Por isso, não está só em jogo o interesse do devedor em solver a obrigação pelo pagamento tempestivo ("solutio"), mas também o interesse do credor em receber a prestação convencionada ("satisfactio"), razão pela qual se admite que a vontade do devedor em pagar e a do credor em receber caracteriza negócio jurídico por excelência.

Na hipótese da recuperação judicial não se cogita de mora "creditoris", mas só de mora "debitoris" e que, por isso mesmo, permite emenda, prorrogação extemporânea, pela sua presumida utilidade.

---

* Diretor do Curso de Direito da UnG.
Professor Titular da FDSBC.
Professor do Curso de Direito da UDF.

E nesta toada não se pode esquecer que a par de ser garantido no Brasil o direito de propriedade, ele, assim como o contrato, de onde surgem as obrigações, deverá atender a sua função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII, da CF).

O jurista italiano ENRICO CIMBALI, ainda no século XIX, já se preocupava com a função social do contrato, cujos ensinamentos repercutiram nas obras dos juristas brasileiros, BEVILÁQUA e VICENTE RAO. Veja-se:

> *[...] Enrico Cimbali [...] teve, entre nós, repercussões em Beviláqua e Vicente Rao, possibilitando uma certa renovação no Direito Civil. Em que pese o seu arriscado ecletismo Cimbali teve o mérito de não apenas perceber, nos anos noventa do séc. XIX, o que viria a ser chamado de "movimento da descodificação" quanto, examinando as obrigações contratuais sob a luz do "princípio di socialità" (op.cit., p.p. 315, 333 e ss.) conclui que a relação entre indivíduo e Estado pode ser vista sob três formas: "l'affermazione assoluta dello Stato, l'a affermazione assoluta dell'individuo, l'affermazione relativa dell'uno e dell'altro, quali elemento armonici di coesistenza in cui s'integra il vero concetto de l'umanitá progredita. Ed in perfetta corrispondenza com questa tríplice forma di relazione, si è modificato gradativamente in concetto ed il valore giuridico dell'obbligazione".*[1]

No Brasil, a função social do contrato destacada no art. 421 do Código Civil se projeta na função social da empresa, na esteira dos arts. 116 e 154 da Lei das Sociedades Anônimas, que se amolda, em última análise, à função social dos bens (Lei 6.404/76).

> *Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*
>
> Art. 116. [...]
>
> *Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social,*

[1] MARTINS-COSTA, Judith. **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos.** Revista Brasileira de Direito Comparado, pág. 84, http://www.idclb.com.br/revistas/29/revista29%20(10).pdf, acessado em 2/8/2017.

e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

2. CONCEITO SUBJETIVO DE DIREITO COMERCIAL

A história ensina que as primeiras normas a respeito do Direito Comercial se preocupavam com o conceito de comerciante e que eles se uniram em torno de aspectos financeiros que os interessava, em especial, os juros.

Foi por isso que surgiram em Veneza, Gênova e Florença as primeiras corporações de mercadores que elegiam juízes, árbitros, para solucionar disputas entre eles.

Daí a razão pela qual o nosso Código Comercial de 1850 (CCom), em várias passagens, determinava a arbitragem como forma de solução de conflitos entre comerciantes. Veja-se:

a) solução de controvérsias através de árbitros para as indenizações extraordinárias a que feitores, guarda-livros e caixeiros pudessem vir a fazer jus (art. 80);

b) durante o período de trabalho dos prepostos de feitores, guarda-livros e caixeiros não poderia haver desligamento imotivado, sob pena de pagarem a indenização que os árbitros fixassem (art. 82);

c) os trapicheiros e administradores de armazéns que fossem obrigados a pagar por prejuízos, pagariam a indenização que fosse avaliada por árbitros (art. 95);

d) semelhante avaliação indenizatória por árbitros também estava prevista no art. 194, do CCom / art. 485 do NCC (preço incerto deixado a estimação a terceiros, seria determinado por arbitradores); no art. 201, do CCom / art. 484 do NCC (venda por amostras), hipótese em que havendo dúvida sobre a qualidade e preço, o desate seria feito por arbitradores;

e) também haveria solução indenizável por estimação de arbitradores nos casos do art. 215, do CCom / art. 447 do NCC (prejuízo decorrente da evicção), art. 217, do CCom (vícios e diferenças nas qualidades das mercadorias) / arts. 441 e 443 do NCC (vícios redibitórios); arts. 776/777, do CCom nas avarias das cargas / art. 707 e §§ do NCPC (regulação da avaria grossa).

É certo que o Código Reale, que quase revogou o antigo Código Comercial em sua totalidade, adotou o termo "Direito Empresarial" em substituição ao Direito Comercial, dada a sua amplitude (mantido ficou o Comércio Marítimo – arts. 457 a 796).

Tanto assim que, nos termos do CC/02 (arts. 966 a 982), empresário passou a ser a pessoa física ou jurídica que exerce profissionalmente, ou seja, com habitualidade e fim lucrativo, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços no mercado, como pontua SÉRGIO CAMPINHO[2].

3. INSOLVABILIDADE

Citando vários autores, MODESTO CARVALHOSA ao tratar do Direito Empresarial e da insolvabilidade, destaca que ela pode ser vista sob dois prismas: o do déficit patrimonial ou o da falta de liquidez. Na primeira hipótese (patrimônio menor que as dívidas ou o passivo maior que o ativo) a impossibilidade é definitiva, o mesmo não se dando com a segunda, que poderá ser superada por créditos ou operações do devedor no mercado financeiro[3].

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR destaca que a lei brasileira de falência adotou o critério da impontualidade, em contraposição ao instituto da insolvência civil, que exige prova do efetivo estado patrimonial deficitário (passivo maior que o ativo):

> *A falência funda-se num sistema misto, em que a presunção de insolvência decorre ou da impontualidade ou de fatos presuntivos*

---

[2] **Falência e Recuperação Judicial.** Ed. Saraiva, 8ª edição, 2017, págs. 37/38.

[3] **Tratado de Direito Empresarial.** Ed. RT, vol. II, pág. 34.

expressamente enunciados pela lei, além da autofalência, que se baseia na confissão do próprio devedor, mas que, em última análise, leva em conta também a falta de pagamento, qualificada pela "impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial" (Lei n. 11.101/2005, art. 105, 'caput').

O critério fundamental da insolvência mercantil é, pois, o da impontualidade, que assenta a ruína econômica do devedor, autorizadora do concurso universal de credores, sobre o fato de não pagar no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime ação executiva (art. 1º).

Pode o devedor impugnar o pedido de falência, quer depositando o valor da dívida para discutir o direito do credor, quer simplesmente provando ter "relevante razão de direito" para não efetuar o resgate. Não pode, porém, simplesmente se defender para provar que seu passivo é menor do que o ativo.

Já o devedor civil tem o seu concurso de credores subordinado ao critério do efetivo estado patrimonial deficitário, de sorte que é insuficiente, para autorizar a execução concursal, a simples impontualidade.[4]

4. RECUPERAÇÃO, SANEAMENTO OU REESTRUTURAÇÃO DA EMPRESA EM CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

Na Lei 11.101/2005, a recuperação judicial é norteada pelo princípio da preservação a empresa que tem condições de se soerguer, aplaudindo, assim, a função social da propriedade e do contrato.

A mesma ideia está assentada na União Europeia, diante dos termos da Recomendação de 12/3/2014 que, para tanto, emoldura três objetivos básicos, conforme as anotações de STEPHANIE SUNG A. HONG e MIGUEL AUGUSTIN KRELING[5].

São eles, no dizer dos autores: o primeiro é assegurar que empresas economicamente viáveis, mas com dificuldades financeiras, possam se

---

[4] **A Insolvência Civil.** Ed. Forense, 2009, 6ª edição, págs. 49/50.

[5] **Particularidades em Procedimentos de Recuperação de Empresa no Direito Comparado.** Revista de Direito Empresarial: ReDE, v. 4, n. 16, jul. 2016, págs. 75/127.

reestruturar para evitar a falência; o segundo, que decorre do primeiro, é garantir que empresários honestos resolvam suas dificuldades o mais cedo possível, evitando a falência, para a continuação da empresa; e o terceiro, mitigar os efeitos danosos da falência e afastar os seus estigmas sobre os empresários que querem honestamente a recuperação de suas empresas.

5. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL

Indubitável a importância do setor agrícola nos dias de hoje no Brasil.

Sem dúvida, apesar de toda a crise econômica que se verifica e que se experimenta, o país continua crescendo e não há dúvida de que esse crescimento é devido a força do campo.

Por isso, importante examinar a questão da possibilidade de uma pessoa física – produtor rural – lograr obter o deferimento de sua recuperação judicial com amparo na Lei 11.101/2005 (LRJF).

E isso se fará necessário sempre que o produtor rural em dificuldades financeiras precisar se valer da LRJF.

Vale destacar que mediante registro na Junta Comercial uma PESSOA JURÍDICA é criada com a finalidade de exercer atividade de produtor rural como PESSOA NATURAL com responsabilidade ilimitada (PJ Produtor).

Com o registro a PJ Produtor pode postular a sua recuperação judicial. Isto não colhe dúvida jurídica.

Também aqui a recuperação se faz em benefício do empresário ou da sociedade empresária, para se salvar da crise (arts. 1º e 47, da LRJF).

O produtor rural, nos termos do art. 966, do NCC, pode ser equiparado a empresário porque exerce, com habitualidade, em caráter profissional, atividade econômica.

Além disso, está em crise.

A questão do registro toma importância porque para os fins do art. 971, do NCC, ele não é necessário para o produtor rural que tenha tal atividade como sua principal função.

> *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.*

O requisito de dois anos previsto pelo art. 48, § 2º, da LRJF está sendo objeto de propostas de alteração legislativa.

> *Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido,* ***exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos*** *e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:*
>
> ***§ 2º. Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no*** **caput** ***deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.*** (Redação atual)
>
> *§ 2º. Tratando-se de exercício de atividade rural,* ***admite-se a comprovação do prazo estabelecido no*** **caput** ***deste artigo com a declaração de imposto de renda.*** (Projeto de Lei n. 6.279/2013 – Câmara dos Deputados)
>
> *§ 2º. Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica ou pessoa física,* ***admite-se a comprovação do prazo estabelecido no*** **caput** ***deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente, ou pela Carteira de Produtor Rural ou da inscrição na Secretaria da Fazenda da respectiva unidade da Federação, exigindo-se que o requerente exerça regularmente suas atividades há pelo menos 1 (um) ano.*** (Projeto de Lei n. 7.158/2017 – Câmara dos Deputados)
>
> *§ 2º. Na hipótese de exercício de atividade rural por pessoa jurídica,* ***admite-se a comprovação do prazo estabelecido no*** **caput** ***por meio da Escrituração Contábil Fiscal que tenha sido entregue tempestivamente.*** (Projeto de Lei n. 10.220/2018 – Câmara dos Deputados)

6. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO POR MAIS DE 2 ANOS. NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGISTRO COMERCIAL. DOCUMENTO SUBSTANCIAL. INSUFICIÊNCIA DA INVOCAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INSUFICIÊNCIA DE REGISTRO REALIZADO 55 DIAS APÓS O AJUIZAMENTO. POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESÁRIO RURAL NÃO ENFRENTADA NO JULGAMENTO.

1.- O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento. *Não enfrentada, no julgamento, questão relativa às condições de admissibilidade ou não de pedido de recuperação judicial rural.*

2.- Recurso Especial improvido quanto ao pleito de recuperação.

(REsp 1.193.115/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, j. 20/8/2013, DJe 7/10/2013)

Voto vencido da Ministra NANCY ANDRIGHI no REsp 1.193.115/MT:

É importante destacar que – ao contrário do que ocorre com o empresário mercantil (art. 967 do CC) – o empresário cuja atividade rural constitua sua principal profissão não está obrigado a inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis, segundo texto expresso do art. 971 do CC.

Ademais, ainda que a lei exija do empresário, como regra, inscrição no Registro de Empresas, convém ressaltar que sua qualidade jurídica não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional. Não por outro motivo, entende-se que ***a natureza jurídica desse registro é declaratória, e não constitutiva.***

A respeito do tema, revela-se oportuna a leitura do ***enunciado n. 198, aprovado na III Jornada de Direito Civil*** *realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (cujas conclusões servem como orientação legítima para interpretação do Código Civil):*

A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 48, CAPUT, DA LEI 11.101/2005. DEVEDOR. EXERCÍCIO REGULAR DAS ATIVIDADES HÁ MAIS DE DOIS ANOS. MUDANÇA DE RAMO. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O exercício regular de atividade empresária reclama inscrição da pessoa física ou jurídica no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial). Trata-se de critério de ordem formal.

2. Assim, para fins de identificar "o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades", a que alude o caput do art. 48 da Lei 11.101/2005, basta a comprovação da inscrição no Registro de Empresas, mediante a apresentação de certidão atualizada.

3. Porém, para o processamento da recuperação judicial, a Lei, em seu art. 48, não exige somente a regularidade no exercício da atividade, mas também o exercício por mais de dois anos, devendo-se entender tratar-se da prática, no lapso temporal, da mesma atividade (ou de correlata) que se pretende recuperar.

4. Reconhecida a ilegitimidade ativa do devedor para o pedido de recuperação judicial, extingue-se o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.478.001/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, j. 10/11/2015, DJe 19/11/2015)

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 1.036 E SEGUINTES DO CPC. ART. 257 RISTJ. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL RURAL. INSCRIÇÃO A MENOS DE DOIS ANOS NO REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCANTIS. ART. 971 CÓDIGO CIVIL. ARTS. 48, CAPUT, E 51, V, LEI 11.101/2005.

1. A questão de direito que se pretende afetar ao rito dos recursos repetitivos consiste na possibilidade de o empresário individual rural (produtor rural) - pessoa física - requerer o benefício da recuperação judicial, ainda que não se tenha inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis há mais de 2 (dois) anos da data do pedido (art. 971 do Código Civil c/c arts. 48, caput, e 51, V, da Lei n. 11.101/2005).

2. Embora de grande relevância para o país, esta Corte Superior não emitiu posicionamento fundamentado sobre o tema em destaque.

3. Diante da ausência de precedentes sobre a referida questão de direito e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve-se aguardar, para fins de afetação ao rito previsto no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, a formação de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, orientação que vem sendo adotada pela Segunda Seção na afetação e análise de temas repetitivos.

4. Questão jurídica não afetada ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-A, § 2º, RISTJ).

(ProAfR no REsp 1.684.994/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, j. 28/11/2017, DJe 05/12/2017)

7. A JURISPRUDÊNCIA DO TJSP

Agravo de instrumento. ***Recuperação judicial de empresários produtores rurais. Natureza declaratória do registro dos produtores rurais na JUCESP reconhecida. Art. 971 do CC. Aplicação da teoria da empresa. Conceito jurídico de empresário determinado pelo efetivo exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços,***

nos termos do art. 966, caput, do CC. Art. 48, caput, da LRF que apenas exige que o empresário que pleiteia a recuperação judicial exerça suas atividades há mais de dois anos, nada dispondo sobre a necessidade de registro na Junta Comercial por igual período. *Processamento da recuperação que depende apenas da verificação formal dos requisitos objetivos dos arts. 48 e 51 da LRF. Recurso não conhecido no que diz respeito aos créditos sujeitos ou não à recuperação. Questão a ser apreciada oportunamente, conforme decidido nos autos do AI. n. 2251128-51.2017.8.26.0000. Reconhecimento da natureza extraconcursal de um crédito específico que não afasta a possibilidade de processamento do pedido de recuperação judicial. Stay Period. Contagem de prazo de suspensão do art. 6º, §4º, da LRF, que deve ser feita em dias úteis de acordo com o art. 219 do CPC. O cômputo dos dias úteis contribui para a segurança jurídica ao estabelecer critério objetivo ao mesmo tempo em que favorece a eficiência da recuperação judicial e maior oportunidade para a recuperanda cumprir os atos processuais que visam à recuperação judicial em prol de sua própria preservação (art. 47 da LRF). Recurso não conhecido em parte e parcialmente provido na parte conhecida, prejudicado o agravo regimental.*

(AI n. 2062908-35.2018.8.26.0000, Rel. Desembargador HAMID BDINE, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 4/7/2018)

Recuperação judicial. Requerimento por produtores rurais em atividade por prazo superior àquele de 2 (dois) anos exigido pelo artigo 48, caput, da Lei n. 11.101/2005, integrantes de grupo econômico na condição de empresários individuais respaldados pelos artigos 966 e 971 do Código Civil e/ou de sócios das sociedades coautoras. Legitimidade reconhecida. Irrelevância da alegada proximidade entre as datas de ajuizamento do feito e das prévias inscrições dos produtores rurais como empresários individuais na Junta Comercial do Estado de São Paulo. ***Firme entendimento jurisprudencial no sentido de que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no supramencionado dispositivo legal deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade de seu exercício, e não a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal.*** *Manutenção do deferimento do processamento da demanda. Agravo de instrumento desprovido.*

(AI n. 2037064-59.2013.8.26.0000, Rel. Desembargador JOSÉ REYNALDO, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 22/9/2014)

8. CONCLUSÕES

1. Mesmo sem registro na Junta Comercial, o produtor rural pode ser equiparado a empresário porque exerce, com habitualidade e como profissional tal atividade.

2. Há propostas de alteração legislativa para albergar tal reconhecimento ou para admitir tal reconhecimento por declarações perante autoridades fiscais.

3. A jurisprudência do STJ se encaminha no sentido de prestigiar a atividade do produtor rural, comprovada a regularidade registral pelo prazo de 2 anos, prestigiando o art. 48 da Lei de Recuperação Judicial e Falência.

BIBLIOGRAFIA

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação Judicial.** São Paulo: Ed. Saraiva, 8ª edição, 2017, págs. 37/38.

CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial.** São Paulo: Ed. RT, vol. II, pág. 34.

HONG, Stephanie Sung A. e KRELING, Miguel Augustin. **Particularidades em Procedimentos de Recuperação de Empresa no Direito Comparado.** Revista de Direito Empresarial: ReDE, v. 4, n. 16, jul. 2016, págs. 75/127.

MARTINS-COSTA, Judith. **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos.** Revista Brasileira de Direito Comparado, pág. 84, http://www.idclb.com.br/revistas/29/revista29%20(10).pdf, acessado em 2/8/2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Insolvência Civil.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, 6ª edição, págs. 49/50.

Os Cinquenta Anos do Código Tributário Nacional e o Papel do Superior Tribunal de Justiça na sua Interpretação

Regina Helena Costa
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

OS CINQUENTA ANOS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E O PAPEL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA SUA INTERPRETAÇÃO

Ministra Regina Helena Costa[1]

1. Introdução. 2. Disciplina do sistema tributário nacional. 3. Codificação das normas tributárias. 4. A Constituição e a lei complementar veiculadora de normas gerais em matéria tributária. 5. O papel do Código Tributário Nacional. 6. Análise crítica do regramento contido no CTN. 7. O Superior Tribunal de Justiça como uniformizador da interpretação do CTN. 8. Conclusão.

1. Em 25 de outubro de 2016 o Código Tributário Nacional – a Lei n. 5.172, de 1966 - completou seu cinquentenário. Sua entrada em vigor deu-se em 1º de janeiro de 1967. Para seus intérpretes e aplicadores, o momento presente é, portanto, de reflexão acerca da experiência de sua interpretação e aplicação.

Em 2016 organizei e coordenei, em conjunto com o amigo e colega Ministro Gurgel de Faria, um seminário no Superior Tribunal de

[1] Livre-docente em Direito Tributário, Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP e professora de Direito Tributário dos cursos de graduação e pós-graduação da mesma universidade. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Autora dos livros *Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional* (Saraiva); *Praticabilidade e Justiça Tributária – Exequibilidade de Lei e Direitos do Contribuinte; Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do STF; e Princípio da Capacidade Contributiva* (Malheiros).

Justiça para celebrar esse marco, o qual foi realizado no dia 19 de outubro, com a presença de ilustres professores e expressivo público.

Nesta oportunidade em que aniversaria o Superior Tribunal de Justiça, comemorando seus trinta anos, fruto que é da Constituição de 1988, pareceu-nos oportuno, igualmente, celebrar a data com este pequeno estudo sobre o Código Tributário Nacional e o papel dessa Corte na sua interpretação e aplicação.

2. A disciplina normativa do sistema tributário nacional encerra diversas peculiaridades. Inicialmente, a Constituição da República contempla regramento minudente dessa atividade estatal, dedicando um título à tributação e ao orçamento, o qual abriga extenso capítulo voltado ao sistema tributário nacional (arts. 145 a 159).

Assim procedendo, o texto constitucional antecipa e vincula fortemente todo o conteúdo da legislação tributária, na qual se insere, com destaque, o Código Tributário Nacional.

Por outro lado, o modelo federativo adotado, com tríplice ordem jurídico-política, torna ainda mais complexo o regramento do sistema tributário, no qual devem harmonizar-se com o texto constitucional o diploma legal veiculador de normas gerais (o CTN), bem como as leis federais, estaduais, distritais e municipais.

Ainda, é preciso relembrar que o atual Código Tributário Nacional foi editado à luz da Constituição de 1946; desse modo, já assistiu a três Constituições lhe sobrevirem (1967, 1969 e 1988), o que lhe confere um *status* de autêntico "sobrevivente" na ordem jurídica, porquanto versa sobre matéria fortemente constitucionalizada.

As inovações estampadas na Constituição atual no regramento da tributação impactaram o CTN de diversas maneiras, como será analisado adiante.

3. A ideia de codificar as normas tributárias germinou com a Emenda Constitucional n. 18, de 1965, que promoveu reforma no sistema tributário desenhado na Constituição de 1946.

À época havia um emaranhado de leis tributárias elaboradas pelos diversos entes tributantes, sem nenhum diploma que contemplasse normas gerais de caráter nacional a orientá-las e harmonizá-las.

Estampando essa realidade, extrai-se da exposição de motivos do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66), subscrita pelo então Ministro de Estado da Fazenda, Octávio Gouvêa de Bulhões, o seguinte trecho :

> *"A instituição de normas gerais é reclamada de longa data pelos juristas, pelos estudiosos de finanças e pelos técnicos de administração. O que se reclama é um sistema de normas gerais aplicáveis a todos os tributos, ou seja um texto básico disciplinador do exercício do poder de tributar. Essa disciplina é especialmente necessária no Brasil, país de organização federativa onde é frequente a adoção de critérios diferentes em situações econômica e juridicamente idênticas".*

O anteprojeto do CTN, elaborado por uma comissão de juristas integrada por Rubens Gomes de Sousa e Gilberto de Ulhôa Canto, dentre outros colaboradores, veio a contar com a receptividade de Aliomar Baleeiro, eminente jurista baiano, conhecido por todos como o precursor dos estudos de direito tributário no Brasil.

À época Deputado Federal, Aliomar Baleeiro tornou-se Ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo deixado um impressionante legado sobre a interpretação do sistema tributário.

Como sabido, nasceu o CTN como lei ordinária, porquanto o texto constitucional de 1946 não previa a espécie legislativa "lei complementar". Mesmo alterado pela Emenda n. 18, de 1965, não contemplou a exigência da utilização dessa espécie legislativa para a veiculação das normas gerais de direito tributário.

Logo após o CTN entrar em vigor, em 1º de janeiro de 1967, sobreveio nova Constituição, cuja vigência iniciou-se em março do mesmo ano. Nesse momento a ordem jurídica passou a exigir lei complementar para a edição de normas gerais de direito tributário (art. 18, § 1º).

Passado um breve período, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969 a qual, pelas múltiplas alterações promovidas nesta, é considerada, por muitos, um novo texto constitucional.

Em 1988, emerge a Constituição atual e o CTN, uma vez mais, é colhido por disciplina normativa hierarquicamente superior, na qual

se mantém a exigência de lei complementar para a veiculação de normas gerais de direito tributário.

Feito esse brevíssimo escorço histórico, cabe assinalar que o Código Tributário Nacional, a despeito das críticas que mereça, representa, induvidosamente, grande marco evolutivo na disciplina normativa das relações tributárias, incorporando tanto lições doutrinárias quanto da jurisprudência em seus dispositivos.

Num sistema tributário complexo, o CTN opera como ponte entre a Constituição – cujos dispositivos deve explicitar e detalhar em suas normas gerais – e a legislação ordinária de todos os entes políticos.

4. No Direito Tributário, à lei complementar é outorgado o papel consignado no art. 146, combinado com o disposto no art. 24, I e parágrafos, do Texto Fundamental. O último dispositivo estatui a competência da União para a edição de normas gerais no âmbito da legislação concorrente, inclusive sobre Direito Tributário.

O art. 146, por sua vez, prescreve incumbir à lei complementar, especificamente nesse campo, dispor sobre conflitos de competência entre as pessoas políticas, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Como é notório, em torno da verdadeira natureza do papel da lei complementar em matéria tributária persiste uma das grandes polêmicas do Direito Tributário pátrio. A doutrina divide-se em duas vertentes de pensamento: (i) a chamada corrente *tricotômica* sustenta competir à lei complementar dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, tese que parece vir reforçada pela literalidade do art. 146, CR; e (ii) a corrente denominada *dicotômica,* que preconiza que a lei complementar deve dispor sobre normas gerais em matéria de legislação tributária, as quais, por sua vez, vão dispor sobre conflitos de competência e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

A segunda orientação encontra respaldo na autonomia das pessoas políticas, porquanto a lei complementar possui caráter nacional e deve ser

por elas observada. Afina-se, portanto, com os princípios federativo e da autonomia municipal, restringindo o campo de atuação das normas gerais de direito tributário.

Desse modo, parece-nos que somente o apego à literalidade da dicção constitucional pode conduzir à conclusão de que a lei complementar desempenha tríplice função em matéria tributária. A norma inserta no art. 146, CR, não pode ser considerada isoladamente ou em contexto alheio aos princípios federativo e da autonomia municipal. E, se assim é, impende concluir que o âmbito material das normas gerais circunscreve-se à disposição sobre conflitos de competência e à regulação de limitações constitucionais ao poder de tributar.

Normas gerais, em nosso entender, são aquelas que abrigam princípios, diretrizes, preceitos fundamentais, aplicáveis a todas as pessoas políticas. Opõem-se às *normas específicas*, incumbidas da disciplina de questões peculiares, cuja natureza não autoriza o tratamento uniforme ensejado pelas normas gerais, e, por isso, compete a cada pessoa política estabelecê-las.

A questão ganha relevo num Estado que adota o modelo federativo, uma vez que diz com a competência de cada pessoa tributante, manifestação de sua autonomia política. De fato, as normas gerais versam sobre matéria que, em princípio, competiria a todos os entes políticos regrar, mas cuja disciplina lhes é retirada e entregue exclusivamente à União, com o objetivo de assegurar certa uniformidade de regime jurídico.

Noutro dizer, as normas gerais de Direito Tributário são, sempre, regras atinentes a parâmetros constitucionalmente estabelecidos às competências tributárias, pois visam dispor sobre conflitos e limitações dessas competências. Não poderão, jamais, versar sobre minudências típicas da lei ordinária de cada pessoa política. Sua função é apenas de caráter declaratório, explicitadora da Constituição, nunca inovadora.

5. Neste passo, impende tecer algumas considerações acerca do papel do Código Tributário Nacional no contexto atual.

Primeiramente, cabe observar que, em outras disciplinas, tais como o Direito Penal, o Direito Civil, o Direito Processual Penal e o Direito

Processual Civil, por exemplo, conquanto exista uma multiplicidade de leis extravagantes nesses ramos jurídicos, é certo que a legislação codificada representa o principal repositório de normas a eles pertinentes.

Isso porque cabe à União legislar privativamente sobre tais domínios (art. 22, I, CR), produzindo, portanto, leis de caráter nacional.

Assim é que, por exemplo, estudar Direito Penal é, uma vez examinadas as normas constitucionais, basicamente conhecer e interpretar as normas constantes do Código Penal, o que igualmente ocorre com as demais disciplinas que contam com legislação codificada.

Em relação ao Direito Tributário, entretanto, a realidade é bem diversa, por duas razões fundamentais.

Em primeiro lugar, em virtude da opção do legislador constituinte de tratar a tributação de maneira bastante detalhada, uma peculiaridade não encontrada nos textos constitucionais de outros países.

E, também, como apontado, por competir a todos os entes políticos legislar concorrentemente sobre o assunto (art. 24, I, CR), conquanto caiba, apenas à União, mediante lei complementar, "estabelecer normas em matéria de legislação tributária" (art. 146, III, CR).

Tais normas gerais, portanto, são vinculantes de todas as pessoas políticas, que exercem sua competência tributária nos termos definidos na Constituição.

Diante de tal quadro normativo, conclui-se que o fato de a Constituição disciplinar tão minudentemente a tributação acabou por antecipar, substancialmente, o conteúdo das normas gerais contempladas na lei complementar, vale dizer, no Código Tributário Nacional.

Em consequência, a legislação codificada, no domínio do Direito Tributário, não desfruta da mesma importância que apresenta em outros ramos do Direito.

Outro aspecto que sobreleva destacar é que, por força do disposto no art. 146, III, CR, como assinalado, o CTN ostenta o *status* de lei complementar, somente podendo ser alterado ou revogado mediante essa espécie legislativa.

Embora existam, há muito, projetos de lei complementar visando substituir o Código Tributário Nacional, não se vislumbra que isso venha a acontecer tão cedo, diante das reiteradas tentativas de promover-se uma "reforma tributária" que, evidentemente, demanda, a viabilizá-la, sejam efetuadas modificações em nível constitucional.

6. Vale, ainda, registrarmos algumas palavras voltadas à análise crítica de alguns aspectos do CTN.

Quanto aos seus *aspectos positivos*, inegavelmente, sobreleva sua missão uniformizadora da disciplina tributária no país, algo inexistente quando de sua publicação.

Também, cabe assinalar tratar-se de texto normativo, em essência, revestido de qualidade, porquanto originário de anteprojeto elaborado por eminentes juristas.

Por outro lado, no que toca aos *aspectos negativos*, inicialmente, boa parte da doutrina especializada critica-lhe o viés autoritário, visto enfocar a relação tributária sob a ótica do Fisco, provável reflexo de sua elaboração num momento em que o país vivia sob regime não democrático.

A demonstrar a assertiva, basta lembrar os dispositivos nos quais o CTN, ao invés de referir-se a "obrigação tributária", expressão reveladora do vínculo a unir credor e devedor, insiste em expressar apenas "crédito tributário", omitindo a perspectiva do devedor[2].

Do ponto de vista da linguagem empregada pelo legislador, por seu turno, há diversos pontos que, por vezes, dificultam a compreensão de seus comandos, diante de alguma incoerência e confusão conceitual facilmente perceptíveis.

É o que ocorre, por exemplo, quando estatui a definição do conceito de tributo, no qual afirma ser este inconfundível com penalidade pecuniária (art. 3º) e, posteriormente, considera que a obrigação principal tem por objeto o pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária (art. 113, § 1º).

---

[2] *E.g.* arts. 97, VI; 111, I; 113, § 1º; 125, II; 151; 156; e 175.

Mas talvez o aspecto mais negativo do código em análise seja o apontado difícil diálogo com o texto constitucional, que lhe é superveniente. Esse aspecto, embora não possa ser considerado como um defeito que lhe seja inerente, traduz situação complexa ensejada pela cronologia legislativa e pelo fato de os textos constitucionais brasileiros serem, tradicionalmente, detalhistas no trato da disciplina tributária.

Em sendo assim, o atual Código Tributário Nacional encontra-se bastante defasado em relação ao texto constitucional em vigor.

Uma análise mais detida de seu texto demonstra que, *em parte, suas disposições foram revogadas pela Constituição,* porquanto por ela não recepcionadas.

É o caso dos arts. 15, III (empréstimo compulsório com fundamento em "conjuntura que exija absorção temporária de poder aquisitivo"), 21, 26, 65 (possibilidade de o Poder Executivo alterar as bases de cálculo dos Impostos de Importação, de Exportação, e sobre Operações Financeiras) e 74 (Imposto Federal sobre Operações Relativas a Combustíveis, Lubrificantes, Energia Elétrica e Minerais do País).

Do mesmo modo, o Código Tributário Nacional, por óbvio, *não disciplina categorias que não existiam sob a égide da Constituição de 1946*, tais como o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores e as contribuições fundadas no art. 149, CR.

Outrossim, não contempla dispositivos relativos aos *fundamentos da tributação* – o caso da capacidade contributiva, nos impostos - nem de suas *finalidades* – tais como o caráter contraprestacional nas taxas e absorção da mais valia provocada pela obra pública, na contribuição de melhoria.

A ausência de regramento igualmente verifica-se em relação a importantes impostos, que permanecem tratados apenas em leis extravagantes – o ICMS (LC 87/96) e o ISS (LC 116/2003) – bem como no que tange ao processo administrativo e às sanções fiscais, ensejando uma grande multiplicidade de diplomas legais cuidando do assunto.

De outra parte, muitas dos dispositivos do CTN *repetem normas já contidas na Constituição* e, assim, inócuas, por constituírem meras reproduções, integrais ou parciais, de normas de hierarquia superior.

É o que se observa nos arts. 9º (imunidades genéricas, art. 150, VI, *a* a *d*, CR), 10 (princípio da uniformidade geográfica, art. 151, I, CR), 11 (princípio da não diferenciação tributária entre bens, em razão de sua procedência ou destino, art. 152, CR) e 48 e 49 (seletividade e não cumulatividade do IPI, arts. 153, § 2º, I e II, 155, § 2º, I e III, CR).

Cumpre remarcar, igualmente, que o Código abriga diversos *preceitos didáticos*, isto é, que contemplam definições de conceitos, bem como normas relevantes concernentes a institutos típicos do Direito Tributário, tais como o lançamento e a suspensão da exigibilidade da obrigação tributária, de cujo estudo não se pode prescindir.

Assinale-se que, por abrigar normas gerais em matéria de legislação tributária, o Código Tributário Nacional contém várias *normas supletivas*, identificadas pela expressão "salvo disposição legal em contrário".[3] Na prática, porém, usualmente tais normas é que incidem, diante da ausência de outro regramento aplicável.

Finalmente, entendemos que o código em análise contempla não apenas normas de direito material, mas também algumas de cunho nitidamente *processual*, tais como as dos arts. 151, IV e V, 169, 170-A, 174, 185-A, 188, § 1º, e 192.

Em suma, o Código Tributário Nacional, com parte de normas revogadas, parte de preceitos inócuos, ausência de regras sobre institutos que foram introduzidos no ordenamento jurídico posteriormente à sua edição e uma linguagem, por vezes, difícil de ser assimilada, segue sendo o principal diploma infraconstitucional disciplinador da tributação.

7. Criado pela Constituição de 1988 e instalado no ano seguinte, o Superior Tribunal de Justiça absorveu parte das competências do Supremo Tribunal Federal, dentre elas a de *uniformizar a interpretação da legislação federal*. Assim, cabe-lhe proceder à uniformização da interpretação da legislação nacional codificada, como é o caso do diploma normativo sob comento.

---

[3] *E.g.* arts. 103, 104, III, 116, 117, 120, 123, 125, 136, 143, 154, 155-A, § 1º, 177, 180, II, e 193, CTN.

Portanto, é de se ressaltar que, quando o Superior Tribunal de Justiça surgiu, o CTN já contava com mais de duas décadas de vigência e interpretação de seus dispositivos pelo Supremo Tribunal Federal.

Os órgãos competentes para a apreciação ordinária de matéria tributária no Superior Tribunal de Justiça são a 1ª Seção, dedicada ao Direito Público e as 1ª e 2ª Turmas, que a integram.

Em seus trinta anos de existência, o Superior Tribunal de Justiça tem desempenhado a trabalhosa missão de interpretar um código com tantas vicissitudes, como exposto.

Nessa tarefa, tem recorrido, especialmente, à edição de *súmulas* e à sujeição dos recursos especiais ao regime de *recursos especiais repetitivos.*

A demonstrar a extensão de sua tarefa, registre-se que, das 619 súmulas que a Corte editou até o momento[4], cerca de 13% versam sobre matéria tributária.

Os temas mais frequentemente tratados nesses enunciados são a compensação tributária (5 súmulas); crédito tributário e lançamento (4 súmulas); além dos tributos em espécie – principalmente o Imposto de Renda, o ICMS e o ISS (40 súmulas).

No que tange aos *recursos especiais repetitivos*, a Corte, em novembro de 2018, alcançou o impressionante número de 1.000 temas afetados sob esse regime processual.

Em relação à matéria tributária, apenas no que tange ao direito material, contam-se cerca de 170 temas, sendo de destacar-se as múltiplas discussões atinentes à base de cálculo da COFINS e do PIS e ao conceito de renda.

8. Em conclusão, dada a dificuldade de substituir-se o atual Código Tributário Nacional por outro enquanto não realizada a reforma tributária em nível constitucional, que enfrenta grandes dificuldades de cunho político e econômico para ser promovida, impõem-se sua atualização e adaptação à Constituição atual, com a modernização de suas normas e

[4] Cf. consulta efetuada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, em 24.11.2018.

a incorporação de novos institutos e conceitos, desconhecidos pelo texto atual.

A par dessa alteração no plano do direito material, impende aparelhar o Superior Tribunal de Justiça, órgão ao qual compete uniformizar a interpretação da legislação federal e, assim, do Código Tributário Nacional, com mecanismo que lhe possibilite fazê-lo de forma eficiente, uma vez que a sistemática dos recursos especiais repetitivos, por si só, não tem alcançado esse objetivo, dado o imenso volume de recursos distribuídos ao tribunal nos últimos anos, os quais contêm pretensões que não transcendem os interesses exclusivos das partes envolvidas.

Diante de tal quadro, o aperfeiçoamento do regime dos recursos especiais demanda a introdução da *relevância da questão federal infraconstitucional* a qual, à semelhança da repercussão geral no recurso extraordinário, permitirá ao Superior Tribunal de Justiça analisar apenas os recursos especiais relativos a teses de relevância, ensejando a prolação de autênticos precedentes e o cumprimento de sua missão constitucional.

Veiculando tal inovação, a PEC 209/2012, da Câmara dos Deputados, já aprovada nessa casa legislativa, e que ora tramita no Senado Federal, como PEC 10/2017.

Cremos que a aprovação dessa emenda constitucional é essencial para que a interpretação do CTN e a consequente uniformização da jurisprudência a ela relativa sejam efetuadas pelo Superior Tribunal de Justiça de modo mais eficiente e consistente.

Mandados de Criminalização: Instrumentos de Proteção dos Direitos Humanos ou de Expansão do Direito Penal

Rogerio Schietti Cruz
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS OU DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

*Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz**

1. HISTÓRICO

Não obstante o tema dos mandados de criminalização venha sendo tratado pela doutrina nacional desde a década de 1990 e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376/MS (Tribunal Pleno, julgado em 9/2/2006), vale salientar que o surgimento desse instituto remonta, pelo menos, à década de 1940.

De fato, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, aprovada pela Resolução 260 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9/12/1948, ratificada pelo Brasil em 4/4/1951 e promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6/5/1952, constituiu o primeiro mandado de criminalização, no âmbito do direito internacional, cujo objeto é a tutela de um direito fundamental, o direito à vida, em que os Estados-partes "confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir", assumindo o compromisso de "estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio".

* Doutor e Mestre em Direito Processual (USP).

Por sua vez, as quatro Convenções de Genebra de 1949 também contam com mandado expresso de criminalização, a partir da ideia de jurisdição universal. Prescrevem que os Estados-partes são obrigados a perseguir criminalmente as pessoas acusadas de violações do direito humanitário internacional ou, ao menos, entregar tais pessoas a outro Estado contratante para que seja feita a punição criminal. De acordo com os dispositivos convencionais, as partes contratantes (o Brasil é parte em todas) estão obrigadas a localizar as pessoas que cometeram graves violações dos direitos neles tutelados, bem como a processá-las, não importando a nacionalidade destas, ou então, entregá-las para julgamento em outro Estado contratante.

Como "os mandados (implícitos) de criminalização presumem a atividade judicial de interpretar textos normativos"[I], o referido instituto desenvolveu-se enormemente com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, da Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A par dos esforços recentes do STF em dirimir eventuais dúvidas sobre os contornos do instituto, talvez "um dos mais difíceis [temas] da dogmática dos direitos fundamentais: saber se um fato deve, ou não, ser considerado crime" (ADI n. 3.112/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski), certo é que uma investigação sobre como se desenvolveu o entendimento dessas Cortes pode resultar em alguma utilidade para a compreensão do estado atual da discussão doutrinária no direito penal brasileiro.

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO – PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO – DESENVOLVIMENTO TEÓRICO[II]

Um dos antecedentes do desenvolvimento teórico dos mandados implícitos de criminalização surgiu com Peter Lerche, nos anos 1960, que,

---

[1] Robert Alexy, ao estudar os enunciados deônticos, os classifica em mandados, proibições e permissões. Assim, o termo "mandado" é próprio de um discurso jurídico prescritivo, que qualifica uma ação como obrigatória, dirigido, no caso em estudo, ao Poder Legislativo.

em sua *Übermass und Verfassungsrecht,* propôs questão que se opunha à estrutura tradicional de relação entre os poderes constituídos e entre esses e a Constituição: continuaria o Poder Legislativo a ser um poder livre nas suas finalidades, ou, pelo contrário, seria possível o desenvolvimento de uma doutrina da discricionariedade legislativa lastreada na noção de Estado Social e Democrático de Direito?[III] Essa teoria buscava a conformação da realidade social mediante a irradiação das normas constitucionais, cuja eficácia imediata vinculava igualmente os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

O próximo passo foi o surgimento de constituições – dirigentes, na expressão de Canotilho – que concretizaram esse novo paradigma, por meio de textos de cunho (a) emancipatório, pelo evidente desejo de tornar a realidade social mais igualitária; (b) analítico, por querer tratar de todos os campos da experiência social; e (c) programático, por eleger programas ditados pelo constituinte sobretudo ao Poder Legislativo, que passou a ter de conviver com o dirigismo constitucional[IV].

A transição de um sistema constitucional baseado em mandados de criminalização para um modelo fundamentado em mandados implícitos de criminalização foi concluída, na Alemanha, em decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Alemão, de 1975, a "*Schwangerschaftsabbruch I*", ocasião em que julgou inconstitucional o § 218a[2], introduzido ao Código Penal Alemão pela 5ª Lei de Reforma do Direito Penal de 1974, que instituía uma dirimente especial no aborto.

Até então, a tipificação do crime de aborto não comportava exceções e as causas excludentes da ilicitude eram consideradas segundo os princípios do estado de necessidade. A nova redação do § 218 até 220 prevista pela referida Lei de Reforma do Direito Penal de 1974 considerava como agente criminoso somente quem interrompeu a gravidez depois do 13º dia após a concepção (§ 218, I). Ademais,

> o aborto praticado por um médico com a concordância da grávida não seria punível segundo o § 218, desde que respeitado o limite

[2] BVerfGE 39, 1.

> de 12 semanas desde a concepção (§ 218a – Regra do prazo). Além disso, "o aborto perpetrado por médico com a anuência da grávida depois de transcorrido o prazo de doze semana não seria punido segundo o § 218, quando ele fosse indicado, segundo os reconhecimentos das ciências medicinais, para se evitar um perigo para a vida da grávida, ou porque houvesse sérias razões para crer que o filho, por causa de um disposição genética ou de influências danosas antes do nascimento, sofreria de uma deficiência insanável de seu estado de saúde, que fossem tão graves, de tal sorte que não se pudesse mais exigir da mulher o prosseguimento da gravidez, desde que após a concepção não tivessem passado mais do que 22 semanas (§ 218, n. 2 – indicação eugênica)"[V].

O Tribunal Constitucional alemão, ao analisar a compatibilidade com os direitos fundamentais da norma que fixava o período de 12 semanas a partir da gravidez em que seria lícito abortar, sustentou, pela primeira vez, a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização, sob o argumento de que, na hipótese de a proteção ordenada constitucionalmente não poder ser alcançada de outro modo, cabe ao legislador ordinário valer-se do direito penal, com o objetivo de proteger e garantir a vida em desenvolvimento.

Como se sabe, na tradição alemã, o caráter originário dos direitos fundamentais à vida e à incolumidade física – que surgiram, "sem precedentes na história constitucional alemã, sob o impactos das atrocidades nazistas"[VI] – decorria do "direito de resistência contra a intervenção estatal (*Abwehrrecht*)". Contudo, o Tribunal Constitucional Federal, desde a primeira decisão sobre o aborto (BVerfGE 39), vem desenvolvendo uma dogmática expandida a outros direitos fundamentais baseada no dever de tutela estatal (*staatliche Schutzpflicht*) em face de agressões provenientes de particulares, a partir da noção de dignidade humana, a constituir o dever estatal de tutela, *in verbis:*

> Não se trata, destarte, de um dever "absoluto" de penalizar, porém da obrigação "relativa" de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios.
>
> De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a

> obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas. Nisso, a situação jurídica na utilização de instrumentos do direito social [previdenciário] ou civil não é fundamentalmente diversa do que ocorre junto à promulgação de uma norma penal. As diferenças existem, quando muito, em relação à gravidade da intervenção necessária. [...][VII].

O Tribunal Constitucional Alemão, então, decidiu que "o Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva" (BVerfGE 39). Concluiu que "a proibição de insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente" (BVerfGE 39).

De fato, a Corte alemã aduziu que a imposição do comportamento esperado de proteção da vida intrauterina não pode se limitar a expectativas de voluntariedade. Deve ser, pelo contrário, consubstanciada em mandamentos jurídicos ("vinculantes e positivados com consequências jurídicas"), pois, embora a cominação de pena não seja a única sanção possível, ela pode engendrar, de maneira especialmente duradoura, a observância desses mandamentos legais[VIII].

Não obstante seja próprio das democracias representativas o papel central conferido ao legislador – que há de trabalhar com base na constituição –, é inevitável a tensão entre as decisões da maioria parlamentar e a atividade própria da Corte constitucional na sua função de garantir a supremacia da Constituição.

Exemplo dessa tensão pode ser observado na tarefa do legislador de tutelar os valores impressos na carta política (a preservação da ordem

econômica, a proteção da infância, do meio ambiente, etc.) a partir de sua dimensão de direitos de proteção, o que acaba por atribuir ao legislador a competência (entre outras) para criar tipos penais e impor sanções com uma expressiva margem de discricionariedade.

Todavia, a Constituição não oferece nenhuma resposta apriorística quanto à necessidade de tutela de um direito via a edição de normas penais; cabe ao Poder Legislativo estabelecer a necessidade de utilização do direito penal como última *ratio.*

O advento do Estado Social de Direito viabilizou a superação do conteúdo dos direitos fundamentais, antes restritos aos direitos próprios do Estado Liberal (direitos de defesa), ao gerar um novo tipo de vinculação, de caráter positivo, em que os direitos fundamentais impõem ao Estado um conjunto de "deveres de proteção".

Ao mesmo tempo, os direitos fundamentais deixam de ser, na dimensão positiva, meras normas programáticas e se convertem em direitos subjetivos a obter do Estado uma proteção efetiva, inclusive por meio da imposição ao legislador do dever de expedir leis penais. Portanto, os direitos fundamentais obrigam o legislador a determinados mandamentos e proibições (implícitos e explícitos), limites dentro dos quais é permitido ao legislador estabelecer a política criminal que considere adequada.

É conhecido o exemplo dado por Alexy[IX], segundo o qual os direitos fundamentais estabelecem o constitucionalmente necessário (os mandamentos) e o constitucionalmente impossível (as proibições), remetendo o legislador ao extenso terreno do constitucionalmente permitido. O "constitucionalmente impossível" decorre da dimensão negativa dos direitos fundamentais – consiste na proibição de que a lei penal intervenha em excesso nos direitos fundamentais do indivíduo –, enquanto o "constitucionalmente necessário" advém dos direitos de proteção, isto é, do dever de os bens mais preciosos do indivíduo serem protegidos pelo legislador de maneira eficaz contra as intervenções do estado e dos particulares. Por fim, o "constitucionalmente possível" se insere nos limites anteriormente traçados pelos mandamentos e pelas proibições – sem prefiguração no texto constitucional –, o que é próprio da política criminal punitiva de uma democracia.

A questão daí decorrente cinge-se à fixação de método a fim de aferir-se o que, do ponto de vista constitucional, é impossível, necessário ou meramente possível.

Com efeito, se os direitos fundamentais são *princípios*, portanto, mandamentos de otimização, então devem sofrer ponderação, o que possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade[X]. Vários caminhos foram desenvolvidos e, entre eles, dois refletem posições absolutamente antagônicas na doutrina: (a) o indicado por Robert Alexy, que se baseia em sentenças racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância, nos moldes do sistema inaugurado com a sentença Lüth, de 1958[XI], e (b) o indicado por Habermas, que afirma faltarem critérios racionais para a ponderação. Deve esta se realizar arbitrariamente, segundo modelos hierárquicos, pois, no exame de proporcionalidade em sentido estrito, somente a subjetividade do examinador se faz valer. Habermas alega, ainda, que, na ponderação de valores, o direito é retirado do âmbito do correto e do falso e transferido para um espaço definido pela conveniência e pela discricionariedade[XII].

Daí a construção do princípio da proporcionalidade – que a doutrina entende como inerente ao Estado de Direito[XIII] –, que, na sua origem alemã, apresenta dois significados: (a) a proibição do excesso (*Übermassverbot*) – cujos destinatários são tanto o Poder Legislativo, que deve estabelecer penas em abstrato proporcionais à gravidade do delito, quanto o Poder Judiciário, cujos membros devem impor ao autor do delito penas proporcionais à sua concreta gravidade – e (b) a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), expressão cunhada por Claus-Wilhelm Canaris para definir a proibição, emanada da Constituição, de que a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais concretizem os direitos fundamentais abaixo de um certo mínimo de proteção[XIV]. Tais critérios de investigação das omissões legislativas devem ser aplicados diante do risco de não se oferecer um máximo nível de asseguramento dos direitos de proteção. Isso porque, interpretados como princípios, os direitos de proteção exigem que o legislador tenha como ponto de partida a outorga de máximo resguardo; caso contrário, a falta de proteção ótima deve ser avaliada sob o critério de vedação à proteção deficiente.

Carlos Bernal Pulido salienta esse entendimento sob a ótica da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: "a Constituição impõe a proteção como resultado, mas não a sua conformação específica", isto é, inicialmente, fundamenta-se a existência do dever de proteção e, em seguida, verifica-se se o direito infraconstitucional satisfaz esse dever de proteção ou apresenta insuficiências, de modo a determinar-se a eficiência da atuação estatal[XV].

Por fim, vale salientar que a doutrina alemã entende que o direito processual não se limita à função instrumental do direito material, visto que encarna os princípios da verdade e da justiça, motivo pelo qual essa característica do processo penal deve ser considerada na atividade de ponderação dos valores constitucionais concretizados pelas normas em conflito. Além da aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal a partir da Constituição, em nome da "justiça processual", são motivos para a limitação dos direitos fundamentais no processo penal o interesse estatal na proteção de direitos fundamentais, o adequado desenvolvimento do processo e o funcionamento das instituições processuais[XVI].

3. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos, não obstante a ausência de previsão de mandados de criminalização expressos no texto convencional, reconheceu o dever dos Estados de investigar e denunciar criminalmente os autores de violações a determinados direitos fundamentais[3].

---

[3] Releva anotar, a propósito, que das 7 condenações sofridas pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em cinco delas a razão principal para formar o convencimento dos juízes daquele Tribunal foi a omissão ou atraso indevido do Estado brasileiro na apuração e punição dos autores de crimes de homicídio contra nacionais (ver, a respeito, os acórdãos proferidos pela Corte Interamericana nos casos Ximenes Lopes, Nogueira de Carvalho, Sétimo Garibaldi, Gomes Lundi, Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde e no mais recente, o Caso Nova Brasília - Cosme Rosa Genoveva e outros). Outras denúncias não chegaram a ser decididas pela CIDH, porque encontraram solução na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em um caso notório, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil* (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso 12.051, Relatório 54/01, 4 de abril de 2001) – no qual o Poder Judiciário,

Essa conclusão adveio da análise de dois dispositivos convencionais: o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece os deveres genéricos de garantia e respeito aos direitos humanos, e o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê o direito à proteção judicial e ao devido processo legal por parte de todos os indivíduos.

A CIDH, no *caso Velásquez Rodriguez*[4], sustentou que o dever de investigar, processar e punir criminalmente é fruto do disposto no art. 1.1 da Convenção, sob o argumento de que da obrigação de garantia do respeito aos direitos protegidos pela convenção decorre o dever de prevenir a ocorrência de novas violações. Como consequência, a CIDH reconheceu a existência de mandados implícitos de criminalização.

A Corte entendeu que "para que se puna criminalmente é necessário que o Estado tenha antes tipificado a conduta em tela"[XVII], nascendo, assim, "novas ordens de tipificação penal aos Estados"[XVIII].

---

passados dezessete anos das tentativas de homicídio da denunciante pelo seu marido, ainda não proferira sentença definitiva, com risco iminente de prescrição –, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, concluiu que, "a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil", recomendando, entre outras medidas, a implementação de medidas de capacitação dos funcionários judiciais e policiais especializados a fim de não tolerarem a violência doméstica; a simplificação dos procedimentos judiciais penais; bem como a multiplicação do número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher. Em outro caso, conhecido como o *Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão v. República Federativa do Brasil* (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Casos 12.426 e 12.427. Solução amistosa de 15 de março de 2006) – relativo a uma série de 28 homicídios praticados no Estado do Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos entre 1991 e 2003 –, o Brasil firmou acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que reconheceu a ineficiência da proteção penal, além de assumir uma série de compromissos em decorrência disso, entre eles, o dever de "apurar a responsabilização do réu confesso [então] preso, dentro do marco do devido processo legal e do respeito aos direitos humanos, [bem como] o compromisso de persistir em eventuais investigações e sanção de outros possíveis responsáveis".

[4] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez,* Sentença de 29/7/1988.

Esse posicionamento da Corte consolidou-se com o julgamento de diversos casos, entre eles o *caso Suarez Rosero*[5], no qual ela estabeleceu o dever do Estado equatoriano de investigar e punir as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos.

No *caso Villagrán Morales y otros*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos processou a Guatemala pela absolvição dos acusados dos homicídios de cinco meninos de rua guatemaltecos, o que demonstra grave violação ao dever de investigar e punir. Mesmo a Guatemala apresentando, em suas Exceções Preliminares, a objeção de coisa julgada *pro reo*, a CIDH, depois de indeferir o pedido preliminar, confirmou o princípio segundo o qual todo ato judicial é sujeito à apreciação internacional no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, *in verbis:*

> Esta Corte ha señalado con claridad que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdade[6].

Quanto ao art. 25 da Convenção, a CIDH decidiu que "o direito de acesso à justiça e o direito ao devido processo legal não cabe somente ao acusado, mas também à vítima das violações e seus acusados"[XIX].

A vítima torna-se detentora da legitimidade para exigir punição penal aos autores de violações de direitos humanos. No *caso Genie Lacayo* (conhecido como caso da comitiva de Ortega), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos acusou a Nicarágua de desídia na aplicação do direito penal contra os responsáveis pelo assassinato de Jean Paul Genie Lacayo, jovem que morreu metralhado pela escolta do General Humberto Ortega.

---

[5] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Suarez Rosero,* Sentença de 12/11/1997, parágrafo 107.

[6] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Villagrán Morales y Otros,* Sentença de Mérito de 19/11/1999, parágrafo 226.

A CIDH reconheceu a violação do direito ao devido processo legal (art. 8.1 da Convenção), revelando papel (inédito) da vítima no processo penal de exigir a punição dos autores das violações de direitos humanos.

André de Carvalho Ramos leciona no sentido de que a função dissuasória da sanção penal foi reconhecida por esses julgados da Corte Interamericana, ao salientar que

> esse dever de prevenção consiste, para a CIDH, no conjunto de todos os meios de natureza legal, política, administrativa e cultural que promova a proteção de DH e assegura que todas as violações sejam consideradas e tratadas como atos ilícitos, os quais, como tais, acarretam punição dos responsáveis e na obrigação de indenizar as vítimas[XX].

Nesses termos, como consequência lógica, "a tipificação penal é tida como essencial para que se realize o efeito dissuasório ou preventivo contra a conduta atacada"[XXI]. Para Ramos, "para que os DH sejam emancipatórios e universais é necessário que os autores das violações sejam punidos para que seus exemplos não se propaguem ou para que não repitam a conduta em futuras ocasiões"[XXII]. Assim, não se trata de vingança ou retribuição, pois

> a repressão das condutas criminais que lesionam os direitos humanos é corolário da sua própria proteção: daí a proibição de uma insuficiência do Direito Penal nessa seara. Somente assim, através da punição dos violadores dos direitos humanos é que se poderia garantir o tratamento isonômico, pois evita a punição setorizada (mormente os desfavorecidos) da população, e o respeito ao Estado de Direito[XXIII].

Daí porque também a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao interpretar o art. 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos – que prevê o direito a remédio judicial –, nele incluiu a obrigação do Estado de investigar e punir criminalmente.

No *caso X e Y contra Holanda*, em função de dispositivo da legislação criminal holandesa que limitava o direito de queixa penal exclusivamente à vítima (no caso, o crime foi contra a liberdade sexual),

como a vítima era incapaz, inviabilizava-se a persecução penal. A Corte afastou a alegação do governo de suficiência da ação cível, considerando-a um remédio inadequado como reparação, nestes termos:

> The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated[7].

A CEDH, então, condenou o Estado holandês, que, nos termos do antigo art. 50 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, reparou o dano ao modificar o seu Código Penal[8], para adicionar a possibilidade de os representantes legais de incapaz representarem penalmente contra o ofensor sexual da vítima.

Outros casos da Corte Europeia que poderiam ser mencionados em sentido próximo, ainda que não exatamente o mesmo tema, seriam os casos *Osman v. UK83*[9] e *Siliadin v. France*[10].

---

[7] CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *X & Y vs. Netherlands,* Sentença de 26/3/1985, Série A, n. 91, parágrafo 27.

[8] Rui Carlo Dissenha, em artigo intitulado "Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional", observa que Estado brasileiro adotou o mesmo caminho: "por conta de algumas obrigações internacionais assumidas, o legislador nacional efetivamente alterou o sistema penal e incluiu tipos específicos, estabeleceu modificações processuais, aumentou penas e criou dispositivos punitivos próprios atendendo aos tratados internacionais aos quais se vinculou – outra saída não teria, na verdade, sob pena de acabar mesmo sendo responsabilizado na esfera internacional pelo descumprimento de tratados. Exemplos são os casos da criminalização da tortura (com a edição da lei 9455/97 o Brasil atende especialmente às determinações da Convenção da Tortura), da discriminação racial e os "hate crimes" que lhe são conexos (vejam-se a Lei 7716/89 e as alterações ao Código Penal determinadas pelas leis 9459/97 e 10741/03), da violência contra a mulher (da Convenção de Belém do Pará decorreu o tratamento específico destinado à violência doméstica (Lei 10886/2004) e à violência doméstica contra a mulher (Lei n. 11.340/2006 – a famosa "Lei Maria da Penha"), e a já antiga criminalização do genocídio (criação da lei 2889/56, provocada pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948)".

[9] CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Osman v. The United Kingdom*. N. 87/1997/871/1083. Sentença de 28/10/1998.

[10] CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Siliadin v. France*. N. 87/1997/871/1083. Sentença de 26/7/2005.

Logo, segundo a Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma das inúmeras consequências da violação de direitos humanos é a necessidade de investigação e persecução penal.

Nessa mesma diretriz, Flávia Piovesan leciona que "em um Estado Democrático de Direito, a vítima de um crime tem o direito fundamental à proteção judicial, não podendo a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (como prevê o art. 5º, XXXV, da CF/1988)", visto que "ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário conjuga-se o dever do Estado de investigar, processar e punir aqueles que cometeram delitos"[XXIV].

4. TRATAMENTO DO TEMA PELO STF

No Brasil, o STF inaugurou essa discussão no julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376/MS (Tribunal Pleno, julgado em 9/2/2006), no âmbito do qual se questionava se a negativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento – para fins de incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais componentes dos "crimes contra os costumes", nos termos do art. 107, VII, do CP – violava o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que previa a obrigação do Estado brasileiro de proteger, de modo especial, a família. O acórdão, por maioria, ao negar provimento ao recurso extraordinário, afastou o reconhecimento da união estável, salientando que a hipótese de extinção de punibilidade já havia sido revogada pela Lei n. 11.106/2005. O Ministro Gilmar Mendes, então, ofereceu voto-vista em que sustentou a proibição da proteção deficiente em matéria penal dos direitos fundamentais. Pela primeira vez na história do STF, sustentou-se que:

> quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental[XXV].

Nesse mesmo sentido, a doutrina também de Gilmar Mendes, ainda na década de 1990, já havia tratado do tema, *in verbis*:

> 5. Direitos fundamentais e dever de proteção
>
> A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*SchutzpflichtdesStaats*).
>
> A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.
>
> A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.
>
> Essa interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "*adversário*" (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*GrundrechtsfreundoderGrundrechtsgarant*).
>
> É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica.
>
> Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.
>
> 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 do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*).
>
> Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:
>
> a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
>
> (b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;
>
> (c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.
>
> Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental[XXVI].

Mais recentemente, a doutrina traçou interessantes notas acerca da possibilidade de corte constitucionais revisarem os diagnósticos e as prognoses realizadas pelo Poder Legislativos:

> [...] a Corte Constitucional não estaria legitimada a proceder ao exame sobre a adequação de uma dada medida legislativa, porquanto ela não estaria em condições de verificar a existência de outro meio igualmente eficaz e, ainda que isso fosse possível, de confirmar se esse exame seria realizável por pane do legislador.
>
> [...] a Corte constitucional alemã recusou o argumento formal quanto à sua incompetência para proceder à aferição dos fatos legislativos, observando que a Constituição confiou-lhe a guarda dos direitos fundamentais em face do legislador e que, portanto, se da interpretação desses direitos decorre limitação para o legislador, deve o tribunal dispor de condições para exercer essa fiscalização[XXVII].

Na ADI 3.112/MS, o STF ressaltou que "devemos ter em mente os limites, sempre imprecisos, que demarcam a atividade legislativa e seu controle judicial, o que nos remete também às tensões entre controle de constitucionalidade e democracia, direitos humanos e soberania popular"[11].

Não obstante tais dificuldades, considerou "questão de importância capital para o exercício das atividades jurisdicionais das Cortes Constitucionais [a] possibilidade de exame de fatos legislativos ou prognoses legislativas aceitos ou adotados pelo legislador ao promulgar uma dada norma"[12], para, logo em seguida, concluir, com base em extensa digressão sobre a evolução da dogmática alemã, que os mandados constitucionais de criminalização delimitam a liberdade de configuração do legislador penal.

Após ressaltar que "a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo 'catálogo' de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia", o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, analisou o papel da reserva legal proporcional, a proibição de excesso como limite máximo e a proibição de proteção insuficiente como limite mínimo da intervenção legislativa penal, *in verbis:*

> [...]
>
> É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo "catálogo" de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.
>
> Ao lado dessa idéia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.
>
> Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida

[11] ADI n. 3.112, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 2/5/2007, DJe 26/10/2007, p. 28, RTJ, v. 206-02, p. 538.

[12] ADI n. 3.112, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 2/5/2007, DJe 26/10/2007, p. 28, RTJ, v. 206-02, p. 538.

pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discrição legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Ubermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. [...]

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A idéia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhaltnismassigenGesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (*Untermassverbot*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação

> quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.[13]

5. CONCLUSÃO

Os mandados constitucionais implícitos de criminalização, tal como desenvolvido no Tribunal constitucional alemão, na CIDH, na CEDH e no STF, partindo da noção de direito fundamental, estabelecem a necessidade de uma fundamentação de índole constitucional para a criação de normas penais incriminadoras, baseada nos bens jurídico-penais inscritos no texto constitucional, e, por consequência, a imposição dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais, cuja realização está ligada ao Princípio da Proibição de Proteção Deficiente[XXVIII].

Fica a pergunta se a teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização, com base na teoria dos direitos fundamentais, é compatível com a expressiva limitação da liberdade de conformação do legislador penal. Essa discussão se dá no âmbito da crise de modernização do Direito Penal[XXIX], entendida como a tendência, nas duas últimas décadas, de implementar alterações estruturais paradigmáticas, a ponto de comprometer a própria identidade liberal do direito penal do pós-guerra. Alguns autores defendem que esse cenário foi viabilizado pela alegada necessidade de expansão da atuação penal, em resposta a uma nova criminalidade, quantitativa e qualitativamente desafiadora.

Essa divergência foi bem demonstrada por Silva Sanches, ao questionar se o Direito Penal, sob o paradigma liberal, seria "insustentável,

---

[13] ADI n. 3.112, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 2/5/2007, DJe 26/10/2007, p. 28, RTJ, v. 206-02, p. 538.

por sua inadaptação ao atual estado de desenvolvimento sócio-econômico; insustentável, por seu idealismo ingênuo; insustentável, por seu arcaísmo, seu formalismo, sua lentidão, suas irritantes limitações práticas?"[XXX].

Para muitos, a incorporação da teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização produzirá – e, creio, tem produzido –, ao longo do tempo, mudanças ainda mais profundas na política criminal, viabilizando criminalizações pré-determinadas por uma Constituição penal dirigente e reduzindo o âmbito de liberdade legislativa. Silva Sánchez[XXXI], ao rechaçar a crítica de Schünemann às teses liberais radicais promovidas pela Escola de Frankfurt – baseada no argumento de que aquelas "seriam suspeitas agora que, pela primeira vez, o Direito Penal começa a afetar seriamente os poderosos" – argumenta que a preocupação garantista vem existindo no Direito Penal desde pelo menos há dois séculos.

E finaliza, lamentando ser "difícil impedir uma certa expansão do direito penal, dada a configuração e as aspirações das sociedades atuais", ao mesmo tempo em que os princípios político-criminais sofrem uma perda acelerada de rigor[XXXII].

[I] RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, set./out. 2006, p. 37.

[II] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37.

[III] CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, prefácio, p. XII.

[IV] CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 247.

[V] CINQÜENTA Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Org. Jürgen Schwabe, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 266-267.

[VI] CINQÜENTA Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Org. Jürgen Schwabe, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 265-266.

[VII] CINQÜENTA Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Org. Jürgen Schwabe, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 271.

[VIII] CINQÜENTA Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Org. Jürgen Schwabe, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 262-279.

[IX] ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. RDA, v. 217, jul/set 1999, pg. 55-66.

[X] ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. RDA, v. 217, jul/set 1999, pg. 55-66.

[XI] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

[XII] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: Entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[XIII] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 51.

[XIV] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 59-60.

[XV] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 807.

[XVI] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 243-245.

[XVII] RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, set./out. 2006, p. 20.

[XVIII] RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, set./out. 2006, p. 20.

[XIX] RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, p. 21, set./out. 2006.

[XX] RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, p. 21, set./out. 2006.

[XXI] RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, p. 21, set./out. 2006.

[XXII] RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 9-55, p. 23, set./out. 2006.

[XXIII] DISSENHA, Rui Carlo. *Por uma política criminal universal*: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese de Doutorado. USP. Orientador: Celso Lafer, defendida em 15/4/2013.

[XXIV] PIOVESAN, Flávia. Imunidade parlamentar: prerrogativa ou privilégio, *Folha de São Paulo*, p. A3, 4 de jul. de 2001 *apud* RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

[XXV] MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v.5: p. 43-68, 2014.

[XXVI] MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011/995>. Acesso em: 2/9/2017.

[XXVII] MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade e revisão dos fatos e prognoses legislativos, In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 669.

[XXVIII] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006, 2a tiragem., p. 101-28.

[XXIX] SILVA SANCHES, Jesús-María. Prólogo. In: BRAUM, Stefan. et al. *La insostenible situacion del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. XI.

[XXX] SILVA SANCHES, Jesús-María. Prólogo. In: BRAUM, Stefan. et al. *La insostenible situacion del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. XII.

[XXXI] SILVA SANCHES, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 149.

[XXXII] SILVA SANCHES, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 156.

O Acesso Judicial ao Mérito da Colaboração Premiada - Garantia Processual e Constitucional

Nefi Cordeiro
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O ACESSO JUDICIAL AO MÉRITO DA COLABORAÇÃO PREMIADA - GARANTIA PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL

Ministro Nefi Cordeiro[1]

Resumo: O presente artigo aborda, por revisão bibliográfica e jurisprudencial, os limites e o controle da colaboração premiada que, como negócio jurídico estatal, precisa vincular-se à lei e aos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública. É verificada a classificação da colaboração premiada como negócio jurídico, a possibilidade ou dever de controle jurisdicional e situações de legalidade limítrofe nessas negociações.

Palavras-chave: Colaboração premiada; negócio jurídico; controle judicial; negociações vedadas.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO. 3. ACESSO JUDICIAL. 4. NEGOCIAÇÕES LIMÍTROFES. 5. CONCLUSÕES.

1. INTRODUÇÃO

A colaboração premiada é objeto de aplausos de eficiência e crítica de abusos individuais. Como instrumento para facilitar a investigação e

---

[1] Doutor e Mestre em Direito pela UFPR, com concentração na área criminal. Professor Universitário – graduação e pós-graduação, *lato* e *stricto sensu*.

recuperação do produto do crime, tem permitido a revelação e condenação de estruturados grupos criminosos, especialmente danosos na atuação internacional ou ao Estado-administrador.

Como controle da ação estatal, a colaboração premiada precisa ter claramente definidos os limites da negociação, sua forma e fiscalização. O fim de perseguir o crime encontra limites na forma lícita do agir estatal.

A aplicação no Brasil da colaboração premiada evoluiu de simples benesse na dosimetria, fixada pelo julgador, à negociação ampla por órgãos persecutores estatais, regulada por lei, mas ainda com detalhamentos faltantes e preenchidos pela conformação jurisprudencial.

Existe norma regrante da colaboração, mas não se conhecem limites de como negociar, do que negociar, dos efeitos dessa negociação e de seu controle.

Como negócio jurídico, ainda que envolvendo o Estado persecutor em um dos polos, o acordo realizado precisa submeter-se às leis e à Constituição, e esse será o primeiro tópico examinado.

Atua o juiz como conferidor da legalidade, mas assim como já se viu no exame do mérito administrativo, não pode o Judiciário escusar-se de prestar justiça ante promessas constitucionais expressas, especialmente frente ao descumprimento de princípios constitucionais, e assim surge a intervenção judicial no negócio jurídico da colaboração premiada.

Passam as negociações assim a ser objeto de conferência de licitude, de razoabilidade, de moralidade e da impessoalidade... Acordos de colaboração têm criado penas, regimes, efeitos para fora do processo (e até da competência do órgão jurisdicional), para pessoas dentro e fora do processo, enfim, é preciso discutir até onde pode ir a negociação estatal e quem a controla. Poder sem controle é arbítrio!

Nessa temática vem o presente artigo a trazer preocupação inicial para o controle da colaboração premiada, que não poderá ter negado acesso à resposta judicial.

2. COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO

A colaboração premiada é favor de não persecução ou de pena a autor do crime que, além da confissão, revela e traz provas de outros

agentes e produtos do crime. Trata-se de medida de eficiência na persecução criminal que premia o resultado de colaboração:

> Incide a delação premiada como favor de resultado e não como favor de conduta, desimportando o arrependimento ou a regeneração do confitente, que terá admitido e dosado o favor legal pela regra da utilidade da delação" (CORDEIRO, 2010, pg. 21).

Quanto maior o resultado da colaboração, maiores os favores na redução da pena. Incentiva-se a colaboração do criminoso com redução da pena, como já há muito se fazia com a atenuação da pena na confissão espontânea do Código Penal.

Embora muito se tenha discutido sobre a ética estatal de premiar a traição, usando de favores para reduzir o dever de investigar, a criminalidade mais recente e estruturada tem no sigilo fundamento de atuação: a "omertà" napolitana é código de silêncio que hoje se estende generalizadamente ao crime por organizações criminosas.

Pela Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei n. 12.850/13) foi prevista negociação entre o Estado (por seus representantes persecutórios Ministério Público ou Delegado de Polícia) e o acusado defendido. Trata-se de medida em verdade já antes desenvolvida na prática judicial[2], como modo de estabelecer o negócio jurídico das promessas estatais frente à colaboração prometida pelo agente colaborador.

A Lei n. 12.850/13 previu o requerimento do Delegado de Polícia ou do Ministério Público para benefícios de pena (perdão, redução em até 2/3 ou substituição por penas restritivas de direitos), dando-se as negociações entre eles e o investigado com seu defensor, com posterior homologação judicial da legalidade ou adequação ao caso.[3]

---

[2] A discutível moralidade da recompensa à traição e a crítica ao exclusivo interesse de suprimento das deficiências estatais na persecução criminal não têm impedido a criação legislativa e jurisprudencial de favores ao colaborador que, tanto na mais antiga confissão espontânea como na inovada delação premiada, surgem como incentivos à prova de culpa ou à satisfação de interesses especialmente relevantes para a espécie delitiva. (CORDEIRO, 2010, pg. 21).

[3] Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha

Usa a lei apropriadamente das expressões acordo, negociação, pois trata-se de autolimitações ao direito penal subjetivo estatal e a direitos individuais de não autoincriminação, de defesa e ao devido processo legal acusatório. É efetivamente um negócio jurídico entre o Estado e o cidadão criminalmente perseguido.

Nesse sentido definiu o Supremo Tribunal Federal, classificando a colaboração premiada como negócio jurídico processual:

> 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.
>
> (HC 127.483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016)

Como negócio que envolve o Estado, dentro do processo de persecução criminal, surgem limitações iniciais.

Ao negócio jurídico incidem os requisitos da lei civil:

> Código Civil, art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

---

colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...]

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). [...]

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. [...]

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Os três requisitos da lei civil, plenamente aplicáveis a todo negócio jurídico, mesmo àquele promovido pelo Estado, trazem preocupação.

A capacidade do agente negociador é o requisito de menor preocupação, porque sua falta para o cidadão geraria a inimputabilidade penal e a decorrente falta do interesse de negociar a colaboração criminal.

Já o objeto lícito trará relevantes indagações sobre a possibilidade de negociar-se pena ou regimes não previstos em lei, de negociar-se não persecução criminal ampla e até frente a terceiros, de negociar-se inclusive o produto do crime...

A forma prescrita em lei é plenamente exigível, pela incidência na ação estatal do princípio da legalidade, cabendo discutir a mais ampla incidência em favor do cidadão, que tem na lei limites apenas de vedação. Muitos são os aspectos da colaboração premiada ainda sem regramento legal, com construção judicial histórica já verificada.

A formulação desse negócio jurídico é estratégia da defesa do réu, sempre acompanhado de seu advogado, sopesando as vantagens da assunção de culpa, dos riscos da delação, em contrapartida às vantagens de redução da pena.

Do lado estatal, a vantagem da negociação é confirmada pela experiência de vários países, com até muito maior grau de liberdade na negociação, como nos modelos da "plea bargain" americana[4], onde "a esmagadora maioria dos casos criminais, nos Estados Unidos, é resolvida através do plea bargaining"[5].

---

[4] 97% (noventa e sete por cento) dos casos federais são resolvidos por acordo, igual parâmetro sendo admitido como ocorrente nas cortes estaduais (Walsh, 2017).

[5] O Supremo Tribunal dos Estados Unidos afirmou recentemente que a justiça criminal Americana "é na maior parte um sistema de pleas e não um sistema de trials". Ao descrever tal realidade, o Tribunal sustentou que o plea bargaining "não é uma parte acessória do sistema de justiça criminal Americano; é o sistema de justiça criminal". (RAPOZA, 2012, p. 207)

Finalmente, há interesse social em uma justiça célere e eficaz, mas por acordo que seja coletivamente admitido como razoável à expectativa de critérios de justo.

É nessa barganha do direito-dever de punir, delegada ao Estado, que se tornam necessários cuidados de limites e controles.

3. ACESSO JUDICIAL

A Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/13) limita a ação judicial ao impedir sua participação nas negociações e ao estabelecer para a homologação a verificação da sua regularidade, legalidade e voluntariedade.

Correta foi a vedação à negociação pelo juiz, impedindo que atue na delimitação do caso penal e depois venha a julgá-lo, violando o modelo processual acusatório. Igual preocupação se terá, como adiante será exposto, quando o Ministério Público diretamente negociar a pena concreta – em qualquer dos casos, juiz que negocia ou acusador que define pena, ultrapassam-se os limites acusatórios, surgindo o poderoso (e perigoso) inquisidor, acusador e simultâneo julgador.

A limitação do exame judicial à legalidade, que em sentido maior abrange a regularidade e voluntariedade, para a homologação do acordo, igualmente deriva dessa exclusão do juiz das mesas de negociação da culpa penal.

Ocorre que a garantia de pleno acesso à jurisdição[6] exige solução judicial mesmo a danos causados pelo próprio Estado, ainda que através de seus representantes. Assim evoluíram doutrina e jurisprudência no país para admitir o controle do ato administrativo, inclusive sob o aspecto de razoabilidade e proporcionalidade:

> A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da

[6] Constituição Federal, art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

> atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle. E a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação do ato lesivo da moralidade administrativa, independentemente de considerações de estrita legalidade. (MEDAUAR, 2010, p. 410)

Também Juarez Freitas (2009) segue a compreensão de que inexiste discrição pura ou não-controlável principiologicamente pelo Judiciário, uma vez que o agente público é livre apenas para alcançar a tutela efetiva do direito fundamental à boa Administração Pública.

E a jurisprudência assim estabeleceu, não permitindo simples substituição do administrador pelo juiz na opção de critérios válidos, que atendam aos princípios constitucionais, mas exigindo a opção claramente preferencial, proporcional, que melhor atende aos comandos constitucionais principiológicos:

> [...] II - Ademais, é de se registrar que inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedente: MS n. 12.983/DF, 3ª Seção, da minha relatoria, DJ de 15/2/2008). (MS n. 12.636/DF, STJ - Terceira Seção, Relator(a) Min. Felix Fischer, Julgamento: 27.08.2008, DJe: 23.09.2008)[7]

---

[7] MÉRITO ADMINISTRATIVO - CONTROLE PELO JUDICIÁRIO - LEGALIDADE - SANÇÃO (DISCIPLINAR .... MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REAPRECIAÇÃO. LEGALIDADE. SANÇÃO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO. ASPECTO DISCRICIONÁRIO. INEXISTÊNCIA. COMISSÃO DISCIPLINAR. INTEGRANTE. SERVIDOR PÚBLICO NÃO ESTÁVEL. NULIDADE. I - Descabido o argumento de impossibilidade de reapreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário no caso em apreço, pois a questão posta diz respeito exclusivamente a vício de regularidade formal do procedimento disciplinar, qual seja, defeito na composição da comissão processante. II - Ademais, é de se registrar que inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedente: MS n. 12.983/DF, 3ª Seção, da minha relatoria, DJ de 15/2/2008). III - É

1. Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao Regime Jurídico Disciplinar de Servidor Público e mesmo a qualquer relação jurídica de Direito Sancionador, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedente.

2. Os danos materiais e morais derivados de uma punição injusta ou desproporcional ao ato infracional cometido são insuscetíveis de eliminação, por isso a imposição de sanção disciplinar está sujeita a garantias muito severas, entre as quais avulta de importância a observância da regra do *in dubio pro reo*, expressão jurídica do princípio da presunção de inocência, intimamente ligado ao princípio da legalidade.

(RMS 24.584/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 08/03/2010)[8]

---

nulo o processo administrativo disciplinar cuja comissão processante é integrada por servidor não estável (art. 149, *caput*, da Lei n. 8.112/90). Ordem concedida." (MS n. 12.636/DF, STJ - Terceira Seção, Relator(a) Min. Felix Fischer, Julgamento: 27.08.2008, DJe: 23.09.2008

[8] RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSORA ADJUNTA DO ENSINO FUNDAMENTAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA FALSO COM O OBJETIVO DE OBTER VANTAGENS FINANCEIRAS E FUNCIONAIS. DEMISSÃO. DOLO NÃO COMPROVADO. DESCONHECIMENTO DA FALSIDADE DO DOCUMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO, PORÉM.

1. Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao Regime Jurídico Disciplinar de Servidor Público e mesmo a qualquer relação jurídica de Direito Sancionador, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedente.

2. Os danos materiais e morais derivados de uma punição injusta ou desproporcional ao ato infracional cometido são insuscetíveis de eliminação, por isso a imposição de sanção disciplinar está sujeita a garantias muito severas, entre as quais avulta de importância a observância da regra do *in dubio pro reo*, expressão jurídica do princípio da presunção de inocência, intimamente ligado ao princípio da legalidade.

Claras violações a princípios constitucionais não permitem a exclusão da jurisdição a pretexto de livre escolha do administrador.

Se assim caminha nossa compreensão no exame do ato administrativo, mais fortemente ainda no contrato administrativo (por envolver diretamente interesses de terceiros), à negociação estatal criminal iguais limitações de controle devem incidir.

Não se pode imaginar fora do controle judicial a barganha acordada para impedir persecução penal por crimes futuros, para fixar a prisão perpétua, para permitir ao autor do crime o direito de não responder civilmente por seus danos...

No próximo item deste artigo vários aspectos terão discutida sua limitação na negociação criminal, mas desde logo necessário é que se fixe a possibilidade de controle.

Ideal seria o controle já interno, dentro da própria instituição ministerial, verificando não apenas critérios de legalidade, mas os princípios

---

3. Não basta a demonstração da ocorrência de conduta tipificada como ilícita para que se imponha automaticamente a punição administrativa abstrata ao seu autor; a sancionabilidade, na hipótese, pressupõe a consciência do agente e sua intenção em usar de ardil para enganar a Administração e obter vantagem indevida, de sorte que a culpa latu sensu do administrado infrator tem de ser discutida e provada no curso do procedimento de apuração do ilícito.
4. Neste caso, a alegação da Servidora indiciada de desconhecimento da falsidade do documento apresentado foi afastada unicamente com base em premissa vaga e genérica de que Servidor que exerce cargo de Professor do Ensino Fundamental não pode vir a ser ludibriado por estelionatários no que diz respeito a cursos profissionalizantes, por se tratar de pessoa suficientemente esclarecida na área. Por outro lado, a plausibilidade da defesa da impetrante, não foi sobejamente refutada, além de ter sido reforçada pelos depoimentos testemunhais colhidos durante a instrução probatória.
5. A Comissão Processante não logrou, portanto, demonstrar o dolo específico necessário à configuração do ilícito administrativo, pelo que, sem outros elementos, é desproporcional e desarrazoada a sanção de demissão, e, em decorrência disso, denota-se a ofensa ao princípio da proporcionalidade.
6. Recurso provido para anular a Portaria 135/06 - CONAE-2, da Assessora Técnica da Divisão de Recursos Humanos da Coordenadoria dos Núcleos de Ação Educativa da Secretaria de Educação do Município de São Paulo, de 20.04.2006, que demitiu a impetrante do cargo de Professora Adjunto do Ensino Fundamental I, promovendo-se sua imediata reintegração, com o pagamento dos vencimentos e cômputo de tempo para todos os efeitos legais.
(RMS 24.584/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 08/03/2010)

constitucionais incidentes, a impedir que o agente ministerial negocie para favorecer ou prejudicar colaboradores (violando a impessoalidade), ou concedendo favores muito maiores do que ocorrido em situações similares (violando a igualdade)...

Como se trata de hipótese de controle administrativo, ínsito ao à moral administrativa, dispensável é inclusive a exigência de lei prévia, podendo as instituições negociadoras estabelecer por normas internas órgãos de revisão dos acordos, para garantir sua legalidade, mas especialmente os critérios de negociação, como analogamente inclusive se dá no arquivamento da ação civil pública.[9]

Sem controle interno, grave é o potencial risco de erros nas negociações, prejudicando colaboradores ou a sociedade, por acordos que em verdade gerem criminalidade. Pior, é imaginar-se o erro proposital, mas sem controle.

Como qualquer ato administrativo, como qualquer negociação estatal, é do Judiciário a derradeira responsabilidade de definir sua regularidade ante a lei e a Constituição.

Finalmente, é de se observar que o acordo negociado gera direitos aos contratantes. Passa o Estado a poder validamente usar das provas obtidas, a realizar o confisco do produto do crime e derivações; passa o colaborador a confiar que terá a redução de pena ou favores outros prometidos. Assim, fora do caso de lide simulada, de negociação com

---

[9] Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública):
Art. 9º *Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.*
§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.
§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.
§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.
§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

conluio das partes para favorecimentos ilícitos e desproporcionais[10], deve ser respeitado pelo Estado o acordo formalizado.

Os princípios da confiança e da boa-fé impedem rever acordos eficientes e previamente homologados. Correto ou não o limite do acordo estatal, vindo o colaborador a cumprir suas promessas, passa a ter direito ao acordo avençado.

É na homologação, portanto, que deve ser realizado o controle judicial do respeito amplo à licitude, seja na observância de regramentos da lei em sentido estrito, seja no respeito aos comandos constitucionais. Ao verificar o acordo proposto, deverá o juiz examinar as promessas estatais, se realizadas em obediência às restrições de pena fixada por lei, se não invasivas da competência do juiz ou outros poderes, se razoáveis em quantia de redução às promessas do colaborador... Caberá ao juiz verificar se o acusado tem respeitadas as garantias constitucionais, se abre mão de direitos disponíveis, se é proporcionalmente beneficiado de modo igualitário a outros colaboradores em semelhante situação de barganha...

Homologado o acordo, não se verifica nessa barganha a possibilidade de anulação sem culpa do particular. É que diferentemente dos contratos administrativos em geral onde se pode regular o ressarcimento por danos que o desfazimento do contrato gere, quando sem culpa do particular, na colaboração premiada já possuirá o Estado todo complexo probatório e de produto do crime que prometera o acusado. Normalmente já cumprirá o colaborador até a instrução com a maioria de suas promessas, confiando na contraprestação avençada; negar o Estado, ao final, valor ao acordo, traz exclusivos prejuízos ao colaborador e viola a confiança na administração pública criminal.

É a homologação, pois, o momento de reduzir ou excluir avenças violadoras da ordem jurídica.

---

[10] O princípio da moralidade interdita a obtenção de vantagens não respaldadas pela boa-fé. Exclui a legitimidade de condutas fundadas em subterfúgios, no aproveitamento da ausência de conhecimento ou de condições de defesa do próximo.
O princípio da moralidade exige que a atividade administrativa seja desenvolvida de modo leal e que assegure a toda a comunidade a obtenção de vantagens justas. (Justen Filho, 2016, p. 65):

3. NEGOCIAÇÕES LIMÍTROFES

A incidência dos princípios constitucionais trará casuísticas limitações variadas. Não será admissível barganha que favoreça ou prejudique desarrazoadamente ao colaborador criminal, em violação da impessoalidade e da igualdade.

É controle pela proporcionalidade ao resultado de proveito da delação, mas também de isonomia, comparando os favores concedidos em outros casos de colaboração – nesse ou em outros processos.

Não se trata de régua exata, que impeça diferenciações casuísticas, mas estas precisarão ser expressamente indicadas. Se é especialmente relevante o dano social do crime, o proveito restituído, a proteção das vítimas, ou outro motivo idôneo de distinção, isto precisará constar de fundamento específico, para justificar a diferenciada concessão de favores além ou aquém dos já fixados em situações símiles.

A moralidade impede a colaboração premiada fora do padrão da administração, tanto na forma de negociação (por contatos em momento de pressão ou suspeitamente fora das dependências oficiais) ou favores não usuais. Também acordos que gerem sensação de impunidade, de desproporção[11], ferem a moralidade administrativa.

A publicidade, condição de democracia, exige que os integrantes da barganha e a própria sociedade tenham acesso ao negociado, para controlá-lo e criticá-lo.[12]

---

[11] Exemplo de questionável moralidade pela sensação social de impunidade narrada por Emília Malacarne e Juliana Malafaia em artigo intitulado A incômoda im(p)unidade dos irmãos Joesley e Wesley Batista:
"*Apesar de cada vez mais comum, a reação social após a divulgação do acordo de colaboração dos irmãos Batista destoou dos demais casos verificados até o momento. Após o alvoroço causado pelas informações veiculadas pela imprensa durante as últimas duas semanas, passou-se a levantar questionamentos quanto às sanções impostas aos irmãos Batista, ou melhor, quanto às sanções não impostas. Restou indigesto aos brasileiros que participantes confessos de esquema criminoso que teria gerado prejuízo bilionário aos cofres públicos estejam, hoje, assistindo ao caos do sistema político e econômico do país no conforto de seus luxuosos apartamentos nova-iorquinos*."

[12] Consagra nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que todos

Na colaboração premiada, é de se reconhecer como mais sensível à publicidade a promessa de prova da culpa de terceiros, pela indicação de crimes que podem vir a não ser provados. Ademais, como de negócio se trata, os negociadores é que estariam diretamente interessados nesse acordo, inacessível à sociedade e mesmo aos delatados, como resolveu o Supremo Tribunal Federal[13].

Não há como negar, porém, o interesse de delatados controlarem a proporcionalidade dos favores ofertados. Para além da validade do acordo desproporcional, passam os delatados a poder questionar o interesse do delator ante especiais ou anormais favores prometidos.

Impedir o controle do acordo de delação é impedir a transparência da negociação do direito subsidiário estatal na persecução criminal. O Estado age como delegatário da vingança punitiva social, mas inaceitavelmente a afasta do controle de sua ação.

A ponderação do quanto ceder, prometer, é proporcionalmente controlada, no sopesar daquilo que é preciso, como forma de melhor manter a ordem jurídica e de solver o justo do caso concreto:

> Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (Alexy, 2003, p. 117)

De outro lado, é a legalidade parâmetro primário da administração

---

interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. (Mello, 2013, p. 117)

[13] 6. *Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no "relato da colaboração e seus possíveis resultados" (art. 6º, I, da Lei n. 12.850/13).*
(HC 127.483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016)

pública, ainda mais relevante na persecução criminal. Não se pode pensar em Estado de direito com persecução criminal ilimitada, sem respeito aos direitos como cidadão e como processado. Daí porque desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão seu artigo 8º previu: "Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente publicada".

Pode o agente estatal negociador acordar com o acusado redução máxima ou de menor quantidade da pena, mas esse montante de redução deverá dar-se de acordo com os critérios legais[14] e princípios constitucionais aplicáveis a toda ação administrativa.

A criação de favores não previstos em lei traz preocupação. É que mesmo reduzindo-se o *quantum* ou a forma de cumprimento em favor do acusado, continua a existir pena, que se rege pelo princípio da legalidade[15].

Pelo princípio da legalidade da pena, não poderá o Estado impor resposta penal diversa daquela cominada. Não se podem impor penas inventadas, penas melhoradas, mesmo sob a justificativa de favorecimento ao condenado.

---

[14] *Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:*
I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.
§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.
§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

[15] CF, art. 5º, XXXIX - *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*;

Não obstante, os acordos de colaboração premiada têm sido pródigos na criação de respostas penais amplas e favores não imaginados pelo legislador. São favores processuais de suspensão do processo, liberdade provisória, dispensa de fiança ou de obrigações de depor ou de realizar determinadas provas pessoais, previsão de invalidade do acordo por sua publicização... São favores penais igualmente amplos, com redução ou limitação de penas, estipulação de regimes prisionais mais benéficos, fixação de modalidades alternativas de respostas criminais, exclusão do perdimento de bens, exclusão de recursos ou da coisa julgada... São favores até mesmo para fora dos limites da lide penal, com promessa de imunidade por crimes do processo ou de outros feitos (e juízos!), do delator e de parentes (!), de reparação dos danos do crime, de assistência às vítimas, regularização fiscal ou ambiental, assim como a mantença de parcela do produto do crime...

Assim é que Canotilho e Brandão (2011, p. 24) vieram a considerar proibida a negociação de favores não previstos em lei:

> Pelo que já se adiantou, bem se compreende que o primado do *princípio da legalidade* deva aqui valer em coda a sua plenitude. Desde logo, deve valer no plano material, com o seu sentido próprio de que "só a lei é competente para definir crimes (...) e respectivas penas". Possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa nesse sentido. Dito de outro modo: é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal.
>
> [...] Na verdade, o princípio da separação de poderes, que se procura garantir e efectivar através da prerrogativa de reserva de lei formal insira no princípio da legalidade penal, seria frontal e irremissivelmente abatido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação de sanções não previstas legalmente ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu a uma punição.

Realmente é a lei suporte necessário para a persecução criminal e para a imposição de penas. Mesmo em situações de limitações provisórias,

como nas cautelares penais (que vigem apenas durante o processo ou parte dele), se tem exigido o limite da legalidade[16]. Assim, natural é o raciocínio de que se já para restrições provisórias é exigida a autorização de lei, com maior razão se há de limitar a pena estatal a igual limite, mesmo quando favoreçam ao processado.

Por outro prisma, contudo, é possível sustentar que cumpre a legalidade função limitadora do agir estatal em favor do cidadão, não podendo por decorrência servir para prejudicá-lo. Seria pretender obrigar ao exercício de um direito, e direitos jamais podem ser forçados em prejuízo de seu titular.

Assim, se pode o juiz fixar até o perdão judicial, favor menor, ainda que além dos favores previstos em lei (redução de 2/3 da pena), poderia ser estabelecido. É do condenado o direito a não ter pena sem previsão em lei, mas se a ampliação criadora do favor se dá justamente em seu favor, não é de seu interesse o cumprimento desse direito.

Outro aspecto a examinar, é a fixação concreta da pena pelos acordos, saindo do juiz a estipulação do *quantum* de pena para o agente estatal (em regra o integrante do ministério público) que a negocia. O tema tem trazido debates, pois diversas colaborações têm sido homologadas com a definição certa da pena – inclusive regimes de cumprimento e progressão de regime –, mas recentemente o Ministro Lewandowski isso não admitiu:

> No entanto, como é de conhecimento geral, o Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado.
>
> [...] O mesmo se diga em relação ao regime de cumprimento da pena, o qual deve ser estabelecido pelo magistrado competente,

[16] Mesmo as cautelares penais têm recebido o limite da legalidade, como recomendam as Regras de Tóquio, da Organização das Nações Unidas:
3.1 A adoção, a definição e a aplicação de medidas não privativas de liberdade devem ser prescritas por lei.

> nos termos do disposto no art. 33 e seguintes do Código Penal, como também no art. 387 do Código de Processo Penal, os quais configuram normas de caráter cogente, que não admitem estipulação em contrário por obra da vontade das partes do acordo de colaboração.
>
> [...] Ora, validar tal aspecto do acordo, corresponderia a permitir ao Ministério Público atuar como legislador. Em outras palavras, seria permitir que o órgão acusador pudesse estabelecer, antecipadamente, ao acusado, sanções criminais não previstas em nosso ordenamento jurídico, ademais de caráter híbrido.

Efetivamente, a colaboração premiada é favor judicial, pois como pena somente poderá advir de manifestação do Judiciário. Daí porque caberá ao juiz concretizar a pena, individualizando a pena pelos critérios e limites definidos no Código Penal e na Lei n. 12.850/13.

Nesse sentido caminha Figueiredo Dias (2011, p. 51):

> um acordo sobre a medida concreta da pena não pode ser considerado admissível, pois que tal significaria uma violação do princípio da culpa e aproximaria de novo o acordo da troca, negócio ou barganha. Ao tribunal, e só a ele, pertence ponderar todas as circunstâncias do caso que relevam para a culpa e a prevenção e, em função delas, encontrar o exacto quantum de pena.

E, mais recentemente, CANOTILHO e BRANDÃO (2016, p. 32) se posicionaram pela não admissão da fixação de pena certa no acordo negociado:

> O início de uma pena criminal, ainda para mais por simples e directa determinação do Ministério Público, sem que haja uma sentença judicial que a decrete configura uma autêntica aplicação de pena *sine judictio* e *sine judex*. Nada que, obviamente, se possa aceitar num Estado de direito. A jusestadualidade que deve caracterizar a República Federativa do Brasil e comandar a acção de todos os seus órgãos não consente que um réu sofra a execução de uma pena criminal sem um prévio e devido processo penal (art. 5º, LIV, da Constituição Brasileira). Tal como não consente, por mor da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais em matéria de aplicação

> e execução de penas criminais, que uma decisão dessa natureza seja tomada por um órgão externo ao poder judicial, como é o Ministério Público (art. 5º, XXXV e LIII, da Constituição Brasileira).

A possibilidade do Ministério Público negociar a pena concreta, até mesmo com execução imediata, restaura o modelo inquisitório de processo, com concentração de todos poderes no órgão acusador – também investigador, julgador e executor da pena.

Poderá e deverá o juiz, pois, permitir acordos com parâmetros de redução da pena (por frações ou limites mínimos e máximos) e até mesmo a proposta de perdão judicial, mas jamais a concretização de pena certa. É do juiz, na sentença criminal, o dever de individualizar a pena, examinando a utilidade da colaboração, para a proporcional redução da pena.

Pior, e menos aceitável ainda, é a execução *ministerial* da pena negociada. A pena fixada pelo acordo seria então executada sem sequer processo existir (ou ao menos ser concluído), com riscos de revisão judicial e até mesmo de absolvição ou extinção da punibilidade. Como restabelecer a pena cumprida antecipada e então indevidamente?

De outro lado, na previsão da Lei n. 12.850/13 de que "o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia"[17], tem-se clara hipótese de favor ministerial. Não podendo o magistrado obrigar ao Ministério Público a ofertar a denúncia, mesmo considerando dar-se favor fora dos limites legais ou da proporcionalidade, não terá como alterar o ato ministerial.

Assim, embora o favor de pena seja prerrogativa da jurisdição – mesmo que negociado sem a participação judicial em sua dosagem –, há favor ministerial na não oferta de denúncia. O juiz individualiza a pena concreta, o ministério público decide se há fundamentos par promover a ação penal.

---

[17] Art. 4º, § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:
I - não for o líder da organização criminosa;
II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

O descumprimento e retratação do acordo não alteram as competências: continua o Ministério Público com a prerrogativa de negociar novos acordos ou mesmo não oferecer denúncia, e continua o Judiciário com a competência de concretizar a pena.

No limite da lei, ainda é de se ponderar a validade de acordos que permitem ao acusado permanecer com propriedade onde há indícios de serem provenientes de produto do crime. Embora até possível argumentar que evitam-se com tal medida gastos estatais na proteção de colaboradores[18], não há como compreender objeto possível (requisito de validade do negócio jurídico) a coisa obtida com crime.

Tampouco pode ser admitido como legal o acordo que traz efeitos fora do processo (extinguindo ações por outros crimes, ou de outra jurisdição), frente a terceiros (parentes do colaborador, por vezes sequer indiciados) ou para o futuro (crimes ainda não apurados). O acordo negocia a pena pelo crime do processo; outros crimes sendo descobertos terão pelos negociadores e pelo juiz exame de prejudicialidade casuística ou não.

A amplitude da negociação pelo Estado permite melhores resultados, mas não pode ser atingida com violação a comandos fundamentais da Constituição, especialmente frente à legalidade (que limita a força estatal justamente evitando abusos), ainda que com bem-intencionada busca da eficiência.

5. CONCLUSÃO

A colaboração premiada é muito eficiente instrumento de investigação e de reunião do produto do crime[19]. Nenhuma ação estatal, porém, pode dar-se sem limites ou controle.

A Lei do Crime Organizado trouxe relevantes delimitações à colaboração premiada, estabelecendo o direito de defesa técnica, a

---

[18] Lei n. 9.807/99, de proteção a testemunhas.

[19] Somente na conhecida operação Lava Jato com relatos de quase duzentas condenações e recuperação de R$ 12 bilhões para os cofres públicos.

negociação por representantes do Estado-persecutor, a separação acusatória do julgador e a voluntariedade da negociação.

Maiores delimitações ainda precisarão ser especificadas. Se já por construção sistêmica é possível compreender fora da negociação crimes e partes não constantes do processo, favores não previstos em lei e distanciamento técnico do agente estatal negociador, melhor é que esses aspectos venham futuramente a se tornar regras legisladas.

Se toda ação estatal exige controle, devem os órgãos negociadores caminhar para a definição de uma revisão interna, por agentes distintos do negociador, evitando erros e disparidades.

Se todo dano exige resposta judicial, mesmo o dano gerado por negociações abusivas, com prejuízo ao colaborador ou ao direito social à punição por crimes, deve permitir a revisão jurisdicional.

Assim, é que deve a colaboração premiada caminhar para procedimentos e favores com amplitude previamente definida, por critério objetiváveis e com um controle posterior – interno e externo.

Ao judiciário, o enfrentamento do mérito da negociação deve dar-se na homologação do acordo, impedindo a criação de respostas penais não previstas em lei, a violação a direitos fundamentais dos cidadãos e impedindo a desproporcional impunidade.

Todo poder exige limitação e controle.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS E A REDEFINIÇÃO DO DEVER DE PROPORCIONALIDADE**. Revista de Direito Administrativo 215: 151-179. Rio de Janeiro, 1999.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 07 de janeiro de 1940. **Código Penal.** Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 7347/85 - **Lei da Ação Civil Pública**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm >. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 9807/99 - **Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 28 jul. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes e BRANDÃO, Nuno. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Secção de doutrina: Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. Coimbra, Set-Out 2016.

CORDEIRO, NEFI. Delação premiada na legislação brasileira. Revista da AJURIS. ANO XXXVII - n. 117 – Março 2010 – Pg. 273-296. Trimestral - Porto Alegre.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO de 1789.

FERNANDES, Antonio Scarance e ESSADO, Tiago Cintra. **Corrupção: Aspectos Processuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 89/2011, Mar-Abr/2011.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. ref. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. O "Fim" do Estado de Direito ou um Novo "Princípio"? Editor Ordem dos Advogados Portugueses. Porto, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2016.

MALACARNE, Emília e MALAFAIA, Juliana. **A incômoda im(p) unidade dos irmãos Joesley e Wesley Batista.** Site: https://www.conjur.

com.br/2017-jun-01/opiniao-incomoda-impunidade-irmaos-batista. Acesso em 13/08/2018.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14. ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução n. 45/110 - Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio).

RAPOZA, Philip. A EXPERIÊNCIA AMERICANA DO PLEA BARGAINING: A EXCEPÇÃO TRANSFORMADA EM REGRA. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf >. Acesso em 06 fev. 2019.

SILVA, Vírgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 798, 2002.

TRANSPARENCY. Corruption perceptions index 2017. Disponível em:<*https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017?gclid=EAIaIQobChMIyIrG1dHJ3AIVWoGzCh1TXANZEAAYASAAEgL PxvD_BwE*>. Acesso em 31 jul. 2018.

Walsh, Dylan. Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017?gclid=EAIaIQobChMIyIrG1dHJ3AIVWoGzCh1TXANZEAAYASAAEgL PxvD_BwE>. Acesso em 11 fev. 2019.

Os 30 Anos do STJ e a Importância do Recurso Especial Repetitivo na Efetivação da Principal Missão da Corte: Uniformizar a Interpretação da Lei Federal

Gurgel de Faria
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

OS 30 ANOS DO STJ E A IMPORTÂNCIA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO NA EFETIVAÇÃO DA PRINCIPAL MISSÃO DA CORTE: UNIFORMIZAR A INTERPRETAÇÃO DA LEI FEDERAL

Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria[1]

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: CRIAÇÃO E INSTALAÇÃO. 3. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. 4. PRECEDENTES *vs.* JURISPRUDÊNCIA. 5. PRECEDENTES E FUNDAMENTAÇÃO. 6. PRECEDENTES: VINCULAÇÃO OU PERSUASÃO? 7. CONCLUSÃO. 8. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

Uma efeméride está prestes a ocorrer no ano de 2019: a celebração do trigésimo aniversário de instalação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o nosso Tribunal da Cidadania. Uma página oficial na rede mundial de computadores já foi criada[2] e, no decorrer do ano, solenidades, seminários, reportagens, julgamentos e sessões deverão acontecer enaltecendo o jubileu de pérola.

---

[1] Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Tributário na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), atualmente em colaboração com a Universidade de Brasília (UnB). Foi Professor Visitante dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE. Membro da Academia Norte-rio-grandense de Letras (ANLR), da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte (ALEJURN) e do Instituto Potiguar de Direito Tributário (IPDT). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

[2] Disponível em: https://30anos.stj.jus.br Acesso em: 30/01/2019.

Durante esse período, foram milhões de julgamentos, muitos deles envolvendo causas sensíveis para a população, a exemplo das demandas que tratam, no âmbito do Direito Público, de direito à saúde, benefícios previdenciários, servidores púbicos, responsabilidade civil do estado, improbidade administrativa, tributos; no seio do Direito Privado, de questões de família, sucessões, propriedade, responsabilidade civil, falências e recuperação de empresas, comércio em geral, entre outras; no universo do Direito Penal, de litígios que abordam crimes contra a vida, a liberdade individual, o patrimônio, a liberdade sexual, a administração pública, o Sistema Financeiro Nacional.

No primeiro ano de existência do Sodalício, foram julgados apenas 3.711 processos[3], enquanto no ano de 2018 se alcançou o incrível número de 412.455[4]. Objetivando reduzir o quantitativo de processos de seu acervo e agilizar as decisões, uma ideia gestada há algum tempo terminou se concretizando: o recurso especial repetitivo. De minha parte, como cultor do direito e membro[5], com muito orgulho, da aludida Corte, foi pensado prestar a ela uma singela homenagem por meio deste modesto estudo.

Nele, pretende-se abordar a criação do Tribunal pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e a consequente instalação dele meses depois,

---

[3] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *A Criação e a Trajetória de 25 anos do Superior Tribunal de Justiça,* p. 71. Disponível em: file:///D:/Users/Luiz%20Alberto%20Gurgel/Downloads/3485-13174-1-PB%20(1).pdf Acesso em: 31/01/2019.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório Estatístico 2018*, p. 19. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=327 Acesso em 31/01/2019.

[5] A composição atual do STJ é formada pelos seguintes Ministros: João Otávio de Noronha (Presidente), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Vice-Presidente e Corregedora-Geral da Justiça Federal), Felix Fischer (Decano), Francisco Cândido de Melo Falcão Neto, Fátima Nancy Andrighi, Laurita Hilário Vaz, Humberto Eustáquio Soares Martins (Corregedor Nacional de Justiça), Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Luiz Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo Filho, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Sebastião Alves dos Reis Júnior, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Assusete Dumont Reis Magalhães, Sérgio Luíz Kukina, Paulo Dias de Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Rogerio Schietti Machado Cruz, Nefi Cordeiro, Luiz Alberto Gurgel de Faria (este autor), Reynaldo Soares da Fonseca, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik.

fazendo o resgate histórico dos magistrados fundadores, como também expondo a sua competência. Em tópico seguinte, cuida-se do recurso especial repetitivo, desde a lei primeira que o instituiu até a disciplina atual, esclarecendo o seu procedimento, julgados relevantes e a sua identificação como instrumento para formar precedentes. Após, a distinção entre estes e a jurisprudência é revelada, assim como a relevância da fundamentação dos acórdãos e os efeitos da decisão de um recurso especial repetitivo.

2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: CRIAÇÃO E INSTALAÇÃO

O STJ foi criado pela Constituição Federal de 1988, tendo sido instalado sob a presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do art. 27, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o que ocorreu no dia 7 de abril de 1989. A ata da sessão realizada naquela data[6], no Pretório Excelso, registra a extinção definitiva do egrégio Tribunal Federal de Recursos (TFR), após quarenta e um anos de bons serviços prestados à Justiça brasileira.

No lugar do TFR, nascia uma nova Corte, integrada em sua composição inicial pelos eminentes Ministros do tribunal extinto[7], de acordo com a previsão constitucional (art. 27, § 2º, I, do ADCT), tendo havido a posse, em 18 de maio de 1989, de mais sete magistrados[8] para completar o número mínimo previsto na Constituição Federal – trinta e

---

[6] Ata disponível em: file:///D:/Users/Luiz%20Alberto%20Gurgel/Downloads/2774-10042-1-PB.pdf Acesso em: 28/01/2019.

[7] A já referida ata de instalação revela os Ministros fundadores: Evandro Gueiros Leite (Presidente), Armando Leite Rollemberg, José Fernandes Dantas, Washington Bolívar de Brito, Antônio Torreão Braz, Carlos Mário da Silva Velloso, William Andrade Patterson, Romildo Bueno de Souza, Miguel Jerônymo Ferrante, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro da Rocha Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Geraldo Barreto Sobral, Carlos Augusto Thibau Guimarães, Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, Nilson Vital Naves, Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira, Ilmar Nascimento Galvão, Francisco Dias Trindade, José de Jesus Filho, Francisco de Assis Toledo, Edson Carvalho Vidigal e Jacy Garcia Vieira.

[8] Os Ministros nomeados e empossados já para o STJ foram Athos Gusmão Carneiro, Luiz Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Francisco Cláudio de Almeida Santos, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Raphael de Barros Monteiro Filho, conforme documento disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/Surge-o-STJ/Surge-o-STJ Acesso em: 28/01/2019.

três, nos termos do seu art. 104, *caput*, como também do art. 27, § 2º, II, do ADCT.

Embora cediço, é interessante relembrar que o Tribunal da Cidadania não herdou a competência do TFR, pois esta ficou a cargo dos Tribunais Regionais Federais, conforme previsto nos arts. 108 da CF/1988 e 27, §§ 6º e 7º, do ADCT. O STJ tem sua competência estabelecida no art. 105, CF/1988, sendo fácil a constatação, da simples leitura dos textos, de que o novo regime constitucional lhe atribuiu parcela significativa da que se reservava ao Supremo Tribunal Federal no âmbito infraconstitucional.

O mencionado art. 105 da Lei Ápice em vigor também prevê, em seus incisos I e II, competências originária e ordinária, mas não há dúvida de que a principal missão a ser cumprida pelo STJ se encontra no inciso III[9] – a uniformização da interpretação da lei federal –, o que antes era feito pela Suprema Corte por meio de recurso extraordinário (art. 119, III, "a", "c" e "d", da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969[10]). Para cumprir tal desiderato, o constituinte criou o recurso especial.

Durante quase duas décadas, milhares de recursos especiais foram chegando ao Superior Tribunal de Justiça, muitos tratando da mesma matéria, de modo que se observou a necessidade de criar um mecanismo capaz de racionalizar e agilizar a prestação jurisdicional. Com tal objetivo, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei n. 1.213-A, de 2007[11],

---

[9] "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."

[10] "Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: *a)* contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; [...] *c)* julgar válida lei ou ato do govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou *d)* der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. *Parágrafo único.* As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, dêste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário."

[11] BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 1.213-A, de 2007.* Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=513550&filename=Avulso+-PL+1213/2007 Acesso em: 28/01/2019.

Câmara dos Deputados, baseado em sugestão de antigo membro do STJ, Ministro Athos Gusmão Carneiro.

Para se ter uma ideia da avalanche de feitos que aportavam na Corte àquela época, na justificativa do projeto registrou-se que somente no ano de 2005 foram remetidos mais de 210.000 processos ao STJ, sendo que, em 2006, o número subiu para 251.020, demonstrando-se preocupante tendência de crescimento. Em 8 de maio de 2008, cerca de um ano após o início dos trâmites regulares, foi aprovada a Lei n. 11.672, que instituiu o recurso especial repetitivo, a ser mais bem analisado no tópico seguinte.

3. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

Conforme anteriormente referido, o recurso especial repetitivo foi sistematizado pela Lei n. 11.672/2008, que acresceu o art. 543-C ao então vigente Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) – Lei n. 5.869, de 11/01/1973. Já no *caput* do dispositivo se estabelecia a regra para a adoção da nova sistemática de julgamento: multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

Em sete parágrafos, hoje revogados pelo art. 1.046, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) – Lei n. 13.105, de 16/03/2015 –, era estabelecido o procedimento a ser adotado. O primeiro recurso repetitivo foi julgado em 10 de setembro de 2008, cerca de um mês após o início da vigência da Lei n. 11.672/2008. Na ocasião, a Segunda Seção do STJ definiu a tese de que "falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido"[12] (Tema 42). O relator do precedente, Ministro Aldir Passarinho Junior, decidiu submeter a controvérsia à sistemática dos repetitivos após verificar a multiplicidade de recursos interpostos por acionistas da Brasil Telecom que pediam documentos societários para futuro ajuizamento de ação.

---

[12] Conforme documento disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Lei-dos-Repetitivos-completa-dez-anos-com-quase-800-ac%C3%B3rd%C3%A3os-de-demandas-de-massa Acesso em: 29/01/2019.

O novo Código de Ritos, em seus arts. 1.036 a 1.041, cuida "Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos", oferecendo um melhor detalhamento acerca das normas a serem observadas, mas mantendo a ideia central para a sua adoção – multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito (art. 1.036, *caput*).

A atual disciplina, que igualmente abrange os recursos extraordinários repetitivos, pode, em brevíssimas linhas, ser assim resumida:

1) ao invés de apenas um, passou a ser necessária a seleção mínima, pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, de dois recursos representativos da controvérsia, de maneira a ampliar os fundamentos a serem analisados acerca da questão, ficando suspensos todos os demais processos pendentes no âmbito da jurisdição daquela Corte (art. 1.036, § 1º);

2) possibilidade de o interessado requerer a exclusão do seu caso da decisão de sobrestamento quando o recurso for intempestivo, devendo ser ouvido o recorrente (art. 1.036, § 2º), sendo semelhante a regra em caso de distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial repetitivo, pois a parte poderá postular o prosseguimento do seu processo, igualmente ouvido o *ex adverso*, cabendo recurso, em ambas as situações, na hipótese de não acolhimento do pedido (art. 1.036, § 3º, e art. 1.037, §§ 9º a 13);

3) a escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia (art. 1.036, § 4º);

4) independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem, o relator em tribunal superior também poderá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito (art. 1.036, § 5º), somente podendo ser escolhidos recursos admissíveis, que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, § 6º);

5) selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença da multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, proferirá decisão

de afetação[13], que identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento, determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, podendo requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia (art. 1.037, *caput* e incisos I a III);

6) se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão prevista no art. 1.036, § 1º (art. 1.037, § 1º);

7) havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a respectiva decisão de afetação (art. 1.037, § 3º);

8) os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de um ano[14]

---

[13] O Superior Tribunal de Justiça, no seu Regimento Interno (arts. 256 a 256-M), disciplina a afetação do recurso especial repetitivo, sendo importante registrar que, nos casos que já venham selecionados pelo tribunal de origem, o relator dispõe de sessenta dias úteis, a contar da conclusão do processo, para rejeitar a indicação dos recursos como representativos da controvérsia ou propor ao órgão competente a afetação, sob pena de rejeição tácita da indicação (art. 256-G, combinado com o art. 256-E), sendo certo que a decisão de afetação, antes monocrática, passou a ser colegiada (art. 256-I). Interessante anotar também que a afetação passou a ser deliberada não mais em sessões com a presença física dos magistrados, mas por meio da via eletrônica (arts. 257 a 257-E), o que se denominou "plenário virtual".

[14] Na redação original do CPC/2015, o § 5º do referido dispositivo previa uma "sanção" para o descumprimento do prazo: a cessação automática da afetação e da suspensão dos processos, que retomariam o seu curso normal, o que foi revogado pela Lei n. 13.256, de 04/02/2016. Todos sabemos que norma sem penalidade não funciona... Como resultado, alguns repetitivos passam anos para serem julgados, muitas vezes com milhares de processos suspensos aguardando a definição. A título de exemplo e isentando, de logo, o relator por qualquer atraso, ocorrido em face de diversos e sucessivos pedidos de vista, o REsp 1.340.553/RS (1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques), que versava acerca da relevante questão da forma de contagem do prazo de prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, teve a decisão de afetação publicada em 31/08/2012, restando o julgamento do recurso especial repetitivo ultimado em 12/09/2018, ou seja, mais de seis anos depois, conforme se pode observar em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1371076&num_registro=201201

e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 1.037, § 4º);

9) quando os recursos requisitados contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo (art. 1.037, § 7º);

10) as partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo (art. 1.037, § 8º);

11) é concedido ao relator o poder de: 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 informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimar o Ministério Público para manifestar-se (art. 1.038, *caput*, incisos I a III e § 1º);

12) transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*, com o conteúdo do acórdão abrangendo a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida (art. 1.038, §§ 2º e 3º);

13) decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada (art. 1.039, *caput*);

691933&data=20181016&formato=PDF Acesso em 30/01/2019. Há estudos no STJ para que o pedido de vista seja coletivo, o que, se aprovado, abreviará muito o tempo de julgamento. É relevante consignar, ainda, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que a decisão nessa matéria pode ter reflexos em mais de 27 milhões de processos de execução fiscal em curso no país, nos termos da informação disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Lei-dos-Repetitivos-completa-dez-anos-com-quase-800-ac%C3%B3rd%C3%A3os-de-demandas-de-massa Acesso em 30/01/2019.

14) publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (art. 1.040, I a IV);

15) a parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia, ficando isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência se o pedido ocorrer antes de oferecida contestação, sendo certo que a desistência apresentada independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação (art. 1.040, §§ 1º a 3º);

16) mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem[15], o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, para julgamento (art. 1.041, *caput*);

17) realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração (art. 1.041, § 1º);

---

[15] Na visão deste autor, o *caput* do art. 1.041 do CPC/2015 não deveria existir, pois transmite a ideia da possibilidade de a Corte de origem não respeitar a decisão proferida no recurso excepcional repetitivo, o que vai de encontro a inúmeros outros dispositivos do próprio Estatuto Processual. Na verdade, a mencionada decisão tem efeito vinculante, conforme será objeto de análise em tópico adiante.

18) efetivado o referido juízo e estando as demais questões inseridas no recurso excepcional, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa ao tribunal superior para julgamento de tais questões (art. 1.041, § 2º).

O CPC/2015 ainda previu que, além das normas da Subseção II, Seção II, de seu Capítulo VI, os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também dispusessem acerca do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.036, *caput*), o que, no âmbito do Tribunal da Cidadania, foi feito nos arts. 256 a 257-E, alguns deles já referidos alhures.

Pois bem. Resumido o procedimento para o julgamento dos recursos especiais repetitivos, há de se registrar que a nova sistemática completou dez anos em agosto de 2018, pois a Lei n. 11.672/2008 entrou em vigor no dia 8 de agosto de 2008. Ao tempo da celebração do aniversário da primeira década, 772 acórdãos haviam sido proferidos sob a sistemática dos repetitivos. Entre os órgãos colegiados competentes para o julgamento de recursos repetitivos, a Primeira Seção foi a responsável pela maior parte desses precedentes (439), seguida da Segunda Seção (180), da Corte Especial (87) e da Terceira Seção (66)[16].

Muitas das decisões tiveram grande repercussão em razão do impacto na vida dos cidadãos brasileiros, como a fixação das seguintes teses: 1) possibilidade de fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS, respeitados certos requisitos (REsp 1.657.156/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25/04/2018[17]); 2) incidência dos expurgos inflacionários posteriores a janeiro de 1989, a título de correção monetária plena do débito judicial, na execução de sentença que reconhece

---

[16] Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Lei-dos-Repetitivos-completa-dez-anos-com-quase-800-ac%C3%B3rd%C3%A3os-de-demandas-de-massa Acesso em: 30/01/2019.

[17] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156/RJ. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF Acesso em 30/01/2019.

o direito de poupadores ao Plano Verão (REsp 1.314.478/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13/05/2015[18]); 3) para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, basta que o agente pratique qualquer ato sexual com menor de 14 anos, independentemente do consentimento da vítima (REsp 1.480.881/PI, 3ª Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26/08/2015[19]).

É de conhecimento geral que a principal missão do STJ é uniformizar a interpretação da lei federal – conforme ressaltado pela própria Corte em sua página institucional na rede mundial de computadores[20]–, o que já é realizado por meio do recurso especial. Sendo assim, como o repetitivo pode contribuir para a efetivação de tal desiderato? Chegamos, assim, ao âmago da questão proposta, a ser desenvolvida a partir da interpretação de que o recurso especial repetitivo forma um precedente e, como tal, tem força vinculante, a ser respeitada não só em termos horizontais, no âmbito dos órgãos judicantes do próprio Tribunal da Cidadania, como também verticais, isto é, pelos tribunais de justiça, tribunais regionais federais e juízes respectivos, sujeitos à sua jurisdição. Passamos, no tópico adiante, a explicar o que é um precedente e a sua distinção com a jurisprudência.

4. PRECEDENTES *vs*. JURISPRUDÊNCIA

Referência sempre lembrada no estudo do tema, Michele TARUFFO[21] destaca que existe entre precedente e jurisprudência uma

---

[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.314.478/RS. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374899&num_registro=201200545178&data=20150609&formato=PDF Acesso em 30/01/2019.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.480.881/PI. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435047&num_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF Acesso em 30/01/2019.

[20] Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Gest%C3%A3o-estrat%C3%A9gica/Miss%C3%A3o,-vis%C3%A3o-e-valores Acesso em 30/01/2019.

[21] TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 3 e 4. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf Acesso em: 30/01/2019.

nítida diferença, inicialmente de caráter quantitativo. Quando se fala do precedente, faz-se geralmente menção de uma decisão relativa a um caso particular, enquanto o termo jurisprudência é normalmente usado para aludir a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença, no entanto, não é apenas de tipo semântico. O precedente fornece uma regra (universalizável), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo (caso). A estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise dos fatos. Se essa análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo (caso). Deve-se notar que, quando se verificam essas condições, um só precedente é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo.

No âmbito da jurisprudência, é possível a convivência de correntes totalmente distintas acerca do mesmo caso, o que acarreta uma verdadeira loteria para o sucesso ou insucesso da questão, a depender do juiz, câmara ou turma a que o processo é distribuído[22]. Com o tempo, porém, a tendência é a jurisprudência se estabilizar e passar a ter uma posição dominante.

Já o precedente tem como tarefa reduzir o campo de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando maior cognoscibilidade deste. A necessidade de seguir os precedentes não pode ser seriamente contestada

---

[22] Em palestras que profiro acerca do tema, sempre lembro o exemplo de dois servidores da Justiça Federal do Rio Grande do Norte que haviam ingressado com ações em que se postulava a concessão do reajuste de 84,32% em suas remunerações, índice referente ao Plano Collor (março/1990). Um teve a sorte de ter o seu caso julgado por uma turma favorável ao deferimento do percentual, havendo a União perdido o prazo recursal, de modo que houve trânsito em julgado. O outro teve o seu pedido analisado por turma distinta, que desacolheu a pretensão, igualmente se operando a coisa julgada. Fruto de uma verdadeira "loteria", as decisões demonstravam como o sistema judicial poderia ferir a isonomia, pois servidores que ingressaram com ações idênticas, com cargos e atribuições iguais, passaram a ter salários bem diferentes. A instituição dos precedentes em nosso sistema pretende resolver tal problema.

no Estado Constitucional, pois constitui um requisito elementar da justiça tratar casos iguais de modo igual e não de maneira arbitrariamente diferente[23].

O respeito aos precedentes assegura, portanto, a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as teses já firmadas, o que estratifica a confiança legítima: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para os casos iguais[24].

Em sentido *lato*, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto e cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos, sendo composto pelas circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, a tese firmada na motivação (*ratio decidendi*) e a argumentação jurídica em torno da questão. Em sentido estrito, o precedente pode ser definido como a própria *ratio decidendi*[25].

5. PRECEDENTES E FUNDAMENTAÇÃO

O CPC/2015 tem uma nítida preocupação com a fundamentação das decisões. Já nos seus primeiros dispositivos, é possível vislumbrar o princípio da não surpresa, de modo que não haja decisão com base em fundamento sobre o qual as partes não tenham se pronunciado[26], e

---

[23] MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.* 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

[24] CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo,* Editora Revista dos Tribunais, ano 37, vol. 209, jul/2012, p. 355.

[25] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil, v. 2*. 12ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 505.

[26] "Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."

também renova o aludido diploma a previsão constitucional[27] de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade[28].

Cuidando especificamente dos precedentes, o CPC/2015 reforça a importância do tema, de modo que será considerada sem fundamentação (e, portanto, nula) a decisão que se limitar a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles argumentos, como também aquela que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção[29].

O núcleo duro do conceito de precedente pode ser identificado com a definição de *ratio decidendi* ou *holding* de determinado caso ou questão, sendo a primeira expressão mais comum no direito inglês, enquanto a segunda é mais utilizada na doutrina americana. As razões necessárias e suficientes (fundamentos imprescindíveis) para a solução de uma certa questão pelas Cortes Supremas[30] constituem a *ratio decidendi* (ou *holding*). Por sua vez, outras razões que seriam dispensáveis para justificar o julgado formariam o que corriqueiramente se denomina *obiter*

---

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

[28] "Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade."

[29] "Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

[30] No Brasil, enquadram-se entre tais Cortes o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Sobre o tema, é válido a leitura da obra já aqui referida: MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

dictum[31]. Os precedentes precisam de clareza, solidez e profundidade em seus fundamentos, sob pena de não serem respeitados e seguidos[32].

6. PRECEDENTES: VINCULAÇÃO OU PERSUASÃO?

No tópico em destaque, pretendemos, como o título já revela, abordar a temática pertinente aos efeitos dos precedentes. Antes, porém, é válido tecer rápidos comentários acerca dos instrumentos para a sua formulação. Há um consenso no sentido de que os recursos extraordinários e especiais repetitivos, assim como os primeiros quando julgados em repercussão geral[33], formam precedentes, de modo que seria despiciendo abordar outros institutos, já que o objeto deste trabalho se resume aos recursos especiais repetitivos. Todavia, para que o tema possa ser esgotado, vamos ao exame das demais possibilidades.

A controvérsia surge no que diz respeito aos incidentes de resolução de demandas repetitivas[34] e aos de assunção de competência[35] decididos

---

[31] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coordenadores). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. XV.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 76.

[32] MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Precedentes e Jurisprudência: Papel, Fatores e Perspectivas no Direito Brasileiro Contemporâneo. *In*: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Direito Jurisprudencial, v. II.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

[33] MARINONI e MITIDIERO defendem que, além dos instrumentos referidos, recursos especiais não repetitivos e embargos de divergência, quando viabilizem a unidade do direito, igualmente formam precedentes (conforme MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coordenadores). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. XV.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 70. Comungo com tal posição apenas no que diz respeito aos embargos de divergência, pois eles têm o objetivo de dirimir controvérsias entre as turmas do STJ e efetivamente uniformizar a interpretação do direito federal, de modo que as decisões neles proferidas possuem efeito vinculante e formam precedentes. Quanto aos recursos especiais, é possível haver divergência entre as turmas, de modo que faltará a eles a certeza da unidade ao Direito. Registro, todavia, que dentro do Superior Tribunal de Justiça há resistência até mesmo ao efeito vinculante dos embargos de divergência.

[34] Arts. 976 a 987 do CPC/2015.

[35] Art. 947 do CPC/2015.

pelos tribunais de segunda instância. Embora as decisões proferidas em tais incidentes vinculem os órgãos judiciais que estão sujeitos à jurisdição do respectivo tribunal[36], em termos horizontais e verticais, ou seja, dentro da própria Corte e na instância de origem a ela subordinada, não se pode olvidar que o tema ainda estará sujeito ao exame do Supremo Tribunal Federal, caso a matéria seja de índole constitucional, ou do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de o tema versar sobre questão federal infraconstitucional, de maneira que não será possível reconhecer à tese firmada a segurança jurídica necessária para unificar o Direito e, portanto, a natureza de verdadeiro precedente.

Revelados os instrumentos, é de se observar que nas searas doutrinária e jurisprudencial ainda subsiste controvérsia acerca do poder vinculante (ou seja, que impõe a obrigação de observância) ou persuasivo (isto é, que induz, aconselha) dos precedentes. Para alguns, apenas a Constituição Federal pode estabelecer eficácia vinculante, o que, em uma interpretação literal do seu texto, seria restrito a duas hipóteses: 1) as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF/1988); 2) as súmulas vinculantes, fruto de decisões reiteradas em matéria constitucional, uma vez existentes os requisitos inseridos no art. 103-A da CF/1988. Para outros, a legislação infraconstitucional estaria apta a conferir tal efeito (vinculante).

Na verdade, o respeito à autoridade das decisões do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça tem arrimo na Lei Maior, que prevê o ajuizamento de reclamações para preservar tal autoridade[37], como também nos princípios da segurança jurídica e da isonomia, de modo que o efeito vinculante é indubitável. Ademais, o CPC/2015 reforçou tal interpretação em dispositivos que são claros quanto a essa observância obrigatória, como os arts. 927, III, e 988, § 5º, II:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

---

[36] Arts. 985, I, e 947, § 3º, do CPC/2015.

[37] Art. 102, I, "l", e art. 105, I, "f", da CRFB/1988.

> [...]
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> [...]
> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
>
> [...] § 5º É inadmissível a reclamação:
> [...] II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

As decisões que tenham amparo no supratranscrito art. 927, III, devem identificar os fundamentos determinantes do precedente (*ratio decidendi*) e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles argumentos. Por sua vez, ao deixar de seguir o precedente invocado pela parte, o juiz precisa demonstrar a existência de distinção (*distinguishing*) no caso em julgamento ou a superação do entendimento (*overruling*[38]), nos termos do já referido art. 489, VI, CPC/2015, sob pena de sua decisão estar sujeita a uma reclamação, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, de acordo com o inciso II, § 5º, do art. 988 do CPC/2015.

É importante consignar que os parágrafos segundo a quarto do referido art. 927 ditam regras a serem observadas quando da mudança de interpretação, em respeito ao princípio da não surpresa para os jurisdicionados. De início, se uma tese jurídica adotada tiver a possibilidade de ser alterada, previamente poderão ser realizadas audiências públicas, com a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, sendo possível, ainda, a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica, nos moldes já

[38] No âmbito doutrinário, os termos *distinguishing* e *overruling* são mais utilizados quando relacionados aos precedentes. Há, ainda, outras questões, como a superação parcial do precedente (*overriding*), o que, em razão da pretensão mais resumida deste trabalho, deixa-se de explorar.

contidos no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Não se pode olvidar que a modificação de precedente observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Há um claro intento de evitar as mudanças repentinas de interpretações firmadas nos tribunais.

7. CONCLUSÃO

Conforme se pôde verificar no decorrer deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça completa o seu jubileu de pérola no ano de 2019, havendo julgado milhões de processos, muitos deles com questões sensíveis e importantes para o cidadão brasileiro. Objetivando criar um mecanismo capaz de racionalizar e agilizar a prestação jurisdicional da Corte, nos casos de demandas com fundamento em idêntica questão de direito, instituiu-se, em 2008, o recurso especial repetitivo, instrumento formador de precedentes e que teve a sua disciplina modificada e aperfeiçoada pelo CPC/2015.

Os precedentes não se confundem com a jurisprudência, pois, enquanto esta corresponde a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos sobre o mesmo tema, muitas vezes com posições divergentes, aqueles são fruto de julgamento proferido em um ou dois processos em que se constrói a tese a ser seguida em todos os demais feitos com idêntica questão a ser dirimida.

Os fundamentos determinantes para a formação do precedente, com debate a respeito dos argumentos apresentados por ambas as partes no tocante à lide em disputa, constituem o que se denomina *ratio decidendi*, enquanto os fundamentos dispensáveis, que, se não fossem expostos, não fariam falta para a adoção da conclusão apresentada, compõem o que corriqueiramente se denomina *obiter dictum*.

Os precedentes têm efeito vinculante, interpretação decorrente não só de artigos da Constituição Federal, como o 102, I, "l", e o 105,

I, "f", que preveem o ajuizamento de reclamações para a preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como também dos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Na verdade, eles trazem mais racionalidade e previsibilidade ao sistema, como também redução da litigiosidade, pois os casos idênticos passarão a ter a mesma solução.

A possibilidade de não seguir o precedente existe apenas se ficar demonstrada a existência de *distinguishing* no caso em julgamento ou a superação do entendimento (*overruling*), sendo certo que, em respeito ao princípio da proteção da confiança legítima dos jurisdicionados, a mudança de interpretação deve adotar fundamentação adequada e específica, sendo recomendável a modulação dos seus efeitos, em observância ao interesse social e à segurança jurídica.

No que interessa mais de perto ao presente estudo, há de se renovar que o recurso especial repetitivo forma um precedente e tem força vinculante, a ser respeitada não só em termos horizontais, no âmbito dos órgãos judicantes do próprio Tribunal da Cidadania, como também verticais, isto é, pelos tribunais de justiça, tribunais regionais federais e juízes respectivos, sujeitos à sua jurisdição, contribuindo, assim, para a efetiva uniformização da interpretação da lei federal.

A contribuição já oferecida pelo recurso especial repetitivo para otimizar e agilizar os julgamentos no Superior Tribunal de Justiça precisa, em face do elevado número de processos que continuam a aportar no Tribunal da Cidadania (348.416, em 2018[39]), de um reforço: a adoção da arguição de relevância, nos moldes anteriormente previstos no parágrafo único do art. 119 da Emenda Constitucional n. 1/1969, combinado com o art. 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em redação oferecida pela Emenda Regimental n. 2, de 04/12/1985, vigente ao tempo em que a matéria hoje examinada pelo Tribunal da Cidadania era da competência do Pretório Excelso. O tema é tratado na Proposta de

[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório Estatístico* 2018, p. 19. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=327 Acesso em 31/01/2019.

Emenda à Constituição n. 10, de 2017[40], Senado Federal, já aprovada, em dois turnos, na Câmara dos Deputados e, por fugir ao desiderato do presente, deverá ser objeto de outro artigo.

8. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 1.213-A, de 2007.* Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=513550&filename=Avulso+-PL+1213/2007 Acesso em: 28/01/2019.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 10, de 2017.* Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5120884&ts=1547855808884&disposition=inline Acesso em: 31/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *A Criação e a Trajetória de 25 anos do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: file:///D:/Users/Luiz%20Alberto%20Gurgel/Downloads/3485-13174-1-PB%20(1).pdf Acesso em: 31/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.314.478/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374899&num_registro=201200545178&data=20150609&formato=PDF Acesso em 30/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.340.553/RS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1371076&num_registro=201201691933&data=20181016&formato=PDF Acesso em 30/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.480.881/PI. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=14

[40] BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2017*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5120884&ts=1547855808884&disposition=inline Acesso em: 31/01/2019.

35047&num_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF Acesso em 30/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.657.156/RJ. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF Acesso em 30/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório Estatístico 2018*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=327 Acesso em 31/01/2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, ano 37, vol. 209, jul/2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil, v. 2*. 12ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coordenadores). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. XV.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Precedentes e Jurisprudência: Papel, Fatores e Perspectivas no Direito Brasileiro Contemporâneo. *In*: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Direito Jurisprudencial, v. II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf Acesso em: 30/01/2019.

O Princípio Jurídico da Fraternidade: em Busca de Concretização

Reynaldo Soares da Fonseca
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE: EM BUSCA DE CONCRETIZAÇÃO

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

O oblívio da fraternidade na prática política apresentou reflexos na operacionalização desse conceito no sistema jurídico. Sendo assim, a conversão da ideia em parâmetro normativo de correção da conduta de sujeitos de direito ficou temporalmente prejudicada, seja pela ausência de previsão constitucional ou legal da norma, seja pela baixa densidade e força normativa reconhecida ao princípio fraternal pela comunidade dos operadores jurídicos.

No entanto, é possível identificar junto à fraternidade o fenômeno da *palingenesia iuris politici* (ressurreição) do Direito Político, imbricada nas realidades políticas e jurídicas, que são distintas, mas harmonizáveis. Isso porque em contexto de transição para a pós-modernidade e com vistas a evitar o esvaziamento substancial do conceito de Constituição, o chamamento a reduzir as distâncias entre a normatividade constitucional e realidade sociopolítica a que se pretende regular é inexorável. "Vivimos momentos decisivos: mientras la modernidade se resiste a morir, la postmodernidad esgrime sus armas para destruirla. La resurreción es un misterio, un dogma religioso de esperanza, la *palingenesia* la secularización de la esperanza en el campo político-constitucional."[1]

---

[1] VERDÚ, Pablo Lucas. La Constitución en la Encrucijada (palingenesia iuris politici). **Revista Pensamiento Constitucional**, ano IV, n. 4, p. 139.

Por conseguinte, a fraternidade passa a expressar-se como categoria jurídica relacional com aptidão a regular a vida gregária e estabilizar as expectativas sociais no que tange às condutas humanas. Consoante ao formulado por Pablo Lucas Verdú como teoria preposicional da Constituição, esse ideal desempenha funções relevantes nos conceitos **de**, **sobre** e **na** ordem constitucional. Por isso, concebe-se a "fórmula política da Constituição", segundo a qual se trata de uma expressão ideológica, inspirada em valores, juridicamente organizada em uma estrutura social.[2]

Na qualidade de condicionante normativo-estrutural, o conceito sobre a Constituição implica limitação ao conteúdo, à função e à finalidade desta, a despeito de não ser determinístico a esse fascinante experimento sociológico simbolizado pelo texto constitucional. As condições pré-constitucionais vinculantes ao Poder Constituinte decorrem de influxos valorativos cujo marco é a dignidade da pessoa humana, uma ideologia constitucional e uma função transformativa da estrutura social, a que se rompe na transição de ordens jurídicas, como se pôde verificar na concepção de constitucionalismo transformativo. Nesses termos, a fraternidade propõe vedações e limites materiais ao conteúdo da Constituição e à própria autodeterminação coletiva de um Povo, sob a perspectiva do republicanismo, assim como formulações e arranjos sociais alternativos em prol de maior isonomia entre os cidadãos e de um bem-estar fraternalmente considerado.

Quanto aos conceitos **de** e **na** Constituição, ao extrair-se a consciência e a noção que os coautores constituintes possuem do pacto fundante e do projeto político inaugurado, a fraternidade também possui aspecto central nas operações de fundamentação, legitimação, identificação, qualificação e positivação de direitos necessárias ao Texto Constitucional.

Feitas essas considerações, a observância de um epifenômeno representado pelo constitucionalismo fraternal e respectivo reconhecimento da fraternidade como categoria jurídica, do qual se irradia um plexo de direito e deveres fundamentais devidamente recepcionados pelo Povo, é o objeto do presente capítulo.

---

[2] Ibid., p. 78 e 82.

Por isso, propõe-se o seguinte itinerário argumentativo a essa empreitada. De saída, pretende-se fixar o *lócus* da fraternidade na constitucionalização do direito e no constitucionalismo brasileiro tardio, qualificando-o como fraternal na esteira de Carlos Ayres de Britto. Após, investiga-se essa categoria jurídica extraída de um direito comum da humanidade e estruturada a partir da dignidade da pessoa humana como núcleo central do Estado. Posteriormente, a atividade intelectiva será centrada na dogmática dos direitos fundamentais, desde as concepções de dimensões dessas normas ao conteúdo jurídico do princípio da fraternidade.

CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FRATERNIDADE

Adota-se como ponto de partida a Constituição como pacto fundante veiculador de um projeto político de Estado, antes de tudo norma jurídica primeira, por sua hierarquia e pela cronologia normogenética, que institui não só a organização política do Estado, mas também uma autêntica carta de direitos e seus instrumentos de tutela.

Por isso, convém tecer algumas considerações a respeito do movimento teórico e prático vigente no âmbito do direito constitucional ao longo do período de transição democrática, rompendo o dualismo entre legalismo autoritário e uso alternativo do direito. Atento ao hiato entre norma e realidade, o estudo da efetividade das normas constitucionais foi basilar para o Estado de Direito que desenvolvemos na atual fase republicana. A propósito, "[a] doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição."[3]

Nesse mesmo contexto, pensou-se em uma dogmática constitucional emancipatória tendente a transformar as estruturas sociais por intermédio da gramática democrática e dos direitos fundamentais.

A despeito de fundadas críticas no sentido de que, por vezes, a análise levada a efeito pela doutrina da efetividade relevou a historicidade

---

[3] BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 294.

do constitucionalismo pátrio no afã de "refundar" instituições no curso do processo de democratização do Estado e da sociedade no Brasil[4], é certo que essa vertente teórica provocou mudanças paradigmáticas no direito constitucional.

> (...) o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direito e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-se do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhes um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.[5]

Sendo assim, justamente nesse espectro de mudanças institucionais e de ideário aliado às transformações da ideia de fraternidade e seu contexto, perquiridas no primeiro capítulo desta tese, passa-se a conceber um constitucionalismo fraternal, traduzível em "fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade."[6]

Nesses termos, as pessoas igualmente dignas são consideradas com respeito, referência e consideração. Objetiva-se, portanto, a partir da dimensão fraternal da sociedade, uma vida em comunhão e uma comunhão de vida. Nesse intento comunitário e integrador, "[r]econheceu-se na Carta Magna vigente que, se as pessoas viverem em comunidade, com responsabilidades recíprocas, de fato, estarão em comum unidade ou, para usar um vocábulo mais apropriado, em ambiência de fraternidade."[7]

---

[4] Cf. LYNCH, Cristian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma histórica constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, p. 974-1007.

[5] BARROSO, op. cit., p. 306.

[6] BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

[7] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Jurídica:**

Na qualidade de tecnologia social de controle do poder pelo poder, o constitucionalismo hodierno recebe influxos da fraternidade como alternativa possível para concretizar e harmonizar os princípios da igualdade e da liberdade, sem descurar da inclusão e do reconhecimento do Outro.

Lado outro, a constitucionalização da fraternidade é tema que merece reflexão própria, porque o processo de fraternizar a ordem constitucional tem por finalidade reverberar essa categoria jurídico-política em todo o sistema jurídico.

> A ideia de fraternização da Constituição ou constitucionalização, principalmente externa, da Fraternidade tem exatamente o objetivo de constituir sua verdadeira função no ordenamento jurídico, como concretização de um direito público subjetivo à fraternidade, o que irá propiciar sua exigência no aspecto vertical, bem como permitirá com isso a utilização das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade para garantia de sua observância.[8]

No Estado Constitucional, a preponderância do texto constitucional perante o restante do ordenamento jurídico, o que se pode chamar de supremacia da Constituição (*paramount law)*, reconfigura a vinculação do Poder Público à juridicidade autodeterminada pela soberania popular. Com efeito, compreende-se que as normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata e força cogente. Esse quadro, por si só, altera a natureza do Estado de Direito, ao colocá-lo como "Estado de Direito", em que os direitos fundamentais ocupam posição central no sistema jurídico.[9]

---

fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017, p. 166.

[8] MOURA, Grégore Moreira. **Direito Constitucional Fraterno.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 112.

[9] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 584-592.

Conforme já afirmado alhures[10], esse conjunto de transformações no modelo de organização política estatal e na instituição de direitos fundamentais identifica-se com a operação de "constitucionalização do Direito", cuja resultante última seria uma ordem jurídica completamente "impregnada" pelas normas constitucionais. Demais, nota-se uma Constituição extremamente "invasora", "intrometida" e condicionante da legislação, da jurisprudência, da doutrina, da ação dos atores políticos e das relações sociais. Vale ressaltar, ainda, que a constitucionalização é processo gradativo no tempo e no espaço, porquanto não existe uma resposta binária para o estado da constitucionalização de uma ordem jurídica.[11]

Em síntese, "a idéia de constitucionalização do Direito (...) está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico".[12]

Nesse sentido, o processo de constitucionalização do Direito envolve dois movimentos fenomênicos distintos. Por um lado, questões antes delegadas ao Poder legiferante passam a ser formalmente tratadas pelo Poder Constituinte e vertidas em normas constitucionais, o que retira uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas momentâneas. De outro, há uma "filtragem constitucional"[13] oportunizada pela conformação do ordenamento jurídico à normatividade decorrente da Constituição, o

---

[10] FONSECA, Reynaldo Soares da; FONSECA, Rafael Campos Soares da. A Constitucionalização da Liberdade Partidária e sua Limitação pela Democracia Interna. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da *et al.* **Direito Eleitoral Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 167-168.

[11] GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Tradução José Maria Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 75-98.

[12] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217.

[13] Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1999.

que gera uma releitura do Direito posto.[14] Busca-se, afinal, a realização empírica dos comandos normativos positivados no plano constitucional.

Conclui-se, portanto, que a constitucionalização da fraternidade diz respeito à incorporação de direitos e garantias no Texto Constitucional atrelados ao conteúdo básico dessa categoria jurídico-política, como demonstramos em relação à participação política do cidadão na formação da vontade estatal no capítulo 2, sob a perspectiva de uma democracia fraternal.

Por outro lado, a fraternização da Constituição também envolve a interpretação das normas vigentes, em controle de constitucionalidade ou não, recepcionadas ou posteriores, à luz do princípio da fraternidade. Logo, conforma-se a legislação infraconstitucional e a liberdade do legislador ordinário a partir de limitantes materiais e vetores promocionais extraídos do núcleo essencial do direito fundamental à fraternidade. Igualmente, torna-se imperativo concretizar esse conceito jurídico de índole constitucional em atos do Poder Público, independentemente da abstração e generalidade destes.

Ou seja, a produção de normas nas Casas Legislativas e demais Poderes em função atípica e a aplicação dessa normatividade pela Administração Pública e pelo Estado-Juiz devem ser guiadas pela axiologia da fraternidade por imposição constitucional.

Aliás, para o jus-humanismo normativo, a relação regra x princípios é a seguinte: dimensão discursiva (texto); real-cultural (metatexto) e humanismo antropofilíaco (intratexto). Avança, portanto, para além do neopositivismo, com o reconhecimento da regra (texto escrito), meta-regra (princípios) e meta-meta-regra (sobreprincípio, que existe independentemente de positivação).

No ponto, é possível sustentar a fraternidade como um sobreprincípio.

---

[14] SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 116-122.

A PROMOÇÃO DA FRATERNIDADE PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em consonância ao pensamento de Peter Häberle, após o segundo pós-guerra, observam-se nos textos constitucionais uma percepção de humanidade e sua importância no Estado Constitucional. Isso porque "[e] m todas as Constituições em que se reconhecem direitos fundamentais como direitos de todas as pessoas, pensa-se a 'humanidade'," sendo assim "a 'humanidade' se converte em tema constitucional, mediante o qual, por sua vez, se constrói a própria humanidade."[15] Na verdade, no próprio preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, refere-se à "consciência da humanidade" e à ocorrência de seu ultraje a partir das experiências de violação massiva dos direitos humanos.

Nesse contexto de primazia da proteção dos direitos da pessoa, revisitou-se o conceito de dignidade da pessoa humana, até sua efetiva positivação na qualidade de direito fundamental de cunho primeiramente individual.

Aqui também tivemos um processo de secularização da ideia, porquanto sua concepção já era encontrada no estoicismo, visto que a liberdade pessoal de cada indivíduo dependia da consideração do ser humano como distinguível das demais criaturas e iguais em dignidade. Do mesmo modo, na Bíblia, da criação do homem à imagem e semelhança de Deus, referido no Antigo e no Novo Testamento, o cristianismo extrai a igual dignidade de todos os homens, independentemente de sua condição de cristão, haja vista o valor intrínseco e não instrumental do ser humano.[16] No entanto, superou-se a partir de um ideário liberal o óbice confessional e operacionalizou-se a dignidade humana na condição de categoria jurídica, muitas vezes considerada centro do Estado e fonte dos demais direitos fundamentais, o que ainda não ocorreu de forma plena quanto à fraternidade.

---

[15] HÄBERLE, Peter. **Noves Ensaios Constitucionais e uma Aula de Jubileu**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251-252.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30-31.

Mesmo no caso da Constituição da República de 1988, houve intensa participação da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) ao longo de todo o processo constituinte pautado no documento "Por uma nova ordem constitucional", criado a partir do encontro anual de 1986, cujas propostas variavam desde a defesa da reforma agrária, das emendas populares e do repúdio ao racismo e à tortura até as tradicionais preocupações com a preservação da vida, estabilidade da família, educação, assistência social, proteção ao idoso e ao menor. Posteriormente, os resultados da constituinte, avaliados em reunião do conselho permanente da CNBB, entre 23 e 26 de agosto de 1988, cuja resultante foi "Texto Constitucional: valores e expectativas".[17]

Dessa atuação derivada da doutrina social da Igreja Católica em conjunto com anseios progressistas de parcela dos constituintes, houve o aposto da dignidade da pessoa humana no texto constitucional na condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

O mesmo princípio ombreado à paternidade responsável fundamentam o planejamento familiar livre e informado, nos termos do art. 226, § 7º, da CF/88. Da mesma maneira, trata-se de dever do Estado, da sociedade e da família garantir dignidade à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, conforme preconiza o *caput* do art. 227 da Carta Magna.

Novamente, a família, a sociedade e o Estado possuem deveres em relação à pessoa idosa, "assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida", segundo expressa dicção do art. 230 da Constituição da República.

Mesmo o conceito de "existência digna", como finalidade da ordem econômica, reflete os anseios de justiça social e valorização do trabalho, por ser também lastreado na concepção de democracia econômica oriunda do art. 151 da Constituição de Weimar de 1919 acerca "Da vida econômica". No caso brasileiro, houve a migração dessa ideia

---

[17] Cf. KORNIS, Mônica; MONTALVÃO, Sérgio. **Conferência Nacional dos Bispos do Brasil**. CPDOC/FGV. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/conferencia-nacional-dos-bispos-do-brasil-cnbb>. Acesso em 03.10.2018.

constitucional para fins de incorporar em nível constitucional a dignidade humana e a constituição econômica, segundo observa-se nos arts. 115, *caput*, da Constituição de 1934, 145 da Constituição de 1946, e 170, *caput*, da atual ordem constitucional.

Por conseguinte, na República de Weimar e no Brasil em períodos democráticos, almejou-se expandir a democracia da política às ordens econômica e social. Logo, "[d]emocratizar a economia significa romper com a influência dos detentores do poder econômico privado, democratizando-o, ou seja, significa distribuí-lo. O cidadão deve ser, ao mesmo tempo, um cidadão do Estado e um cidadão da economia."[18]

Portanto, é plausível que aqui também a dignidade da pessoa humana no modelo constitucional brasileiro vigente vai além de um mínimo existencial retirado do liberalismo, de maneira a englobar também autodeterminação política e econômica.

> Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios.[19]

Efetuadas essas considerações, torna-se possível passar a tratar da relação promocional e produtiva entre esse direito fundamental e dimensão jurídica da fraternidade. Considerada a fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, decorre da própria supremacia da Constituição o

---

[18] BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Dignidade da Pessoa Humana. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 457-467, jan./dez. 2007, p. 462.

[19] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 441-442.

reconhecimento desse princípio como fonte e supremo aos demais valores constitucionais.[20] Portanto, qualquer raciocínio a respeito da juridicidade da fraternidade perpassa necessariamente por algum conteúdo de dignidade.

De qualquer forma, os tratados internacionais e o próprio preâmbulo da Constituição explicitam a imperatividade dessa relação, como se depreende do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, segundo a qual "[t]odos 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." Ademais, o primeiro considerando do preâmbulo assenta que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Com esse mesmo *leitmotiv*, o preâmbulo constitucional preconiza que a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos estatui a afirmação de valores supremos em linha com a dignidade da pessoa humana. Em síntese, esse princípio funcionaliza-se no ordenamento jurídico tanto como fundamento do Estado brasileiro quanto na condição de objetivo precípuo do Poder Público.

Ante essas razões, a dignidade da pessoa humana é conceito-raiz da etapa de consagração dos direitos fundamentais traduzível no constitucionalismo fraternal, por tratar-se de valor inerente a todo e qualquer ser humano, notadamente inclui-se o elemento da alteridade.

> Com esse novo paradigma, o caráter relacional e intersubjetivo dos direitos receberá tratamento jurídico diferenciado, exatamente pelo fato de não se conceber uma intersubjetividade excludente. O Direito precisa ser compreendido como um instrumento de pacificação social e deve ser utilizado como uma importante ferramenta que auxilia os seres humanos a viver harmonicamente com o outro. E não apesar do outro.

---

[20] ISHIKAWA, Lauro. **O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2008, p. 110-115.

> (...)
> A garantia da dignidade da pessoa humana, como núcleo intangível de preservação do mínimo existencial, passa a ser, por tudo que foi exposto, o fundamento do constitucionalismo fraternal.[21]

Observa-se, então, que a dignidade humana assume capacidade estruturadora da fraternidade e é por ela estruturada, seja na criação do direito objetivo, seja em função integrativa na hermenêutica constitucional, haja vista que se pressupõe o reconhecimento da condição humana a todo raciocínio em conformidade com a fraternidade. Assim, o conteúdo de dignidade representa condição de possibilidade e limites de significados a todo o projeto político pensado a partir da tríade liberdade-igualdade-fraternidade.

De modo também fundamental ao direito fraterno, a dignidade é a chave de leitura de um modelo de engenharia constitucional que comporte a diversidade de múltiplas culturas, experiências e mundividências imagináveis ou presentes na realidade brasileira.

> A ordem constitucional fraterna ocupa um processo sociojurídico de adequação de sentido da dignidade, dado que a dignidade humana, enquanto experiência originária e fundante, é elemento direcionador e estruturador da fraternidade. Deste modo, torna-se perceptível que a referência à fraternidade requer um sentido de autenticidade no reconhecimento da condição humana.
> (...)
> A fraternidade encaminha-se, portanto, para a realização de um processo mediador construtivo da interação comunicativa, agindo no enfrentamento dos conflitos sociais e culturais. De modo geral, a autenticidade da razão fraterna vem a partir da consciência individual e coletiva como condição essencial para a aplicação da dignidade humana. De fato, a dignidade exige a autenticidade do sujeito que conhece e reconhece a relação com o outro e, nessa

[21] MACHADO, op. cit., p. 160-161.

> condição, apreende o sistema das tradições jurídicas e políticas que permeiam as estruturas sociais.[22]

Em conclusão a esta seção, torna-se difícil pensar na concretização da fraternidade como categoria jurídica, sem o registro do princípio da dignidade da pessoa humana, por ser este também núcleo promocional e valorativo do Estado brasileiro.

DIREITOS DE FRATERNIDADE NA TEORIA DAS GERAÇÕES DOS DIREITOS

O reconhecimento do caráter jurídico da fraternidade demanda sua operacionalização na forma de direito humano fundamental, presente nas ordens internacional e interna direcionado à pessoa. Em seguimento ao itinerário traçado ao início deste capítulo, a fraternidade pode ser desdobrada no quadrante das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Decerto, Paulo Bonavides foi responsável, a partir de atualizações ao seu "Curso de Direito Constitucional" posteriormente ao advento da Constituição de 1988, por espraiar essa terminologia nas discussões constitucionalistas no Brasil, concebendo a institucionalização dos direitos fundamentais por intermédio de três gerações sucessivas traduzíveis em processo cumulativo e qualitativo em prol de uma universalidade material e concreta. Com isso, tornou-se corrente nos manuais de direito constitucional e incorporado à gramática constitucionalista.

No entanto, é também certo que a inspiração a esse sistema geracional de direitos decorreu de reflexão do Diretor da Unesco, o francês Karel Vasak, colaborador de expoentes do direito internacional como René Cassin, ao refletir na década de 1970 sobre a luta de trinta anos relacionada à força normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos aliada aos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que advieram em 1966. Além da aula

---

[22] MACHADO, Clara. **O Princípio Jurídico da Fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 73-74.

inaugural dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, ocorrida no ano de 1979 em Estrasburgo referida por Bonavides[23], a tríplice divisão dos direitos fundamentais encontrara divulgação dois anos antes em revista da Unesco de circulação limitada.[24] Depois disso, recebeu achegas críticas por parte da doutrina internacionalista em decorrência de imprecisão temporal e técnica da concepção do acolhimento e transformação de demandas individuais e coletivas em normas fundamentais.

De todo modo, no escólio de Bonavides, a sequência histórica da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais reside na tríade liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, a primeira geração consiste em direitos de liberdade, versados como civis e políticos na prática da proteção dos direitos humanos. Logo, "têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado."[25] Na esteira de um Estado liberal, a função do Estado é não ingerir na esfera de exercício da liberdade individual, por exemplo quanto à disposição da vida ou do patrimônio.

Por sua vez, o constitucionalismo social e o problema da normatividade dos direitos sociais deram origem à segunda geração, cujo foco é a realização da igualdade material e referenciam o Estado social, tendo em conta que possuem um componente necessariamente prestacional por parte do Poder Público.

Por fim, teríamos no atual quadrante histórico a terceira geração de direitos fundamentais centrada na noção de fraternidade ou de solidariedade. Seriam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e

---

[23] VASAK, Karel. **For the Third Generation of Human Rights: the rights of solidarity.** Aula Inaugural da Décima Sessão de Estudo do Instituto Internacional de Direitos Humanos. Estrasburgo, julho de 1979.

[24] VASAK, Karel. A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. **The Unesco Courier**, Paris, n. 10, 1997, p. 29-32.

[25] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

de comunicação. Por possuírem titularidade dispersa, difusa ou coletiva, a vinculatividade e a função do Estado são diversas, fugindo ao figurino das gerações anteriores.

> Os direitos fundamentais das três gerações, nessa teoria classificatória, diferenciam-se estruturalmente entre si, em virtude do elemento preponderante que lhes compõem: enquanto os direitos de Primeira Geração exigem um não agir do Estado (direito negativo), a implementação dos direitos de Segunda Geração justamente está centrada na prestação estatal (direito à prestação). Por sua vez, a nota diferenciatória inovadora dos direitos de Terceira Geração reside no caráter difuso, inexistente nas estruturas normativas anteriores. São, portanto, estruturalmente diferentes esses grupos de direito.
>
> A classificação, pois, ocorre não somente em virtude de os direitos não serem previstos na geração anterior, mas porque os direitos emergentes trazem, estruturalmente, algum elemento preponderante ausente nos direitos anteriormente classificados. Se assim não fosse, cada surgimento de determinado direito novo deveria estar acompanhado da formulação de nova geração dos direitos fundamentais, num movimento infinito e improdutivo cientificamente.[26]

Com o fenômeno político e econômico da globalização, Paulo Bonavides e outros autores passam a formular uma quarta e até uma quinta geração de direitos fundamentais, sendo que aquela é vertida no direito à democracia, à informação e ao pluralismo, à luz de uma dimensão máxima de universalidade.[27]

Em resumo:

a) **Primeira geração/dimensão**: está atrelada aos direitos individuais que solidificam as liberdades individuais, impondo limites ou

---

[26] SCAFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013, p. 22-23.

[27] BONAVIDES, op. cit., p. 571.

limitações ao poder de legislar do Estado. Influência do Direito Natural e dos iluministas.

b) **Segunda geração/dimensão**: os direitos sociais, culturais e econômicos decorrentes dos direitos da primeira geração e exigindo do Estado uma postura mais ativa (solidificação da igualdade).

c) **Terceira geração/dimensão**: são os direitos fundamentais direcionados ao destino da humanidade, relacionados à paz, ao meio ambiente e a sua proteção e conservação, ao desenvolvimento econômico e à defesa do consumidor (consolidação da fraternidade).

d) **Quarta geração/dimensão**: são os direitos relacionados à manipulação genética. Podemos citar, a título exemplificativo, as discussões sobre a biotecnologia e a bioengenharia, tratando de assuntos referentes à vida e à morte, a partir do pressuposto da ética.

e) **Quinta geração/dimensão**: representada pelos direitos oriundos da realidade virtual, demonstrando a crescente preocupação do sistema constitucional como propagação e desenvolvimento do Direito Eletrônico na atualidade. Envolve, assim, a internacionalização da jurisdição constitucional em virtude do rompimento das fronteiras físicas por meio da internet, também conhecida como "Grande Rede – WWW".

Na precisa objeção de Cançado Trindade já se encontram as principais críticas à classificação geracional dos direitos, pois diz que "a fantasia nefasta das chamadas 'gerações de direitos', histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra definitivamente desmistificada."[28]

Por isso, critica-se a mistificação dessas categorias jurídicas como obstáculo a sua efetivação, vista a imprecisão conceitual das gerações de direitos, do mesmo modo a eficácia vinculativa das diferentes gerações, daria margem para a baixa efetividade dos direitos sociais, econômicos

---

[28] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 390.

e culturais, dependentes mais fortemente de provisões orçamentárias. A sucessão histórica, apontada a partir da tríade revolucionária, seria igualmente imprecisa, basta ver o desenvolvimento do direito internacional do trabalho ou diversos outros organismos internacionais vocacionados à proteção internacional de direitos considerados de segunda geração. Por fim, a moderna dogmática dos direitos fundamentais propugna por uma visão unitária desse plexo de normas, evitando-se a atomização aludida pelo juiz da Corte Internacional de Justiça.

Seja como for, além da ubiquidade do conceito de gerações de direito nos manuais de direito constitucional, houve expressa acolhida, em alguma medida, do sistema geracional de direitos fundamentais. Por sua significatividade refere-se à ementa do MS 22.164, de relatoria do Ministro Celso de Mello[29], que ao tratar de desapropriação-sanção com assento no art. 184 da Constituição em caso envolvendo imóvel situado no pantanal mato-grossense submetido à reforma agrária, localizou-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na terceira geração referente aos direitos de fraternidade ou solidariedade.

---

[29] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 22.164, Rel. Min. Celso de Mello**, Tribunal Pleno, j. 30.10.1995, Publ. em DJ 17.11.1995, p. 1.115: "DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - O DIREITO A INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE - TIPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSAO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUIDO, NÃO AO INDIVIDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, A PROPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. ENQUANTO OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (DIREITOS CIVIS E POLITICOS) - QUE COMPREENDEM AS LIBERDADES CLASSICAS, NEGATIVAS OU FORMAIS - REALCAM O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONOMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS) - QUE SE IDENTIFICA COM AS LIBERDADES POSITIVAS, REAIS OU CONCRETAS - ACENTUAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUIDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSAO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONIVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE. CONSIDERAÇÕES DOUTRINARIAS."

Portanto, o caminho mais produtivo parece ser o reconhecimento da importância das classificações dos direitos fundamentais em gerações como produto de seu tempo, mesmo que já superada pela robusta teorização dos direitos fundamentais na literatura pátria nos últimos tempos. Nesse escopo mais limitado, depreende-se melhor a realidade constitucional brasileira, pois conforme Fachin e Machado Filho: "[é] curioso observar que, enquanto para os críticos da teoria das gerações dos direitos as sucessivas gerações representavam um enfraquecimento da normatividade dos direitos humanos, na historiografia constitucional dos primeiros anos da nova constituição passava-se o contrário."[30]

A FRATERNIDADE NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ênfase conferida aos direitos fundamentais no Estado de Direito contemporâneo não deixa margem a dúvidas quanto à correlação sistemática entre a promoção dessas normas e o desenvolvimento do constitucionalismo em ambiente democrático. Nesses termos, todo o arcabouço doutrinário e institucional relacionado ao Poder Público é relido ante a finalidade de concretização dos direitos fundamentais como obra máxima da persecução do interesse público.

A centralidade da Carta de Direitos também desconhece óbices definitivos emanados de eventuais separações entre privado e público, haja vista que todos fatos e atos juridicamente relevantes são conformados e informados pela Constituição da República e respectivo projeto político subjacente.

Nesse cenário, é possível avançar no estado da arte relativo à fraternidade juridicamente considerada, à luz da teoria dos direitos fundamentais. A partir dos desenvolvimentos de Ernst-Wolfgang Böckenförde e Ernst Forsthoff, o jusfilósofo alemão Robert Alexy desenvolve, no âmbito de seu posfácio em resposta a críticos da teoria dos princípios alexyana, os conceitos de constituição como ordem-fundamento e ordem-moldura, de modo a afirmar a possibilidade de sua teoria dos princípios

---

[30] FACHIN, Luiz Edson; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Direito Comum da Humanidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 579.

em contexto de liberdade do legislador exercitada pelas discricionariedades estrutural e epistêmica.

Em relação à primeira ordenação, "[a] constituição é uma ordem-fundamento em sentido qualitativo ou substancial se por meio dela são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade."[31] Nesse sentido específico, o Poder Constituinte brasileiro elegeu no preâmbulo da atual ordem constitucional o paradigma de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos embasada na harmonia social. Observa-se, portanto, como núcleo duro do que é atualmente Constituição no Brasil o ideal de fraternidade como elemento essencial do projeto político da comunidade política que se autoconstitui em pacto constitucional fundante.

Por outro lado, a metáfora da ordem-moldura diz respeito à vinculação do constituinte ao legislador ordinário, usualmente descrita sob a forma de comandos deônticos, isto é, aquilo que é dever, proibição ou faculdade. Logo, o obrigatório e o proibido compõem a moldura, pois aí não há discricionariedade ou espaço inovador destinado ao Legislativo, ao passo que por uma faculdade constitucional ao legislador seria possível uma discricionariedade de matiz estrutural no curso do processo legislativo e político ordinário. Em termos de possibilidades, a obrigação e a proibição são imperativos constitucionais, conquanto a faculdade indica o que é constitucionalmente possível sob o crivo de oportunidade do Poder Legislativo.[32] Por conseguinte, a fraternidade como categoria jurídica implica obrigações, tal como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; proibições, como, por exemplo, o repúdio ao terrorismo e ao racismo; e faculdades, *v.g.* a realização de plebiscitos e referendos em relação ao processo legislativo.

Ainda no tópico da Constituição como limite e vínculo contra os Poderes constituídos, a fraternidade também desempenha função

---

[31] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 584.

[32] Ibid., p. 582-583.

relevante no caráter normativo do texto constitucional. É consabido, pelo menos desde a célebre conferência feita por Ferdinand Lassalle sobre "O que é a Constituição?", que a verdadeira essência da Constituição e, por consequência, da efetividade do pacto constitucional dependem historicamente dos fatores reais de poder, isto é, as forças ativas de cada sociedade que informam todas as leis e instituições, determinando, ao fim e ao cabo, a realidade da organização jurídico-política do Estado.[33] Assim, a fraternidade apresentaria baixa densidade normativa em uma sociedade atomizada, líquida e individualista, em que não há maiores aspirações universais em prol de uma concepção de bem comum.

Contra essa concepção sociológica de Constituição, Konrad Hesse emparelha em um Estado Constitucional ao lado dos atores sociais e respectiva "vontade de poder" a força normativa da Constituição, haja vista a necessidade de conversão da "vontade da Constituição" diuturnamente em força ativa presente na consciência geral e realizadora das tarefas impostas pela ordem constitucional.[34] Nessa linha, exige-se da fraternidade sua realização em modo de vida social, critério regular das relações humanas, pacto de civilidade nas regras democráticas. Ou seja, mesmo que em contexto não ideal ou como ponto de vista contrafactual, a concretização da fraternidade como norma jurídica demanda sua vivência diária e consciente pela comunidade política, vertida, por exemplo, em critério para a tomada de decisões coletivas.

> A Fraternidade é uma atitude complexa de reconhecimento do outro como irmão, na solidariedade com ele (o outro é membro da minha comunidade), no respeito (o outro é livre) e na reciprocidade (o outro é igual a mim).
>
> Como tal, a atitude fraterna se opõe à atitude de indiferença (o outro não é membro da minha comunidade), a reificação (o outro não é livre) e de parcialidade (o outro não é igual a mim).

---

[33] Cf. LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

[34] HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

> Quanto a atitude fraterna é bilateral, tem-se a relação fraterna, aquela em que cada membro da relação é responsável pelo outro. Mais diretamente: Fraternidade (como relação) é responsabilidade recíproca.[35]

Por fim, também há uma força simbólica da Constituição e, sucessivamente, da fraternidade que não pode ser desprezada. O simbólico consiste em um discurso no qual há deslocamento do sentido extraído da realidade para outra esfera de significações. Em uma acepção negativa, o simbólico pode representar manipulação conceitual ou cinismo político de uma ideia-promessa, que não será realizada, como forma de legitimação da dominação social, encobrindo a realidade.

Lado outro, por vezes, o recurso a um ideário abstrato e universal é elemento retórico essencial para a superação de situações concretas de negação dos direitos, incitando uma ampla realização do modelo normativo no futuro e perquirindo condições fáticas de conquista do prometido em termos normativos.[36] Então, desde sua concepção ainda em termos religiosos, a fraternidade atua como ideia sobre a qual se constrói a esperança autêntica, levando à ação social contra a angústia e o medo. No esperar altivo, com olhos de ver, a fraternidade atua como força em direção à realização de "sonhos de uma vida melhor", como também opera o princípio da esperança na formulação de Ernst Bloch.[37] Por consequência, o conteúdo jurídico da fraternidade ostenta força simbólica para fins de superação de desigualdades inconciliáveis à justiça social ou da privação de liberdades individuais pressupostas ao desenvolvimento da personalidade.

Neste momento, recordo o poeta gaúcho Mário Quintana:

> Se as coisas são inatingíveis .....ora!

---

[35] BARZOTTO, Luis Fernando. Fraternidade: uma aproximação conceitual. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luis Fernando. **Direito e Fraternidade: em busca de concretização**. Aracaju: EDUNIT, 2018, p. 88.

[36] NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./dez. 2005, *passim*.

[37] Cf. BLOCH, Ernst. **Le Principe Espérance.** Trad. Françoise Wuilmart. 3 v. Paris: Gallimard, 1976.

Não é motivo para não querê-las.....
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica presença das estrelas

Impende registrar, ainda, que essas considerações sobre o simbolismo do direito fundamental à fraternidade não infirmam ou sequer arrostam o comando previsto no art. 5º, § 1º, da Constituição da República, segundo o qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isso porque a garantia da aplicabilidade direta dessas normas não corresponde a afirmar que as eficácias jurídicas de todos os direitos e garantias são idênticas. Repise-se: a fraternidade na condição de categoria constitucional possui aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro, usufruindo do mesmo regime jurídico unitário dos direitos fundamentais. Do mesmo dispositivo constitucional supracitado, é possível depreender um dever, por parte dos órgãos estatais, de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais, o que inclui a fraternidade.[38]

Em esforço conclusivo a esta seção, pretende-se tratar de três assuntos: o conceito de direito fundamental à fraternidade, a fundamentalidade material e formal dessa norma e a aplicação das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais à fraternidade.

Quanto ao primeiro aspecto, os direitos fundamentais são posições jurídicas positivadas no ato normativo máximo em relação ao direito constitucional interno dos Estados soberanos. Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, "[d]ireitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais (...) tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual."[39] Nesse sentido, a finalidade

---

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 373-374.

[39] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

precípua dessas instituições jurídicas é conferir aos indivíduos posição jurídica, geralmente de caráter material, limitadoras da ação estatal sobre o Povo.

Partindo desse âmbito mais geral, próprio da teoria geral dos direitos fundamentais, a dimensão jurídica da fraternidade encontra expressão exauriente na formulação argumentativa de Grégore Moura:

> Assim, a fraternidade jurídica contemporânea consiste em um direito público subjetivo do cidadão dotado de verticalidade, exigível do Estado e que permeia todos os direitos constitucionais, através do movimento de sua constitucionalização material, a qual promove incessantemente a fraternização da Carta Magna.
>
> (...)
>
> Além disso, o conceito de fraternidade é eminentemente jurídico, ou seja, apesar de ser influenciados pelas demais ciências humanas, a fraternidade jurídica-contemporânea possui caráter prático, ecumênico e efetivo. [40]

Sendo assim, pode-se reconhecer *ab initio* que a fraternidade é um direito fundamental autônomo, cujo centro axiológico repousa sobre a dignidade da pessoa humana e se desenvolve como valor com coloração analítica própria, ao promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização na práxis jurídica.

Quanto à dupla fundamentalidade dos direitos fundamentais, a supremacia e a rigidez da normatividade constitucional garantem às normas de direitos fundamentais no sistema jurídico. No âmbito material, a fundamentalidade material decorre da função dos direitos fundamentais como instrumentos para a tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, ao passo que "[a] fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no

---

[40] MOURA, Grégore Moreira. **Direito Constitucional Fraterno.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 100.

ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário."[41]

A fundamentalidade formal cinge-se ao direito constitucional positivo, articulando com um regime jurídico unitário dos direitos fundamentais, notadamente essas normas gozam de supremacia hierárquica no ordenamento jurídico como parte integrante da constituição escrita, encontram-se submetidas aos limites formais e materiais da reforma constitucional, assim como são imediatamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediatamente, os agentes privados.[42]

Ademais, na ordem constitucional brasileira tomada em concreto, a posição dos direitos fundamentais é definida com base na fundamentalidade formal, isso porque somente se qualifica como fundamental aquele direito preconizado por normas derivadas da própria Constituição, ainda que seu alcance e relevância social e jurídica sejam limitados.[43] Representaram, portanto, uma opção expressa do Poder Constituinte Originário ou Derivado.

Em uma definição mais ampla, a caracterização dos direitos fundamentais decorreria do conteúdo do bem jurídico tutelado, e não da forma constitucional. No entanto, as complicações práticas e teóricas da adoção dessa concepção mais alargada seriam imprevisíveis, porque, ao fim e ao cabo, deslocaria ao intérprete a escolha dos bens mais fundamentais, ainda que em processo discursivo em uma sociedade aberta, em detrimento das instâncias majoritárias que criam e inovam primariamente a ordem jurídica. Irmana-se, portanto, ao Professor português Paulo Ferreira da Cunha, quando diz que "[p]erante a mentalidade moderna, positivista (...) por evidentes, profundos, belos, verdadeiros e justos que sejam os princípios ou as razões não escritas que se invoquem, pouco ou nulo vencimento de causa se obtém. Por isso, a positivação é essencial."[44]

---

[41] ALEXY, op. cit., p. 520.

[42] SARLET, op. cit., p. 325-326.

[43] DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 41.

[44] CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira.** São Paulo: Método, 2007, p. 126.

De todo modo, a fraternidade não apenas se insere na categoria de direito fundamental, mas também como direito humano universal com previsão em diversos tratados internacionais, por sua vez incorporados por intermédio dos ritos dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição da República. Coloca-se em questão a cláusula de remissão ou o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais com previsão no § 2º referido, presente desde a primeva constituição republicana. Isso significa que os direitos previstos no art. 5º da Constituição não excluem outros decorrentes de regime, princípios explícitos e implícitos da ordem constitucional e tratados celebrados pelo Brasil em matéria de direitos humanos.

A despeito de compreender a ponderação, segundo a qual "a dimensão do catálogo dos direitos fundamentais previsto na Constituição brasileira torna difícil imaginar um direito fundamental que pudesse ser adicionalmente colocado dentre esses direitos basilares com fundamento nessa norma de remissão"[45], torna-se relevante essa tomada de posição para avançar na proteção à pessoa humana em diversas searas, como, por exemplo, em relação ao bloco de constitucionalidade e ao controle de convencionalidade, assim como a filtragem do ordenamento jurídico sob as luzes dos direitos humanos, isto é, "1) declarar inconstitucional ou não recepcionada determinada norma ofensiva aos direitos humanos; 2) escolha de interpretação conforme aos direitos humanos de determinada norma; 3) exigir que as políticas públicas tornem efetivas as normas de direitos humanos estabelecidas na Constituição."[46]

Restringindo aqui somente à fraternidade na condição de direito fundamental, em termos formais, o lugar constitucional do ideal fraterno encontra guarida no preâmbulo e no art. 3º, III, do Texto Constitucional. "Necessário frisar que nenhuma Constituição brasileira precedente fez referência à fraternidade nos preâmbulos ou na parte dogmática, fato que

---

[45] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 178.

[46] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 391-393.

demonstra uma preocupação constituinte com o conteúdo ético, filosófico e jurídico da fraternidade."[47]

É certo que nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial há controvérsia sobre a força normativa da parte preambular da Constituição da República. A partir da ADI 2.076, de relatoria do Ministro Carlos Velloso[48], controvertia-se sobre a omissão do Poder Constituinte Decorrente acreano quanto à invocação de Deus no preâmbulo da constituição estadual, fugindo do figurino federal. Nesse julgado, firmou-se entendimento segundo o qual essa expressão preambular não teria eficácia normativa, não vinculando a auto-organização do Estado federado.

Decerto, a questão posta em abstrato poderia ter sido facilmente resolvida sob a ótica do princípio pretoriano da simetria, com afirmação peremptória da não reprodutibilidade obrigatória de expressão confessional, ante o multiculturalismo e a diversidade de credos observáveis no território nacional. De todo modo, o aresto do Supremo Tribunal Federal arrefeceu grande parte do interesse doutrinário e da aplicação jurisprudencial das normas contidas no preâmbulo do texto constitucional, desconsiderando as potencialidades operacionais de parcela determinante da ordem constitucional.

Não se mostra sustentável a tese da irrelevância jurídica do preâmbulo agasalhada pelo STF no referido julgamento. Na esteira de Paulo de Barros Carvalho, o Direito é funcionalizado como linguagem empregada na regulação de condutas sociais, por isso a prescritividade dos comandos derivados do preâmbulo não devem ter sua juridicidade desconsiderada.

> No subdomínio das significações dos enunciados, cumprem as cláusulas do preâmbulo papel prescritivo da mais elevada importância, impregnando, devido à sua hierarquia e pelo próprio

---

[47] MACHADO, Clara. **O Princípio Jurídico da Fraternidade: um instrumento da proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 79.

[48] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076,** Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 15.08.2002, Publ. DJ 08.08.2003.

> efeito da derivação lógica que desencandeiam, todas as unidades normativas do direito infraconstitucional (...) Na amplitude dessa providência, vários são os enunciados de forte carga axiológica aduzidos no preâmbulo, todos eles partes constitutivas das formulações proposicionais disciplinadoras de condutas intersubjetivas, bastando lembrar que alguns desses magnos princípios, manipulados pelos juristas, pertencem à subclasse dos implícitos, como os primados da justiça, da segurança jurídica e da certeza do direito, que não são retomados expressamente no texto da Constituição, mas que, é certo, hão de repercutir com intensidade controlada em todas as normas do ordenamento. Esclareço logo que tal implicitude diz respeito ao corpo articulado de preceitos, pois encontram-se literalmente mencionados na declaração preambular.[49]

Posteriormente, no âmbito da ADI 2.649, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia[50], o STF parece ter realizado parcial viragem jurisprudencial quanto ao fundamento de decidir, isto é, a força normativa do preâmbulo da Constituição, ao reconhecer no voto da Relatora que no preâmbulo está contida a explicitação dos valores que dominam a obra da Constituição da República, daí retira o imperativo de uma comunidade política livre, justa e fraterna e a juridicidade da solidariedade. Na visão da Suprema Corte, o preâmbulo prescreveria ação cogente ao Poder Público e definiria o conteúdo jurídico de princípios imbuídos de alta carga axiológica.

Com efeito, para os fins desta investigação, não há maiores dúvidas acerca da fundamentalidade formal da dimensão jurídica da fraternidade, até pelo reconhecimento do princípio da fraternidade nas jurisprudências das cortes de vértice do sistema judicial brasileiro, notadamente STF e STJ.

Superada essa questão, tem-se que "[o]s direitos fundamentais positivados constitucionalmente recebem uma espécie de validação

---

[49] CARVALHO, Paulo de Barros. O Preâmbulo e a Prescritividade Constitutiva dos Textos Jurídicos. In: **Revista Direito GV,** v. 6, n. 1, p. 295-312, jan./jun. 2010, p. 302.

[50] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.649,** Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 08.05.2008, Publ. em DJe 17.10.2008.

comunitária, pois fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica, principalmente no que tange a comunidade brasileira."[51]

Logo, a fundamentalidade material implica análise do conteúdo dos bens jurídicos tutelados pelas normas de direitos fundamentais, à luz das opções do Poder Constituinte em uma ordem jurídica concreta, aferindo se correspondem à decisão basilar sobre a estrutura do Estado e da sociedade diretamente relacionada à pessoa humana.

> Tomar a fraternidade por seus elementos materiais implica reconhecer que a relação fraterna contempla um desdobramento na realidade na vida social que, ao mesmo tempo em que transforma o modo como compreendida a sociedade, produz efeitos na consciência social sobre o humano e a humanidade. Uma concepção de normatividade material do princípio da fraternidade, nesse sentido, está perfeitamente em consonância com a concepção de vida em sociedade que se desdobra no acolhimento do projeto existencial do ser humano.
>
> A questão da vontade, que é fundamental para concepção jurídica de autonomia, serve para evidenciar o quanto a materialidade da vida social é importante para a sistematização do direito e da fraternidade.[52]

Sendo assim, seja pela presença na tríade revolucionária afirmada na Declaração Universal dos Direitos do Homem que condicionou todo o desenvolvimento do constitucionalismo na tradição ocidental, seja pelo destaque que o conceito adquire no fornecimento e na manutenção da

---

[51] PIRES, Nara Suzana Stainr. A Fraternidade como categoria juridical no sistema normativo brasileiro contemporâneo. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (orgs.). **O Direito Revestido de Fraternidade: estudos desenvolvidos no programa de pós-graduação em direito da UFSC.** Florianópolis: Insular, 2016, p. 105.

[52] OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Normatividade material do princípio da fraternidade na realidade brasileira. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A Fraternidade como Categoria Jurídica: da utopia à realidade.** Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 59-60.

unidade, a fraternidade possui função fundante na teoria jurídica, embora não baste, por si só, para reconstruir uma ordem constitucional e respectivo sistema de justiça.[53]

Reconhecida dimensão jurídica à fraternidade e assentado o conteúdo, alcance e finalidades desse direito fundamental, vale a pena lembrar alguns precedentes que são emblemáticos quanto à concretude do princípio da fraternidade no ordenamento jurídico pátrio, fazendo letra viva à força normativa do preâmbulo e dos princípios da Constituição:

> **DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI N. 8.112/90. LEI N. 7.853/89. DECRETOS N. 3.298/99 E 5.296/2004.**
>
> 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor".
>
> 2. A visão univalente -- comprometedora das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos.
>
> 3. **A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988**.
>
> 4. Recurso ordinário provido.[54]

---

[53] ROSSETTO, Geralda Magella de Faria; VERONESE, Josiane Rose Petry. Da Construção e Reconstrução do Conceito de Fraternidade. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luis Fernando. **Direito e Fraternidade: em busca de concretização**. Aracaju: EDUNIT, 2018, p. 139.

[54] RMS 26071, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00314 RTJ VOL-00205-01 PP-00203 RMP n. 36, 2010, p. 255-261. Negritei.

No precedente supra, a Suprema Corte, uma vez mais, cuidou da inserção profissional dos portadores de necessidades especiais, na perspectiva fraternal. Tratava-se de um concurso público prestado por candidato com deficiência – visão monocular.

Nesse sentido, nunca é demais lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Logo, reparar ou compensar fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve no quadro da nossa Lei Maior.

RAPOSA SERRA DO SOL

Na **PET 3.388**, que trata da demarcação de terras indígenas, de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto (j. em 19/03/2009), o STF considerou os artigos 231 e 232 da Constituição Federal como "de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária".

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, no julgamento em comento, a legalidade da demarcação contínua da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima.

CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Outro julgado em que a relação entre direito e fraternidade teve destaque no Excelso Pretório foi a **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510**, j. em 29/05/2008, que autorizou as pesquisas com células-tronco embrionárias. Durante o julgamento da ADI, o ministro Carlos Ayres Britto (Relator) afirmou que "a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapreço pelo embrião *in vitro*, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica 'a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça' como valores supremos de uma sociedade mais que tudo 'fraterna'".

PNEUS USADOS

A legislação que proíbe a importação de pneus usados é constitucional. A decisão foi tomada pelo Plenário do Supremo em junho deste ano, no julgamento da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101**. A ação foi proposta pelo presidente da República, por intermédio da Advocacia Geral da União, questionando decisões judiciais que permitiram a importação de pneus usados. A decisão é de relevante importância na proteção do meio ambiente, tema de grande influência fraternal, pois a Constituição Federal impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as gerações presentes e futuras.

Mais recentemente, decidiu o STF que todos (pessoas físicas ou jurídicas – de direito público ou de direito privado) devem garantir a inclusão dos portadores de deficiências. Veja-se:

> **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei n. 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra**

> **histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei n. 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.**[55]

Nessa linha de raciocínio, o horizonte da fraternidade é o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, só por ser pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos operadores do Direito e do Sistema de Justiça. Logo, ainda que as normas jurídicas não possam impor a fraternidade, pode a atuação dos operadores do Direito testemunhá-la.

---

[55] ADI 5.357 MC-Ref, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016.

Em suma, o princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias.

A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º).

O Sistema Recursal do Código de Processo Penal e o do Projeto de Novo CPP (PL 8045/10-CD): Estudo Comparativo das Disposições Gerais de Ambos

Ribeiro Dantas
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O SISTEMA RECURSAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O DO PROJETO DE NOVO CPP (PL 8045/10-CD): ESTUDO COMPARATIVO DAS DISPOSIÇÕES GERAIS DE AMBOS

*Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**

O sistema recursal do Código de Processo Penal em vigor está ultrapassado e é ineficaz. Foi pensado com a cabeça e os paradigmas do Brasil da década de 30 do século passado: um país rural, em que ainda se ia a cavalo para as comarcas do interior, onde corriam processos a bico de pena, pois sequer a datilografia havia chegado a todos os lugares e a esferográfica nem tinha sido inventada. Raros os locais em que havia telefone. O rádio dava seus primeiros passos. Televisão não passava de um sonho. Internet, nem isso.

O Código, nesse ponto, envelheceu mal. As inúmeras reformas que sofreu não foram sistemáticas nem minimamente eficientes. Ele não é apenas uma colcha de retalhos, é uma colcha de retalhos furada: há remissões a outros dispositivos que apontam para alguns já revogados, ou que foram modificados e não tratam mais da matéria a que se intentava remeter. Não foram eliminadas algumas das velharias mais características de sua idade provecta e que poderiam melhorar o processo penal brasileiro, como um conjunto de prazos mais simplificado, uma estrutura de tutelas de urgência mais prática, e agravos interpostos diretamente nos tribunais,

* Mestre e Doutor em Direito.
Professor de Direito.

permitindo que as partes e advogados abandonassem o uso abusivo do *habeas corpus,* a que se dedicam hoje, muitas vezes pela falta de meios recursais que efetivamente atendam a suas necessidades.

Nesse sentido, o projeto de novo CPP - PL 8.045/10, da Câmara dos Deputados, onde corre na Comissão Especial respectiva - traz grandes avanços, que, evidentemente, só poderão ser melhor avaliados se forem transformados em realidade normativa, mas que, mesmo ainda em forma legislativamente embrionária, são promissores, ainda que não perfeitos.

Neste artigo trataremos de alguns deles, de modo comparativo.

Topograficamente, o CPP atual põe os recursos em seu *Livro III – Das Nulidades e dos Recursos em Geral.* O projeto, no *Livro II – Do Processo e dos Procedimentos.* Técnica melhor, sem dúvida. Até porque, na lei vigente, ações autônomas, que não são recursos, já que formam nova relação processual, como a revisão criminal e o *habeas corpus* são reguladas em conjunto com aqueles, o que é uma atecnia evidente, que a proposta de lei nova corrige.

Assim como o CPP começa a tratar do tema no *Título II* do livro antes referido, chamado *Dos Recursos em Geral*, o projeto o faz, sob a mesma denominação, no *Título V* do livro antes especificado.

Tanto o CPP como o projeto iniciam ditos títulos com um *Capítulo I – Disposições Gerais.* No primeiro, tais disposições vão do art. 574 ao 580 (apenas sete artigos); no último, do art. 458 ao 472 (mais que o dobro, quinze).

O cotejo entre a lei vigente e a proposta de lei nova, quanto a esses capítulos correspondentes é o objetivo maior destas linhas.

No CPP, as disposições gerais abrem com a velharia que é a afirmação (art. 574) de que os recursos podem ser voluntários e de ofício. De há muito se sabe que não há recurso *ex officio,* pois a voluntariedade é elemento fundamental do instituto. Trata-se, por óbvio, de hipótese de remessa necessária. No projeto, em vez disso (art. 458), garante-se a "toda pessoa acusada da prática de uma infração penal (...) o direito de recorrer a outro juiz ou tribunal de decisão que lhe seja desfavorável, observados os prazos e condições fixados neste Título". Só não me agrada no dispositivo a expressão "a *outro* juiz ou tribunal", porque, como é curial, há recursos para

o mesmo juiz (embargos de declaração, por exemplo) ou tribunal (agravos internos, *verbi gratia*). A supressão da frase aperfeiçoaria o dispositivo.

Depois vem, no CPP, a garantia (art. 575) de que "[n]ão serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo". O projeto a repete com alteração mínima de redação. "Art. 464. Não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão do serviço judiciário, não tiverem seguimento ou não forem apresentados no prazo".

Segue, no CPP (art. 576) a regra segundo a qual o Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto, a qual, felizmente não é reproduzida no projeto. Num processo penal em que os negócios processuais, há décadas, são permitidos, em que há transação penal, colaboração premiada, etc., manter essa norma não faz o menor sentido. Portanto, mais um progresso do projeto, a meu sentir.

O CPP (art. 577) estatui que "[o] recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor" e, no parágrafo único respectivo, o adendo segundo o qual "[n]ão se admitirá (...) recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão". O projeto melhora tal tratamento, explicitando a situação da vítima - que não apenas neste segmento recursal é incluída na codificação -, do assistente e do terceiro juridicamente prejudicado, quando afirma (art. 461) "[o] recurso poderá ser interposto pelas partes e, nas hipóteses previstas em lei, pela vítima, pelo assistente ou por terceiro juridicamente prejudicado".

Além disso, traz em seu "§ 1º Ao acusado é facultado interpor o recurso pessoalmente, por petição ou termo nos autos, caso em que o juiz intimará ou, se necessário, nomeará defensor para apresentar as razões", que corresponde, com melhoramentos de redação, ao *caput* do art. 578 do atual CPP[1]. E, no "§ 2º O recurso da defesa devolve integralmente

[1] O § 1º do art. 578 do CPP — "[n]ão sabendo ou não podendo o réu assinar o nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas" — não foi reproduzido no projeto. Apesar da diminuição do analfabetismo no longo período de vigência do CPP, ele infelizmente está longe de ser erradicado em nosso país, portanto considero que seria interessante replicar a regra. Dos §§ 2º e 3º desse dispositivo, tratarei logo adiante.

o conhecimento da matéria ao tribunal". Este último, interpretado *a contrario sensu* indica que tal não ocorrerá se o recurso for da acusação.

Da cabeça e do § 1º do art. 578 do CPP já se falou - acima e em nota de rodapé, respectivamente. Restam os demais §§ desse artigo, cuja redação é: "§ 2º A petição de interposição de recurso, com o despacho do juiz, será, até o dia seguinte ao último do prazo, entregue ao escrivão, que certificará no termo da juntada a data da entrega" e "§ 3º Interposto por termo o recurso, o escrivão, sob pena de suspensão por dez a trinta dias, fará conclusos os autos ao juiz, até o dia seguinte ao último do prazo". No projeto, essas disposições correspondem ao art. 462, que, de modo bem mais hodierno, estipula: "O recurso será interposto por petição dirigida ao órgão judicial competente, acompanhada de razões, que compreenderão os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão".

Além de abandonar a deficiente técnica legislativa do código velho, sempre preocupado que o escrivão - hoje secretário do Juízo - apresentasse atempadamente as petições das partes ao Julgador, a novel regulação prescreve que o recurso deve ser acompanhado de suas razões, pois o projeto suprime a possibilidade, tão característica do CPP em vigência, de se recorrer (dentro de um dado prazo) e só depois arrazoar (com mais outro prazo), podendo esse arrazoado ser feito em outra instância.

A crítica que faço à nova redação é que, ao dizer que o recurso deve ser ofertado com as razões, ela fala apenas em recurso interposto por petição. Ocorre que o próprio projeto, em seu art. 580, § 1º, admite também, como visto, a interposição por termo. Por conseguinte, da maneira como está, pode surgir a interpretação de que, sendo desta última maneira, não seria necessário acompanhá-lo das razões.

Dir-se-á: mas é isso mesmo, o réu que afirma desejar recorrer e pede seja isso tomado por termo pode não ter condições de oferecer razões. Pois bem. Deveria então haver um dispositivo estabelecendo um prazo para que o fizesse, ou a explicitação de que, nesse caso, seria aceita uma fundamentação genérica, ou que não seria necessária fundamentação nenhuma, pela presunção de que o réu simplesmente estaria impugnando todos os pontos do decisório a ele desfavorável. O que não pode haver é, como há, uma indefinição. O projeto peca, neste aspecto, por omissão ou quando menos por imprecisão, penso eu.

O famosíssimo princípio da fungibilidade recursal, presente no CPP (art. 579 e seu parágrafo único) é reproduzido *ipsis litteris virgulisque* no projeto (art. 463 e seu parágrafo único).

O CPP reza (art. 580): "No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros". A regra tem equivalente no projeto (art. 470): "No caso de concurso de pessoas, a decisão do recurso interposto por um dos acusados, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros". Não há mudança significativa que mereça comentário.

Findas as disposições gerais aos recursos no CPP, passa-se àquelas que só existem no projeto.

O art. 459 explicita - seria mesmo necessário fazê-lo? - que "[as] decisões poderão ser impugnadas no todo ou em parte".

O art. 460 lista - utilizando técnica que no Processo Civil é há tempos empregada, mas que no CPP vigente não fora acolhida - os recursos admitidos: "São cabíveis os seguintes recursos: I – agravo; II – apelação; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário".

Aqui há muitas observações a fazer:

Felizmente, e já não sem tempo, desaparece o recurso em sentido estrito, que não chega a ser em si um recurso, mas uma *denominação guarda-chuva* que abrange várias figuras recursais inominadas, umas direcionadas a decisões interlocutórias, outras a sentenças, umas subindo com os autos, outras por instrumento, a maioria obedientes a um prazo, mas pelo menos uma a outro, e se cria um agravo que - no capítulo próprio se verificará - poderá ter real efetividade, já que admite tutela de urgência e será interposto diretamente no tribunal, o que - espera-se - diminua o manejo abusivo do *habeas corpus*, que tantos problemas tem causado - o abuso, não o *writ* - ao processo penal brasileiro na atual quadra.

O termo *agravo* desse inciso I do art. 460, que abre o rol de recursos no projeto de novo código, aparece sem especificação, diferentemente do que fez o Código de Processo Civil, que o denomina

agravo *de instrumento* (art. 994, II, do CPC). Mas quando se vai ver o capítulo respectivo (*Capítulo II – Do Agravo,* arts. 473 a 479), observa-se que é mesmo de um agravo instrumental que o projeto está falando.

A lista, então, revela-se omissa, porque não arrola o *agravo interno* (dito impropriamente regimental, ou agravinho), previsto no próprio projeto em seu art. 520 - "[d]as decisões do relator que não admitir o recurso, negar-lhe provimento ou reformar a decisão recorrida, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para julgamento do recurso. Não havendo retratação, o processo será apresentado em mesa" -, nem o *agravo contra a inadmissão de recurso extraordinário ou especial,* igualmente contemplado (art. 511): "Da decisão que inadmitir o recurso extraordinário ou o recurso especial caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, nos próprios autos do processo, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo".

Depois vem a apelação - que, como se poderá verificar no capítulo específico (*Capítulo III – Da Apelação,* arts. 480 a 491), tem um tratamento muito mais racional e enxuto que o do CPP atual. Embora o objetivo deste artigo seja tão-somente cuidar da comparação entre as disposições gerais sobre recursos no CPP e no projeto, não é possível comentar essa lista sem deixar de registrar algo sobre cada recurso em espécie nos dois textos.

O refinamento da técnica legislativa tocante à apelação é sensível quando se faz o cotejo entre a redação do CPP e a do projeto. Por exemplo: enquanto aquele ainda mantém as complicadas e vetustas expressões *sentenças e decisões definitivas ou com força de definitivas* (art. 593, II), este diz simplesmente que o apelo cabe de decisão que extingue o processo com ou sem resolução de mérito (art. 480).

No seio da disciplina da apelação, aparece mais um recurso que não consta do rol do art. 460 do projeto: o *agravo nos autos* da decisão que inadmite a apelação (art. 489, §§ 1º e 2º). Outra omissão do rol.

Em seguida, os embargos infringentes, que no CPP de agora são chamados de embargos infringentes e de nulidade[2] mas não são tratados

[2] A ausência da expressão "e de nulidade" não muda nada, na minha opinião. Continuará sendo possível tratar de nulidade nesse tipo de recurso.

em capítulo próprio[3], que entretanto existe no projeto (*Capítulo IV – Dos Embargos Infringentes,* arts. 492 a 496)[4]. O cabimento será menos amplo, como se pode ver no art. 492. No regime atual basta haver acórdão não unânime desfavorável ao réu. No do projeto, será preciso acórdão condenatório não unânime que tenha reformado sentença de mérito. Corretíssima a novidade, com impecável aplicação do princípio da dupla conformidade.

O projeto aproveita ainda para repetir (art. 496) regra que constava do CPC de 1973 (art. 498, incluída pelo art. 42 da Lei 8.038, de 28/05/1990), segundo a qual o prazo para interposição dos recursos extraordinário e especial, inclusive quanto à parte unânime do *decisum,* fica sobrestado até a intimação da decisão dos infringentes.

Faço questão de tratar disso porque, no momento, o ordenamento processual criminal vive um *buraco negro* nessa matéria. O CPC 2015 revogou o de 1973, derrogando, portanto, a mencionada disposição (que nunca existiu no CPP) e com isso impedindo sua aplicação no processo penal por analogia, como se vinha fazendo. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, porém, em boa hora, estabeleceu enunciado administrativo pelo qual continua a aplicar tal regramento. A jurisprudência felizmente o está seguindo *nemine discrepante.* O projeto resolve de vez esse problema.

Continuando, vêm os embargos de declaração - que no frontispício do capítulo respectivo do CPP ainda em vigor são chamados simplesmente embargos - os quais, regulados no *Capítulo V – Dos Embargos de Declaração,* arts. 497 e 498, têm seu cabimento ajustado: só em casos de obscuridade, contradição ou omissão (desaparece a ambiguidade, que na verdade é uma subespécie de omissão). A exemplo do que fez o CPC 2015, regula-se a possibilidade de efeitos modificativos, caso em que a ouvida

---

[3] Eles aparecem apenas no parágrafo único do art. 609, em meio a outras disposições no atual *Capítulo V – Do Processo e do Julgamento dos Recursos em Sentido Estrito e das Apelações nos Tribunais de Apelação*.

[4] Felizmente não se cedeu à tentação de novidade como a do CPC de 2015, que substituiu esse recurso por uma técnica de julgamento ampliado que só tem trazido dificuldades aos tribunais de apelação cujos regimentos internos preveem câmaras ou turmas de menos de 5 Desembargadores.

prévia da outra parte passa a ser de rigor, o que hoje está na jurisprudência. E o projeto aproveitou para dar um arriscado passo adiante: limitou a uma única vez o manejo dos declaratórios (art. 497, § 2º), em dispositivo que, se tornado lei, provocará certamente infindáveis discussões.

Segue o recurso ordinário, que não aparece no CPP, embora, obviamente, exista no processo criminal, pois é de origem constitucional. No projeto é disciplinado no *Capítulo VI – Do Recurso Ordinário Constitucional* (arts. 499 a 501), sem novidades dignas de nota em relação ao que hoje se pratica com base na Lei 8.038 e na jurisprudência, salvo quanto ao prazo.

Enfeixa-se a lista com os recursos especial e extraordinário (*Capítulo VII,* arts. 504 a 514), que ganham detalhamento normativo similar, ainda que bem mais resumido, ao que hoje decorre do CPC, de momento aplicável, com as modificações cabíveis, ao processo criminal, porquanto revogada, nessa parte, a Lei 8.038, sendo claramente insuficientes os míseros dois dispositivos que restam no CPP acerca do apelo extraordinário.

A estruturação normativa proposta, conquanto mais econômica que a do CPC, trata, como esta, de repercussão geral e recursos repetitivos.

Mas a lista novamente se afigura omissa, porque não fala em embargos de divergência, que são uma realidade tanto no STJ como no STF. Não há previsão sequer implícita desse recurso no projeto, o que vejo como uma falha séria.

Realmente, não é possível sequer a exegese de que se trata de um silêncio eloquente, de que o legislador está mesmo querendo que não haja embargos de divergência em matéria criminal.

Isso seria, a meu ver, interferir indevidamente na estrutura interna do STJ e do Supremo e prejudicar-lhes as respectivas missões constitucionais de guardião da Constituição e garante da autoridade normativa e da harmonia interpretativa da Lei Federal.

Portanto, pretender vedar os embargos de divergência no processo penal me parece inconstitucional. Ademais, seria inútil, diante do art. 96, I, *a,* da Carta da República.

Então, é melhor o legislativo aperfeiçoar o projeto, não só acrescentando à lista do art. 460 os embargos de divergência, mas também - seja em capítulo específico, seja dentro daquele reservado aos recursos especial e extraordinário - cuidando de tratar, ainda que sumariamente, dessa necessária espécie recursal.

As demais disposições gerais que aparecem no projeto e não constam do capítulo homólogo do CPP vigente são as seguintes:

O art. 465 do projeto dispõe que "[o] prazo para interposição do recurso contar-se-á da intimação" e seus §§ rezam: "§ 1º A petição será protocolada em cartório ou na secretaria do órgão recorrido ou remetida pelo correio, com aviso de recebimento pessoal pelo responsável. § 2º A petição do recurso, no prazo para a sua interposição, poderá ser transmitida por meio eletrônico, com aviso de recepção, na forma da lei e do regimento interno. § 3º O prazo para a interposição de recurso extraordinário e especial, relativamente à parte unânime do julgamento, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos infringentes". Nota-se, aqui, que a regra do § 3º está repetida no projeto. Como dissemos antes, ela também consta no art. 496, no capítulo relativo aos infringentes, local que me parece mais apropriado. Esse § 3º, por conseguinte, deve ser cortado.

O art. 466 trata de um tema interessante: "[s]e, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier motivo de força maior que impeça a sua apresentação, o prazo da parte afetada será suspenso, voltando a correr depois de nova intimação. Parágrafo único. No caso de falecimento do defensor, o prazo será restituído integralmente, cabendo ao acusado, após intimação pessoal, indicar o novo defensor no prazo de 5 (cinco) dias, assegurada a assistência jurídica pela Defensoria Pública." Só acrescentaria, ao final do parágrafo único um adendo: "ou, na sua falta, por defensor dativo".

O art. 467 talvez devesse ser um § 2º em sequência ao parágrafo único do artigo anterior (obviamente, então, renomeado para § 1º), pois parece ter a ver com a situação por ele retratada. Do modo como está tem pouca inteligibilidade: "[a] resposta do defensor é condição de validade do recurso, mesmo que a decisão seja anterior ao oferecimento da denúncia".

Confesso minha dificuldade, de todo modo, em entender a segunda parte do dispositivo.

O art. 468 diz, simplesmente: "Transitado em julgado o acórdão, o escrivão ou secretário, independentemente de despacho, providenciará a baixa dos autos ao juízo de origem, no prazo de 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Havendo pluralidade de réus, será extraída a guia de recolhimento para a execução da sentença em relação ao réu para quem estiver transitada em julgado". Evidente norma de procedimento para propiciar com mais celeridade o início do cumprimento da pena. Sua absoluta vinculação ao trânsito em julgado, porém, vai depender do que o Supremo e o Congresso decidirem acerca da *questão do momento* no Direito Brasileiro: a execução provisória da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias. Dessarte, esse é um ponto em que o projeto poderá talvez ter de sofrer alteração, a bem da coerência interna do sistema penal e processual penal.

O art. 469 positiva o efeito substitutivo dos recursos - "[o] julgamento proferido pelo tribunal ou pela turma recursal substituirá a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso" - mas não o faz com precisão. Porque isso só acontece se e na extensão em que o recurso for conhecido. Se não o for, o julgamento do Juízo *as quem* não substitui nada, permanecendo aquele do órgão *a quo.* Portanto, ou se corrige isso, ou se exclui esse dispositivo.

O art. 471 explicita legalmente o princípio da proibição da reforma em prejuízo. A cabeça do artigo proíbe a *reformatio in pejus* direta: "[n]o recurso da defesa, é proibido ao tribunal agravar a situação jurídica do acusado". Seu § 1º, a indireta: "[d]eclarada a nulidade da decisão recorrida, a situação jurídica do acusado não poderá ser agravada no novo julgamento". Duplo avanço em relação ao texto vigente. A uma, pela localização da regra, nas disposições gerais, como deve ser, porque válida para todos os recursos, quando atualmente ela existe no CPP, mas em seu art. 617, dentro de um capítulo apenas referente aos recursos em sentido estrito e às apelações, embora doutrina e jurisprudência a elasteçam para quaisquer espécies recursais. A duas, pela adoção expressa da vedação do prejuízo por reforma indireta, que já existe hoje, mas apenas por convencimento doutrinário e jurisprudencial.

E, no § 2º, ainda ao art. 471, uma inovação feliz: uma espécie de *reformatio in pejus* invertida, *reformatio in melius pro reo* autorizada ou permissão da reforma para melhor em prol do réu quando o recurso for apenas da acusação. "No recurso exclusivo da acusação, poderá o tribunal conhecer de matéria que, de qualquer modo, favoreça o acusado."

Para terminar as disposições gerais sobre recursos, o projeto traz uma disposição generosa: "Art. 472. Os recursos serão interpostos e processados independentemente de preparo e de pagamento de custas ou despesas." Ou seja: todos os recursos criminais passam a ser gratuitos. Acho interessante, mas seria importante realizar projeções financeiras para ver se isso vai impactar financeiramente os Judiciários Estaduais e Federal. Talvez não seja um ônus significativo, porque a imensa maioria dos réus é pobre. Entretanto, isso pode representar, principalmente para os que podem pagar, um estímulo ao manejo abusivo de recursos. Em suma, uma questão a refletir.

Com estas despretensiosas considerações, encerra-se essa comparação aligeirada do arcabouço das disposições gerais acerca de recursos no projeto do novo CPP em relação ao texto vigente. Os aprimoramentos são inegáveis, mas ainda há muito o que evoluir.

Que o Congresso prossiga nessa tarefa e, se possível, acelere os trabalhos. A sociedade clama por um novo Código de Processo Penal. Se este texto contribuir, ainda que minimamente, para essa discussão, seu objetivo estará alcançado.

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Projeto gráfico
Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração
Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Capa
Arte: Coordenadoria Multimeios - STJ
Fotógrafo - STJ

Impressão e Encardenação
Athalaia Gráfica e Editora

Criado com a promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988, disciplinado pela Lei n. 7.746, de 30 de março de 1989 e, definitivamente instalado em 7 de abril do mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça – após amplos debates políticos e de gestão da justiça iniciados na década de 70 – nasceu com a missão de salvaguardar a norma federal e garantir uniformidade na aplicação do direito.

Segundo o Relatório Estatístico de 2018, no período compreendido entre 7.4.1989 a 21.12.2018, o STJ recebeu 5.652.294 (cinco milhões, seiscentos e cinquenta e dois mil, duzentos e noventa e quatro) processos, tendo julgado, no período, 5.578.472 (cinco milhões, quinhentos e setenta e oito mil, quatrocentos e setenta e dois) processos. Os números falam por si. Nessas três décadas de existência, são notórios os esforços empreendidos pelo Tribunal da Cidadania no sentido, não só de tutelar a autoridade e unidade da lei federal, como também de garantir uma rápida prestação jurisdicional.

Para comemorar a data, o Tribunal publica Doutrina, obra especial que, nessa edição, apresenta artigos da lavra dos Ministros de Sempre – notáveis julgadores, partícipes da formação de precedentes históricos –, e dos Ministros de Hoje, juízes em atividade, comprometidos em fazer desse Tribunal uma Corte de Vanguarda, apta a pensar à frente de seu tempo.

Mauro Campbell Marques
Ministro Diretor da Revista

ISBN 978-85-7248-199-1
9 788572 481991