

Superior Tribunal de Justiça

# DOCTRINA



Edição Comemorativa - 25 anos  
Abril - 2014

STJ00097604



**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**DOCTRINA**

EDIÇÃO COMEMORATIVA - 25 ANOS



Brasília  
Abril - 2014



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
**DOCTRINA**

EDIÇÃO COMEMORATIVA - 25 ANOS



Ministra Nancy Andrichi  
Diretora da Revista

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO MINISTRO  
DIRETOR DA REVISTA

Ministra Nancy Andrighi	<i>— Diretora</i>
Andrea Dias de Castro Costa	<i>— Chefe de Gabinete</i>
Eloame Augusti	<i>— Servidores</i>
Gerson Prado da Silva	
Maria Angélica Neves Sant'Ana	
Maria Luíza Pimentel Melo	<i>— Técnico em Secretariado</i>
Cristiano Augusto Rodrigues Santos	<i>— Mensageiro</i>

*Gabinete do Ministro Diretor da Revista*  
SAF/Sul - Quadra 6 - Lote 1 - Ed. dos Plenários - 2º Andar - Sala C-240  
Brasília - DF - 70095-900  
[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)  
[revista@stj.jus.br](mailto:revista@stj.jus.br)  
Telefone (61) 3319-8803 Fax (61) 3319-8992

---

B823d

Brasil. Superior Tribunal de Justiça.

Doutrina : edição comemorativa, 25 anos / Superior Tribunal de Justiça. -- Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 2014.

616 p. : il.

Elaborado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista.

ISBN 978-85-7248-159-5

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 Felix Fischer	+ <i>Presidente</i>
Ministro Gilson Dipp	+ <i>Vice-Presidente</i>
Ministro Ari Pargendler	
Ministro Francisco Falcão	+ <i>Corregedor Nacional de Justiça</i>
Ministra Nancy Andrighi	+ <i>Diretora da Revista</i>
Ministra Laurita Vaz	
Ministro João Otávio de Noronha	+ <i>Diretor-Geral da ENFAM</i>
Ministro Arnaldo Esteves Lima	+ <i>Corregedor-Geral da Justiça Federal</i>
Ministro Humberto Martins	
Ministra Maria Thereza de Assis Moura	
Ministro Herman Benjamin	
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho	
Ministro Sidnei Beneti	
Ministro Jorge Mussi	
Ministro Og Fernandes	
Ministro Luis Felipe Salomão	
Ministro Mauro Campbell Marques	
Ministro Benedito Gonçalves	
Ministro Raul Araújo	
Ministro Paulo de Tarso Sanseverino	
Ministra Isabel Gallotti	
Ministro Antonio Carlos Ferreira	
Ministro Villas Bôas Cueva	
Ministro Sebastião Reis Júnior	
Ministro Marco Buzzi	
Ministro Marco Aurélio Bellizze	
Ministra Assusete Magalhães	
Ministro Sérgio Kukina	
Ministro Moura Ribeiro	
Ministra Regina Helena Costa	
Ministro Rogerio Schietti Cruz	
Ministro Nefi Cordeiro	

Resolução n. 19-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.

---

## CORTE ESPECIAL

---

<i>Presidente</i>	Ministro Felix Fischer
<i>Vice-Presidente</i>	Ministro Gilson Dipp
	Ministro Ari Pargendler
<i>Corregedor Nacional de Justiça</i>	Ministro Francisco Falcão
<i>Diretora da Revista</i>	Ministra Nancy Andrighi
	Ministra Laurita Vaz
<i>Diretor-Geral da ENFAM</i>	Ministro João Otávio de Noronha
<i>Corregedor-Geral da Justiça Federal</i>	Ministro Arnaldo Esteves Lima
	Ministro Humberto Martins
	Ministra Maria Thereza de Assis Moura
	Ministro Herman Benjamin
	Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
	Ministro Sidnei Beneti
	Ministro Jorge Mussi
	Ministro Og Fernandes

---

## PRIMEIRA SEÇÃO

---

Ministro Humberto Martins — *Presidente*

### PRIMEIRA TURMA

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho — *Presidente*

Ministro Ari Pargendler

Ministro Arnaldo Esteves Lima

Ministro Benedito Gonçalves

Ministro Sérgio Kukina

### SEGUNDA TURMA

Ministro Mauro Campbell Marques — *Presidente*

Ministro Humberto Martins

Ministro Herman Benjamin

Ministro Og Fernandes

Ministra Assusete Magalhães

---



## SEGUNDA SEÇÃO

---

*Presidente* — Ministro Luis Felipe Salomão

### TERCEIRA TURMA

*Presidente* — Ministro Villas Bôas Cueva  
Ministra Nancy Andrich  
Ministro João Otávio de Noronha  
Ministro Sidnei Beneti  
Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

### QUARTA TURMA

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

---

## TERCEIRA SEÇÃO

---

Ministro Jorge Mussi | *Presidente*

### QUINTA TURMA

Ministro Marco Aurélio Bellizze | *Presidente*

Ministra Laurita Vaz

Ministro Jorge Mussi

Ministro Moura Ribeiro

Ministra Regina Helena Costa

### SEXTA TURMA

Ministro Sebastião Reis Júnior | *Presidente*

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Ministro Rogerio Schietti Cruz

Ministra Marilza Maynard\*

---

\* Desembargadora convocada do TJ-SE

## COMISSÕES PERMANENTES

---

	<b>COMISSÃO DE COORDENAÇÃO</b>
<i>Presidente</i>	Ministro Arnaldo Esteves Lima*
	Ministro Jorge Mussi
	Ministro Raul Araújo
<i>Suplente</i>	Ministro Benedito Gonçalves
	<b>COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO</b>
<i>Presidente</i>	Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
	Ministro Luis Felipe Salomão
	Ministro Sebastião Reis Júnior
<i>Suplente</i>	Ministro Mauro Campbell Marques
	<b>COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO</b>
<i>Presidente</i>	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministro Og Fernandes
	Ministro Marco Aurélio Bellizze
<i>Suplente</i>	Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
	<b>COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA</b>
<i>Presidente</i>	Ministro Humberto Martins
	Ministra Nancy Andrichi**
	Ministra Maria Thereza de Assis Moura
	Ministro Herman Benjamin
	Ministro Sidnei Beneti
	Ministro Moura Ribeiro

\*Corregedor-Geral da Justiça Federal

\*\*Diretora da Revista

---

## CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

---

*Presidente* — Ministro Felix Fischer

*Vice-Presidente* — Ministro Gilson Dipp

### MEMBROS EFETIVOS

*Corregedor-Geral da Justiça Federal* — Ministro Arnaldo Esteves Lima

Ministro Humberto Martins

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

*TRF 1ª Região* — Desembargador Federal Mário César Ribeiro

*TRF 2ª Região* — Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

*TRF 3ª Região* — Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza

*TRF 4ª Região* — Desembargador Federal Tadaaqui Hirose

*TRF 5ª Região* — Desembargador Federal Francisco Wildo

### MEMBROS SUPLENTES

Ministro Herman Benjamin

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Ministro Sidnei Beneti

*TRF 1ª Região* — Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

*TRF 2ª Região* — Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

*TRF 3ª Região* — Desembargadora Federal Cecília Marcondes

*TRF 4ª Região* — Desembargador Federal Luiz Fernando

Wowk Penteadó

*TRF 5ª Região* — Desembargador Federal Edilson Pereira

Nobre Júnior

---

## MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

---

Ministra Laurita Vaz  
*Corregedora-Geral*

Ministro João Otávio de Noronha  
*Efetivo*

Ministro Humberto Martins  
*Substituto*

Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
*Substituta*

---

---

## SUMÁRIO

PREFÁCIO	17
A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Ministro Gilson Dipp</i>	21
UM OLHAR REVISIONISTA SOBRE A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA <i>Ministra Fátima Nancy Andrighi</i>	53
IMPORTÂNCIA DA MULHER NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO <i>Ministra Laurita Vaz</i>	81
O AGRAVO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES <i>Ministro João Otávio de Noronha</i>	87
PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL - LEI N. 9.784/99 - CASO CONCRETO <i>Ministro Arnaldo Esteves Lima</i>	103
O DESAFIO CONTÍNUO DO DIREITO AMBIENTAL AO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Ministro Humberto Martins</i>	119
A NOVA SISTEMÁTICA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO <i>Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura</i>	139
HERMENÊUTICA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL <i>Ministro Antonio Herman Benjamin</i>	161
O EXAURIMENTO DO LEGALISMO E A PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA <i>Ministro Napoleão Nunes Maia Filho</i>	175
FORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Ministro Sidnei Beneti</i>	215

---

REFLEXÕES SOBRE O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NO DIREITO PENAL <i>Ministro Jorge Mussi</i>	247
O REGIME DA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS NOS DOMÍNIOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A HERMENÊUTICA FORMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Ministro Og Fernandes</i>	259
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PREPARAÇÃO/FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO <i>Ministro Luis Felipe Salomão</i>	281
O DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE, NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Ministro Mauro Campbell Marques</i>	303
CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM SUBSÍDIO DE MANDATO ELETIVO <i>Ministro Benedito Gonçalves</i>	321
<i>PUNITIVE DAMAGES</i> E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL <i>Ministro Raul Araújo Filho</i>	327
CLÁUSULA GERAL DE RISCO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES <i>Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino</i>	347
O NOVO CÓDIGO CIVIL E A TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AOS HERDEIROS DO DEVEDOR <i>Ministra Isabel Gallotti</i>	371
REVISÃO JUDICIAL DE CONTRATOS <i>Ministro Antonio Carlos Ferreira</i>	393
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES POR AÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva</i>	409
ALGUMAS NOTAS SOBRE O ESTATUTO DE ROMA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI) <i>Ministro Sebastião Reis Júnior</i>	429
A MUDANÇA DE CULTURA PELA COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS <i>Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi</i>	451

---

QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS: O DEVER ESTATAL DE PRESERVAÇÃO DA FONTE DA PROVA <i>Ministra Assusete Magalhães</i>	505
LINHAS GERAIS SOBRE O ESTATUTO DA JUVENTUDE (LEI N. 12.852/13) <i>Ministro Sérgio Luiz Kukina</i>	535
DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. DO ADIMPLEMENTO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES. <i>Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro</i>	547
TRIBUTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Ministra Regina Helena Costa</i>	559
OS RECURSOS CÍVEIS NO DIREITO BRASILEIRO ANTES DO CÓDIGO DE 1973, EM PERSPECTIVA HISTÓRICA <i>Ministro Rogerio Schietti Cruz</i>	575
O PRESO, A JUSTIÇA E A COMUNIDADE <i>Ministra aposentada Eliana Calmon</i>	603





## PREFÁCIO

Como participantes das comemorações dos 25 anos do Superior Tribunal de Justiça, celebrados neste ano, vêm a público os ministros atualmente integrantes desta Corte apresentar valiosa contribuição doutrinária, consolidada na presente obra, de cujo prefácio fui honrosamente incumbido.

O Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição Federal de 1988, ao longo desses 25 anos desde sua instalação, consolidou-se como uma corte voltada à satisfação dos anseios da cidadania, pois representa a última instância infraconstitucional em litígios que dizem direto respeito a temas de relevante interesse social.

De fato, com a redemocratização de nosso país, consolidada com a promulgação da Carta Magna de 1988, denominada Constituição Cidadã, e com a consagração dos direitos fundamentais inerentes ao pleno exercício da cidadania, notadamente em face, também, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o número de litígios judiciais aumentou sensivelmente e, assim, foi necessário dotar o Poder Judiciário de modernos e eficientes meios para solucioná-los.

Nesse contexto, avulta a criação do Superior Tribunal de Justiça, cuja competência, definida pelo Texto Constitucional de 1988, abrange variada gama de matérias, de natureza política, social, ambiental, econômica e consumerista.

Não é demais ressaltar que, na ordem jurídica vigente entre nós antes de 1988, ao Supremo Tribunal Federal incumbia a apreciação não apenas de questões constitucionais senão também daquelas referentes à uniformização da interpretação da legislação federal.

Entretanto, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, em um processo de verdadeiro desmembramento do Supremo Tribunal Federal, não se instituiu, no Brasil, uma nova corte de apelação, mas sim, de uniformização, à qual foi confiada a nobre missão de padronização.

Bem por isso, assume o Superior Tribunal de Justiça sua feição de tribunal de âmbito nacional, que aprecia causas provenientes quer da Justiça comum estadual, quer da Justiça Federal, as quais estão, em regra, voltadas aos ramos do Direito que dizem respeito aos interesses dos brasileiros relacionados a aspectos que influenciam mais diretamente sua vida diária.

E a presente publicação é um reflexo disso, pois abrange as mais variadas esferas de atuação jurisdicional desta Corte, passando por matérias de direito público, privado e criminal.

Nos artigos que constituem esta instigante coletânea, somos convidados a refletir sobre a repercussão geral no recurso extraordinário e o Superior Tribunal de Justiça; a necessidade de um olhar revisionista sobre a legislação infraconstitucional de família; a importância da mulher no Judiciário brasileiro; o agravo nos tribunais superiores; o processo administrativo federal, a partir da análise de um caso concreto; o desafio contínuo do direito ambiental ao Poder Judiciário brasileiro, sob a perspectiva do Superior Tribunal de Justiça; a nova sistemática das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro; a hermenêutica do novo Código Florestal brasileiro; o exaurimento do legalismo e a prática jurídica contemporânea; a formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça; o termo inicial da prescrição da pretensão executória no Direito Penal; o regime cautelar de indisponibilidade de bens na Lei de Improbidade Administrativa, visto sob a hermenêutica formada pelo Superior Tribunal de Justiça; a preparação e a formação

dos novos juízes brasileiros em face da Constituição Federal; o direito do menor sob guarda à pensão por morte, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A coletânea convida-nos, ainda, a refletir sobre temas referentes à possibilidade de cumulação de aposentadoria por invalidez com subsídio de mandato eletivo; à possibilidade de aplicação, no Brasil, do “punitive damages”; à análise da cláusula geral de risco pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; à transmissão da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor, no novo Código Civil; à revisão judicial dos contratos; à responsabilidade civil dos administradores de sociedades por ações na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; ao Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional; a uma mudança de cultura pela composição de litígios; ao dever estatal de preservação da fonte da prova, em matéria de quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas; ao recentemente editado Estatuto da Juventude; à problemática do cumprimento das obrigações; à tributação em face dos direitos fundamentais do cidadão; à perspectiva histórica dos recursos cíveis no direito brasileiro, antes da promulgação de nosso vigente Código de Processo Civil; à situação dos detentos em face da justiça e da comunidade.

Em arremate, não é demais rememorar que o Superior Tribunal de Justiça foi concebido pela Constituição Federal como tribunal potencializador da cidadania, tendo a importante missão de uniformizar, em instância definitiva, a aplicação da legislação federal em todo o território nacional (art. 105, III).

Assim, nos 25 anos de história, o Tribunal da Cidadania tem apreciado e decidido as relevantíssimas questões que afetam o dia a dia da sociedade brasileira. Direitos dos consumidores, meio ambiente, probidade administrativa, administração pública, direitos das crianças e dos adolescentes, direitos dos idosos, direitos da diversidade, direitos previdenciários, direitos humanos e adequada aplicação do Direito Penal são algumas das temáticas que fazem parte da vasta jurisprudência produzida pelos ministros que integram ou integraram a Corte.

Considerando o elevado conteúdo dogmático dos artigos que compõem esta obra, sua leitura proveitosa – e prazerosa –, sem dúvida, oferece rica oportunidade de reflexão sobre variados aspectos do direito contemporâneo, ao lado de ilustres ministros que estão desempenhando o nobre mister de dar a última palavra sobre o direito infraconstitucional brasileiro.

Bons estudos e boa leitura a todos!



*Ministro Felix Fischer*  
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

**A REPERCUSSÃO GERAL NO  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



*Gilson Dipp*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
*Ministro Gilson Dipp*

**I**

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, instituiu como pressuposto recursal no Recurso Extraordinário a demonstração do requisito recursal da repercussão geral da questão constitucional.

O texto está assim, na parte que interessa:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...*

.....

*III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*

.....

*§ 3º 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.*

O Código de Processo Civil (“nos termos da lei”) disciplinou o tema específico na forma seguinte, conforme redação dada pela Lei nº 11.418, de 19.12.2006:



*Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.*

*§ 1º. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.*

*§ 2º. O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.*

*§ 3º. Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.*

*§ 4º. Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.*

*§ 5º. Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.*

*§ 6º. O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.*

*§ 7º. A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.*

*Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.*

*§ 1º. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.*

*§ 2º. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.*

*§ 3º. Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.*

§ 4º. *Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.*

§ 5º. *O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.*

Mas manteve outras regras gerais já conhecidas:

*Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se lhe vista, para apresentar contrarrazões.*

§ 1º. *Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada.*

§ 2º. *Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.*

§ 3º. *O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.*

*Art. 543. Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.*

§ 1º. *Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.*

§ 2º. *Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecurável sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.*

§ 3º. *No caso do parágrafo anterior, se o relator do recurso extraordinário, em decisão irrecurável, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial.*

*Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.*

§ 1º. *O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.*

§ 2º. *A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.*

§ 3º. *O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008.*

§ 4º. *No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:*

*I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;*

*II - conhecer do agravo para:*

*a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;*

*b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;*

*c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.*

*Art. 545. Da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557.*

A conjugação dos dois modelos normativos serve à compreensão da razão e finalidade do apelo extremo para preservar o sistema recursal sem perder a racionalidade própria.

A regra geral disciplinada no Código de Processo Civil, a que, aliás, deve obediência o juízo ou tribunal a quo, é a de que a demonstração da repercussão geral constitui preliminar do recurso (art. 543-A, § 2º), a qual se identifica e qualifica pela relevância do conteúdo do ponto de

vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapasse os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 1º).

De acordo com a lei processual, o recurso extraordinário é interposto perante o tribunal recorrido (art. 541, caput); não tem efeito suspensivo (art. 542, § 2º) e uma vez contra-arrazoado vai concluso para admissão ou não pelo Presidente do Tribunal recorrido ou Vice-Presidente por delegação (art. 542 § 1º c/c art. 541, caput).

Quando se cuidar de recurso que impugna decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante, haverá repercussão geral do ponto de vista jurídico (art. 543-A, § 3º); para as demais hipóteses de repercussão não há critério seguro, mas de qualquer sorte a apreciação da preliminar de repercussão geral é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, § 2º).

A mesma Lei nº 11.418/2006 (que alterou o CPC) ainda estabeleceu que “caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei” (art. 3º), e assim devem ser consideradas.

Confira-se o texto (RI/STF) que, na verdade, é a interpretação racionalizada das disposições constitucionais e legais relativas à repercussão geral:

*Art. 321. O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos arts. 102, III, a, b, c, e 121, § 3º, da Constituição Federal.*

*§ 1º. Se na causa tiverem sido vencidos autor e réu, qualquer deles poderá aderir ao recurso da outra parte nos termos da lei processual civil.*

*§ 2º. Aplicam-se ao recurso adesivo as normas de admissibilidade, preparo e julgamento do recurso extraordinário, não sendo processado ou conhecido, quando houver desistência do recurso principal, ou for este declarado inadmissível ou deserto.*

*§ 3º. Se o recurso extraordinário for admitido pelo Tribunal ou pelo Relator do agravo de instrumento, o recorrido poderá interpor recurso adesivo juntamente com a apresentação de suas contrarrazões.*

§ 4º. *O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo.*

§ 5º. *(Revogado.)*

Art. 322. *O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.*

*Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.*

Art. 323. *Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.*

§ 1º. *Nos processos em que o Presidente atuar como Relator, sendo reconhecida a existência de repercussão geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito.*

§ 2º. *Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.*

§ 3º. *Mediante decisão irrecurável, poderá o Relator admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.*

Art. 323-A. *O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico.*

Art. 324. *Recebida a manifestação do Relator, os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.*

§ 1º. *Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.*

§ 2º. *Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros.*

§ 3º. O recurso extraordinário será redistribuído por exclusão do Relator e dos Ministros que expressamente o acompanharam nos casos em que ficarem vencidos.

Art. 325. O Relator juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso.

Parágrafo único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso.

Art. 325-A. Reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao Relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema.

Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo Relator, à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do art. 329.

Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.

§ 1º. Igual competência exercerá o Relator sorteado, quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência.

§ 2º. Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo.

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência

*do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.*

*Art. 328-A. 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 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, § 3º.*

*§ 2º. Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar.*

*Art. 329. 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.*

## II

A detalhada transcrição dos textos normativos, embora cansativa tem por finalidade permitir ao leitor a imediata consulta dos dispositivos referidos nos julgados. Como se percebe, além das que reproduzem as disposições do Código de Processo Civil já citadas, algumas regras explicitadoras foram acrescentadas pelo Regimento cabendo mencioná-las com mais ênfase.

O art. 321 e §§ RISTF prevê os casos de recurso adesivo e, embora não expressamente, remete a disciplina da repercussão geral ao regime pertinente.

Quando não for caso de inadmissibilidade por outra razão o Relator ou o Presidente (nesse caso ainda antes da distribuição, com redistribuição subsequente se for o caso) submeterá ao chamado plenário

virtual a sua manifestação sobre a existência ou não da repercussão geral (art. 323, caput e § 1º), recebendo a dos demais ministros em vinte dias (art. 324), e, se nesse prazo, não houver recusa de 8 votos ou não houver manifestações suficientes reputar-se-á existente a repercussão geral (art. 324, § 1º).

Esse procedimento não terá lugar se a repercussão geral já tiver sido reconhecida em outro caso ou quando houver presunção de repercussão geral (art. 323, § 2º).

Se a conclusão indicar que o tema é infraconstitucional dispensa-se essa consulta (art. 324, §2º), e a ausência de manifestação será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral.

A reafirmação da jurisprudência anterior ao regime de repercussão geral poderá ser adotada também pelo meio virtual, assim conferindo ao pronunciamento o vigor no novo sistema (art. 323-A).

A decisão de inexistência de repercussão geral é irrecurável (art. 326), mas, naquele recurso cuja matéria carecer de repercussão geral e da decisão que recusar recurso por falta de demonstração, caberá agravo (art. 327, § 2º).

Com respeito aos recursos múltiplos tanto no CPC, quanto no RISTF a disciplina é uniforme. O art. 543-B do CPC estabelece nesse caso que a análise da repercussão geral será realizada de acordo com as regras do regimento interno e das constantes desse artigo. Cabe ao tribunal de origem (art. 543-B, § 1º), quando múltiplos, selecionar um ou mais recursos e sobrestar – na origem - os demais que ficarão inadmitidos se recusada a repercussão (art. 543-B, § 2º).

Se reconhecida a repercussão geral e julgado o recurso, os sobrestados serão dados por prejudicados, se coincidentes, ou, caso contrário, o tribunal de origem poderá retratar-se (§3º); se não o fizer o recurso extraordinário será admitido e o STF poderá cassar ou reformar o acórdão contrário à orientação firmada (§4º). No regimento interno, ficou estabelecido que a existência de recursos múltiplos será comunicada a todos os tribunais para que sobrestem os casos idênticos



(art. 328) ou, se vierem a subir, no STF o Presidente ou o Relator fará a seleção (§ 1º).

Não se emitirá juízo de admissibilidade pelo tribunal de origem nos casos sobrestados nem nos que venham a ser interpostos até que o STF se pronuncie. Havendo agravo contra decisão que recuse a subida de casos anteriores ficarão sobrestados até que se decida o recurso selecionado ficando prejudicados aqueles conforme o resultado deste. Se o julgamento de mérito do recurso selecionado for contrário, os agravos serão remetidos ao STF se não retratados.

### III

O tema da repercussão geral tem suscitado debates doutrinários, mas em especial no próprio STF em face de casos concretos, situação que, aliás, poderá reproduzir-se no STJ pela discussão dos casos de recurso especial em casos repetitivos.

Desde a instituição do regime de repercussão geral pela Emenda Constitucional nº45/2004, e principalmente depois da Lei nº11.418/2006 e das alterações do Regimento Interno do STF uma vez definido que esse pressuposto seria exigido a partir do dia 03.05.2007 (data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007 conforme decidido na QO em Agravo de Instrumento nº 664.567-RS STF, Rel. Min. Pertence, Pleno, 18.06.2007, DJ 06.09.2007), foram muitas as dúvidas e controvérsias havidas no dia-a-dia dos tribunais.

A primeira delas diz com a aplicação do regime a casos anteriores a essa data. Na Questão de Ordem no RE nº 540.410/RS (Rel. Min. Peluso, Pleno, 20.08.2008) a Suprema Corte, vencido o Min. Marco Aurélio, decidiu que “aplica-se o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil aos recursos cujo tema constitucional apresente repercussão geral reconhecida pelo Plenário, ainda que interpostos contra acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007”, inclusive os que já estivessem nos gabinetes dos ministros: isto é, aplica-se a seleção dentre multiplicidade de recursos e a devolução à origem quando

na verdade estariam fora do alcance da repercussão porque são casos anteriores à instituição da repercussão geral (RI/STF).

Depois, a definição do conteúdo dos temas. Por exemplo, o Tema 660 do repertório de repercussão geral (“Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de previa análise da adequada aplicação das normas constitucionais. Extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada”), em face do qual o STF em numerosos casos tem repellido a alegação de repercussão geral ao fundamento de violação indireta (ARE nº 748.371, j. em 6.06.2013, Plenário virtual, Rel. Min. Gilmar), generalizou a objeção da Corte às eventuais alegações de repercussão geral com fundamento nessas garantias constitucionais. O caso *leading* indicado tratava de cerceamento de defesa “decorrente de ausência de intimação para que se manifestasse acerca da apuração de cálculo referente à purgação da mora”. A evidência da violação indireta no caso em apreço é indiscutível, mas nada justifica a generalização da recusa quando invocadas essas em outra situação, tudo a dizer que o preceito normativo do tema 660 como índice de repercussão geral apesar de resolvido pela recusa, em tese permite nova invocação assim que ocorridos ou declarados fatos diferentes ou quando verificada violação direta.

A *tese* do chamado tema 660 pode estar correta, mas o *caso* sobre o qual se a extrai depende de exame individual. De outra parte, a repercussão geral no caso citado, apesar do tema mencionado, na realidade resumiu-se à verificação da questão constitucional e não à repercussão geral, o que além de possivelmente incorreto faz conduzir as partes e tribunais à equivocada suposição de que o tema foi de fato apreciado pelo viés da repercussão geral, quando em verdade o foi apenas pelo da questão constitucional, que não cabe ao plenário virtual, e sim ao plenário real (nesse sentido, o RE nº 756.915, julgado em 17.10.2013 no Plenário Virtual com reafirmação da jurisprudência: “*Tema 688 – Incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN sobre serviços de registro público, cartorários e notariais*”; ficou vencido o Min.

Marco Aurélio que não aprova a reafirmação de jurisprudência em plenário virtual e sim presencial). Idem, no já referido RE nº 626.837 (*Tema 691*, Rel. Min. Toffoli, Pleno virtual, 24.10.2013), que “*reputou constitucional a questão e...reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada*”).

É importante insistir que a avaliação da repercussão geral pelo plenário virtual não inclui nem esgota a apreciação da questão constitucional, de tal modo que é possível existir reconhecimento da repercussão geral e inexistir questão constitucional e vice-versa. Assim, embora admitida a repercussão geral pelo plenário virtual, o Tribunal pode vir a não conhecer do recurso extraordinário por inexistência de questão constitucional. Essa foi a solução proposta no julgamento do Recurso Extraordinário nº 587.371 (Rel. Min. Fux, Pleno, j. 13.11.2013) com repercussão geral reconhecida. Mas, há precedente em que o Tribunal (Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 598.365-MG, Rel. Ministro Britto, DJe 26.03.2010) assentou “não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta nossa Corte, falta ao caso “elemento de configuração da própria repercussão geral”, conforme salientou a Ministra Ellen , no julgamento da Repercussão geral no RE 584.608”.

A exigência de submissão ao plenário virtual também tem sofrido certo elastério. Na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292-PE (Rel. Ministro Gilmar, Plenário, DJe12.08.2010), o Relator com adesão do colegiado, vencido o Ministro Marco Aurélio (que não conhecia do agravo), decidiu converter o agravo de instrumento em recurso extraordinário, afirmar a repercussão geral e reafirmar a jurisprudência negando provimento ao recurso. Na ocasião o Relator citando o precedente no Agravo de Instrumento nº 777.749 (Rel. Min. Gilmar, DJe26.04.2011) “entendeu que as matérias sucessivamente enfrentadas por este Tribunal podem ser trazidas, em questão de ordem, a fim de que se afirme, de forma objetiva, e para cada uma, a aplicabilidade do regime de repercussão geral, sempre que presente a relevância sob os aspectos legais.”. Nesse caso, aliás, o

Tribunal converteu o agravo em recurso extraordinário, reconheceu a inexistência de repercussão geral mas reafirmou a jurisprudência e não conheceu do recurso “no sentido de equiparar o reconhecimento de infraconstitucionalidade à inexistências de repercussão geral da matéria” e determinou todas as decorrências próprias do art. 543-A do CPC.

Mais interessante porque revelador da orientação que se instalou no STF (apesar das críticas do Min. Marco Aurélio) é o precedente no RE nº 597.154 (Questão de Ordem e Repercussão Geral, Min. Gilmar, Plenário, DJe 29.05.2009) no qual, em julgamento presencial, o Tribunal reconheceu concomitantemente a repercussão geral e a existência de questão constitucional. Mas o fez, de modo incidental reconhecendo a repercussão geral pela só existência de questão constitucional reiterada. Ou, como assentou o Relator, a questão de ordem “diz respeito à aplicação do regime de repercussão geral aos recursos extraordinários nas hipóteses em que a Corte já firmou entendimento sobre a questão debatida”. Cuidava-se de saber se certa gratificação concedida a servidores ativos estender-se-ia a inativos e o Tribunal ante a reafirmação da jurisprudência “reconheceu a incidência dos efeitos da repercussão geral”. Conforme o art. 543-A do CPC há repercussão geral na existência de questão constitucional relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapasse o interesse subjetivo da causa, o que demonstra o interesse do STF em conferir efeitos transcendentais firmados nos recursos extraordinários julgados sob a sistemática da repercussão geral.

Outra discussão ainda inconclusa, diz com a admissibilidade do RE no caso de Repercussão Geral. Em precedente da 1ª Turma (Ag. Rg. RE com Agravo nº 664.930-SP, Fux, DJe 09.11.2012) estabeleceu-se claramente: “a repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da Constituição Federal)”.

No ARE nº 641.493/RS, o Relator Ministro Peluso determinou em decisão monocrática o retorno dos autos ao tribunal de origem -- que o havia restituído ao STF porque aquele não poderia retratar-se uma vez que o RE era intempestivo -- pois “o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário não deve ser realizado até que esta Suprema Corte decida o mérito do tema dos recursos selecionados como representativo da controvérsia, sob pena do esvaziamento do próprio instituto da repercussão geral” (está pendente o agravo regimental com questão de ordem desde 18.05.2012; idem no ARE nº 680.104/SC com questão de ordem no agravo regimental, desde 26.11.2012).

Também inconclusa é a questão relativa ao “quorum”. O Tribunal -- assim o permite o RI/STF (art. 323-A) -- tem, em regime de delibação da repercussão geral, reafirmado a jurisprudência sem reunião presencial ou debates, publicidade, contraditório, defesa, etc. e até sem quorum compatível. No RE nº 597.396-PE (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24.10.2013, DJe 03.12.2013) o Plenário virtual (Tema 690 – Direito do magistrado aposentado ao adicional de 20% do art. 184, II da Lei 1711/52 ante o regime do subsídio) reconheceu a repercussão geral por 3 votos, contra 6 que não a reconheciam e 2 ministros que não se manifestaram; ao mesmo tempo, 5 ministros não reconheciam a matéria como constitucional, 4 a admitiam e 2 não se manifestaram. Assim, ficou reconhecida a matéria constitucional por 4 votos e a repercussão geral por 3 votos, presumindo-se que os faltantes somam-se aos que reconhecem a repercussão geral (art. 324, § 1º RI/STF), mas quanto ao reconhecimento da questão constitucional não há regra semelhante, de modo que os faltantes não poderiam ser computados como favoráveis à questão constitucional. Em outras palavras, dos 11 ministros 4 votaram pela matéria constitucional quadro que pode ensejar o paradoxo de não poder conhecer do RE, apesar da repercussão geral. Aliás, na manifestação do Ministro Marco Aurélio não há qualquer referência à existência de matéria constitucional embora conste da proclamação a decisão oficial de que o Tribunal reputou constitucional a questão cuja repercussão também se reconheceu.

Em outro caso, de apreciação bem recente pelo STF (Agravo em RE nº 728.188-RJ, Rel. Min. Lewandowski, Pleno, j. 10.10.2013), reconheceu-se concomitantemente a repercussão geral e reputou-se constitucional a questão submetida pelo RE do Ministério Público Eleitoral contra decisão do TSE no Recurso Especial que recusou-lhe legitimidade para dele recorrer ante a falta de prévia impugnação do registro da candidatura. A maioria argüía a violação do art. 127 da CF que a minoria afirmava inoquer, pois a discussão cingia-se ao cabimento do recurso, e não à legitimidade do MP. No julgamento do Recurso Extraordinário a Corte (em 18.12.2013) conheceu do recurso do MPE (embora com objeções contra a existência de questão constitucional) e negou provimento ao recurso do MPE, mas fixou a tese de que a Súmula nº 11 do TSE (que nega a legitimidade aos Partidos, candidatos, coligações ou ao MPE para recorrer quando não tenha impugnado o registro) não se aplicava ao MPE. O Tribunal se inclinou para o provimento do recurso porque o MPE tem legitimidade para recorrer em qualquer caso, mas por razões de segurança jurídica resolveu negar provimento para assentar a inaplicabilidade da súmula ao MPE só a partir das eleições de 2014. Ou, como consta do noticiário oficial, “...contudo, para garantia da segurança jurídica, tendo em vista a existência de mais de 1,4 mil decisões nesse sentido tomadas pelo TSE referentes às eleições de 2012, os ministros decidiram negar provimento ao recurso, no caso concreto, assentando que esse entendimento, julgado sob o crivo da repercussão geral, só valerá para as próximas eleições. Assim, todos os recursos sobre esse tema referentes ao pleito de 2012 deverão ser desprovidos”. A solução é inédita mas compreensível ao pretexto de proteger numerosos casos retidos pela repercussão geral da súbita alteração do entendimento em face do MPE cujos recursos daí por diante seriam admitidos e julgados. Em resumo, evitou-se o provimento de recursos do MPE e a inviabilização de mandatos de prefeitos cuja impugnação do MPE tinha sido rejeitada por ilegitimidade.

O caso revela um aspecto casuísta e imprevisto da repercussão geral porque o provimento do recurso do MPE tal como a maioria votou resultaria no efeito multiplicador da repercussão sobre os processos

retidos e assim a possível ou provável modificação dos veredictos em larga escala com repercussões políticas imprevisíveis.

Essa mesma solução a Corte Maior aplicou no julgamento do RE nº 637.485-RJ (Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, 01.08.2012), com repercussão geral e questão constitucional, reconhecidas no próprio julgamento como preliminar do RE (tema 564 – “Candidatura de prefeito reeleito à chefia do Poder Executivo em Municipalidade diversa e aplicação imediata de modificação jurisprudencial da Justiça Eleitoral”), ao adotar a tese da anterioridade eleitoral para repelir alterações da jurisprudência há menos de um ano das eleições, e, no caso concreto, garantir o mandato ao prefeito eleito três vezes, mesmo reconhecendo a legalidade e legitimidade da decisão do TSE que o repeliu em respeito aos precedentes dominantes. Quer dizer, o juízo de admissibilidade especial foi concentrado no próprio julgamento do RE como preliminar, bastando divulgá-lo para os efeitos constitucionais e legais correspondentes.

Em outro caso, o ARE nº 733.957 (Rel. Min. Celso de Mello, decisão 7.06.2013 depois reconsiderada em 6.12.2013), o relator em decisão afirmou a inexistência de repercussão geral e conhecendo do agravo negou seguimento (conhecimento) ao recurso extraordinário. Mas na reconsideração, conhecendo do agravo negou seguimento ao recurso extraordinário porque a decisão recorrida “está em harmonia com diretriz jurisprudencial prevalecente nesta Corte (art. 544, § 4º, II, ‘b’ CPC)”. Ora, o RE não foi submetido ao plenário virtual, havia expressa afirmação do relator que não era caso de repercussão geral e mesmo assim o agravo foi conhecido para inadmitir o recurso, isto é, não havia repercussão geral mas a matéria constitucional era relevante.

#### IV

Questão que se põe seguidamente é a de saber se há recurso da aplicação do regime de repercussão geral e seu julgamento.

Estão pendentes no STF pelo menos dois Agravos Regimentais em Reclamação (Ag.Rg. em Rcl. nº 11.427 e 11.408, Rel. Min. Lewandowski)

em que se debate sobre a possibilidade de recurso para a Suprema Corte das decisões inferiores com base na suposta má aplicação da repercussão geral decidida pelo STF. Ainda não há decisão final e a tendência tem sido de recusar a reclamação como regra, admitindo-a apenas em caso excepcionalíssimo (voto-vista Min. Gilmar nesses dois casos).

Outras decisões sistematicamente invocam os precedentes da Reclamação nº 7.569/SP (Rel. Min. Ellen) e sobretudo o Agravo de Instrumento nº 760.358/SE (Rel. Min. Gilmar, Pleno, DJe 18/02/2010) para recusar a revisão da aplicação do regime de repercussão geral pelo tribunal de origem. O fundamento é que uma vez apreciada pelo STF esgota-se a jurisdição da Suprema Corte cabendo aos próprios tribunais inferiores a solução de suas divergências.

Além disso, no mais das vezes os temas versados nas reclamações citadas dizem com a questão constitucional e não propriamente com a repercussão geral. De qualquer sorte, mesmo sem maiores indagações não é difícil perceber que essas provocações forçadas e na maioria resultantes de violação indireta, obrigam o exame da possível questão constitucional para exercício do juízo de admissibilidade.

De outro lado, como observado na Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 760.358/SE já citado, não só os recursos extraordinários ficam sujeitos ao regime de retenção e sobrestamento enquanto processado o regime de repercussão geral. Também os agravos de instrumento em sua defesa teriam de seguir a sistemática compatível com o novo regime. Ou seja, sobrestados os recursos extraordinários ficariam igualmente sobrestados os agravos de instrumentos destinados a fazê-los subir.

O Relator, no caso em exame, afirmou: “assim, a competência para a aplicação do entendimento firmado pelo STF é dos tribunais e das turmas recursais de origem. Não se trata de delegação para que examinem o recurso extraordinário nem de inadmissibilidade ou de julgamento de recursos extraordinários ou agravos pelos tribunais e turmas recursais de origem. Trata-se, sim, de competência para os órgãos de origem adequarem os casos individuais ao decidido no *leading*



*case...*” mediante a declaração de inadmissibilidade ou indeferimento dos recursos sobrestados; ou do prejuízo dos recursos contra decisões conforme; ou, por fim, a retratação daquelas em confronto.

Tampouco se pode converter o agravo de instrumento em reclamação que não se compadece com o novo sistema de controle difuso de constitucionalidade, acentuou o Relator, de acordo com o qual -- para o caso concreto -- em virtude da lógica antes explicitada converteu-se o agravo de instrumento para o STF em agravo regimental para o tribunal de origem (cuidava-se de decisão singular).

Cabe assinalar que na discussão desse mesmo caso suscitou-se dúvida sobre o modo de impugnação de decisão colegiada, isto é, de tribunal ou turma recursal recusando a retratação. Os votos-vista da Ministra Ellen e do Ministro Dias Toffoli reafirmaram o descabimento da reclamação no caso de questionamento da aplicação pelo tribunal inferior da decisão do STF. “Concluo, disse a ministra, que o agravo interno perante o tribunal a quo poderia ser o instrumento adequado para este caso, não sendo possível, pelas razões expostas, a interposição do presente agravo. Ademais, em caso de erro ainda seriam passíveis de correção, em última instância mediante ação rescisória”.

O regimental é descabido por natureza e a reclamação, como alguns indicaram, não teria aptidão institucional além de inundar o STF esvaziando a finalidade da repercussão geral; já o mandado de segurança -- contra o ato judicial -- só se justificaria se o recurso ordinário (originariamente ao STJ) fosse diretamente ao STF, o que não se pode sustentar diante da Constituição.

Resumindo, o próprio Tribunal maior no julgamento desse RE nº 760.358 não logrou construir uma solução imune a controvérsia. O tema foi reprisado pela Ministra Ellen na Reclamação nº 7547/SP (j. 19.11.2009) com a mesma solução destacando que também se cuidava de decisão monocrática do Presidente do TJ/SP, e não colegiada. Nessa mesma linha, disse o Relator (RE nº 760.358), para a identificação e reparação de casos teratológicos o sistema processual admite mecanismos

como ações constitucionais e ação rescisória “dado que a coisa julgada inconstitucional é inexigível”.

Afigura-se situação difícil. Levando às últimas consequências, das decisões dos tribunais locais que aplicam o precedente do STF quanto ao mérito da questão constitucional em sede de repercussão geral não caberia recurso, salvo se recusarem a retratação. Ocorre que esse raciocínio é inatacável com respeito à repercussão geral mas não necessariamente para a questão constitucional.

Aliás, como já mencionado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria relacionada com a repercussão geral aponta em duas direções. Com respeito à definição da repercussão geral propriamente cabe ao plenário virtual a apreciação da proposição pelo recorrente com absoluta liberdade de critério – exceto quanto à repercussão de cunho jurídico que tem critério fixado legalmente – sendo irrecorríveis suas decisões, até mesmo porque no plenário virtual a manifestação (não voto) dos ministros resume-se a acolhê-la ou recusá-la, sendo computadas inclusive quando não manifestadas ou omissas para a identificação do quorum legal de acolhimento ou rejeição. Por tal razão, o juízo editado pelo plenário virtual deveria ser exclusivamente relacionado com a repercussão geral.

Essa consideração mais ou menos óbvia foi enfrentada no julgamento do já citado RE nº 587.371 (Tema 473, Rel. Min. Teori, j.14.11.2013 – incorporação de “quintos” antes da magistratura, observando-se que, no mérito – acordão ainda não publicado -- foi conhecido por maioria, e provido reconhecendo a inconstitucionalidade, em parte e por maioria, vencidos os Min. Fux e Toffoli, suspeito Min. Joaquim, ausentes Min. Gilmar e Cármen Lúcia) para resolver dificuldade referente ao não conhecimento de recurso por falta de admissibilidade mas em que fora reconhecida a repercussão geral e acolhida a questão constitucional.

No julgamento do RE nº 607.607 (Rel. Min. Marco Aurélio) o STF primeiro não conheceu o recurso por falta de questão constitucional, apesar de reconhecer a repercussão geral, mas nos Embargos Declaratórios acolhidos em parte, “... por unanimidade e nos termos do voto do Relator,

acolheu parcialmente os embargos de declaração e determinou a aplicação do art. 543-B, do Código de Processo Civil, ao tema veiculado no recurso”, isto é, confirmou a repercussão geral e admitiu a questão federal, pois de outro modo não seria possível aplicar o art. 543-B do CPC cujo pressuposto é precisamente a existência de uma questão constitucional de cujo julgamento resultarão as consequências vinculantes.

Com relação à questão constitucional, que é o pressuposto essencial para a aferição da repercussão, portanto, cabe ao plenário da Corte em sessão presencial -- e pelo voto dos ministros presentes ou conforme disposição regimental por decisão singular sujeita a agravo interno -- admiti-la ou não visto que não há identidade de situações nem de soluções uma vez que a questão constitucional é questão jurídica enquanto a repercussão geral de regra não é.

Como se pode perceber tem havido alguma flexibilidade pelo próprio STF na operação das regras do regime de repercussão geral para solver os impasses, em particular por proposição do Ministro Gilmar Mendes, o que, se de um lado acelera o desate de alguns casos por outro leva a precedentes que podem gerar consequências incompatíveis com o regime.

Um exemplo pode dar a dimensão de eventuais problemas no futuro. Ao apreciar os RREE nº 208.526 (Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, 20.11.2013), nº 221.142 (Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, 20.11.2013) e nº 256.304 (Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, 20.11.2013), sem repercussão geral reconhecida porque anteriores, o Plenário do STF, em 20.11.2013, julgando aqueles antes deste estendeu-lhes o regime de repercussão geral reconhecida em outro caso (o RE nº 242.689 -- Tema 311).

Registra a proclamação no resultado do julgamento no RE nº 221.142, em 20.11.2013: “Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário. O Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem, suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de aplicar o resultado deste julgamento ao regime da repercussão geral da questão

constitucional reconhecida no RE 242.689, Tema 311, para incidência dos efeitos do art. 543-B, do Código de Processo Civil, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 20.11.2013.”. Nos RREE 208.526 e 256.304 essa última ressalva não foi incluída.

Note-se que a repercussão geral do tema 311 “reconhecida” no RE nº 221.142 (Rel. M. Aurélio) consta da ata respectiva, bastando ver o resumo da repercussão geral no próprio site do STF, verbis: “311- índice para correção monetária das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas no ano-base de 1990, Relator – Ministro Marco Aurélio, *leading case* RE 221.142”, embora tenha sido de fato no RE nº 242.689 (Rel. Min. Gilmar) que a repercussão geral na realidade foi reconhecida. Em resumo, aconteceu que durante o julgamento do RE nº 208.526 -- que não tinha repercussão geral -- passou a ser considerado como o que ditou a repercussão geral antes reconhecida apenas no RE nº 221.142, ou, corretamente no RE nº 242.689. Por proposição do relator Min. Gilmar, em questão de ordem, houve uma troca informal de um pelo outro ao encerrar-se o julgamento do primeiro para lhe conferir os efeitos correspondentes. Com essa solução de ocasião não concordou o Min. M. Aurélio, daí ter ficado vencido nessa parte, mas acabou prevalecendo a proposta do Min. Gilmar.

Na mesma data, o Ministro Relator, no RE nº 242.689 (com repercussão geral), exarou decisão singular dando provimento ao recurso extraordinário com os efeitos do art. 543-B, § 3º CPC pois ao julgado no RE 221.142 (sem repercussão geral) fora atribuído o regime de repercussão geral e então podia decidir o RE nº 242.689 por decisão monocrática na forma do decidido no RE/QO nº 540.410 e no AI nº 715.423, de acordo com os quais o regime de repercussão geral se aplica também aos casos anteriores a 3 de maio de 2007 para que os processos correspondentes pudessem ser desde logo restituídos ou deliberados conforme a solução da repercussão geral (a rigor, conforme a solução da questão constitucional). Por essa razão o Rel. Ministro Gilmar, no RE nº 242.689, aplicou o precedente do RE nº 221.142 – anterior

ao regime mas com a força do reconhecimento da repercussão geral daquele – para julgar o recurso na linha da repercussão geral já admitida por decisão singular.

A eventual irracionalidade das soluções nada obstante conduziu o tribunal ao bom resultado posto que alcançou-se a finalidade da lei. Mas as dúvidas com a recorribilidade das decisões no regime da repercussão geral ainda não têm solução uniforme e pacífica.

## V

Com origem no Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário, a despeito de rara ocorrência, tem suscitado algumas dificuldades, que, de resto, são comuns aos demais Tribunais perante os quais também se apresentam recursos extraordinários.

Recorde-se que o recurso extremo só é cabível nas hipóteses expressas contra decisões em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição, ou d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Ora, no que diz respeito à jurisdição recursal especial (recurso especial), os veredictos do STJ, de regra têm como objeto de julgamento o deslinde de questão infraconstitucional, de modo que a questão constitucional objeto da repercussão geral nessa instância só pode dizer respeito a uma questão processual relativa ao próprio recurso especial já que toda a questão de mérito do recurso especial é obrigatoriamente de direito federal não constitucional. E mesmo as questões regidas pela Constituição que digam respeito ao recurso especial nem todas constituem questão constitucional direta visto que a lei ordinária também regula o recurso especial.

Com relação às causas de competência jurisdicional originária do STJ (ações penais, mandados de segurança, habeas-corpus, habeas-data, conflitos de competência, ações rescisórias e revisões criminais, reclamações

e injunção) diversamente, o recurso extraordinário poderá enfrentar qualquer matéria de nível constitucional eventualmente questionada nos processo. Do mesmo modo, as causas conhecidas e julgadas pelo STJ em jurisdição recursal ordinária podem sujeitar-se a recurso extraordinário, ali como cá observados os requisitos do art. 102, III e § 3º da Constituição. Em todos os casos, devem ser observados os requisitos de admissibilidade regulares e a demonstração da repercussão geral.

Apesar da exiguidade das hipóteses de recurso extraordinário, a prática aqui no STJ tem mostrado que são insistentes os casos em que o recorrente -- especialmente contra as decisões em recurso especial que são muito numerosas -- investe alegando violação do devido processo legal, quebra do contraditório, ou, até residualmente, invocando os princípios da dignidade da pessoa humana ou genericamente o direito à jurisdição, para permitir a abertura da instância extraordinária.

A partir desse quadro normativo é possível analisar as questões e situações que se oferecem ao exame do STJ enquanto tribunal a quo. Desde logo são algumas as peculiaridades a ressaltar. O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário cabe ao Tribunal a quo o que não impede o Ministro Relator e até o próprio Presidente da Corte Suprema de também exercê-lo.

Esse procedimento parece encerrar o aparente paradoxo de exigir-se o requisito de admissibilidade fundamental da repercussão geral de exclusivo exame do STF sem exame das condições regulares de admissibilidade do juízo a quo, com o risco de inexistirem estas ou não forem demonstradas acaso reconhecida a repercussão geral.

O que causa dificuldade é o sentido da apreciação exclusiva do STF (art. 543-A, § 2º CPC) já que exclusividade afasta outras atuações. Embora a Constituição não contenha regra específica, a lei processual dispôs que a existência de repercussão geral a ser demonstrada pelo recorrente em preliminar do recurso é de apreciação exclusiva do STF.

Em outras palavras, na leitura direta do regimento interno o STF não poderia delegar a apreciação da repercussão geral ao Tribunal a quo

e isso significa que o juízo de admissibilidade regular, isto é, aquele delegado legalmente ao juízo a quo na forma da lei processual acima reproduzida só teria sentido se existente a repercussão geral. Ou então só poderia ser realizado após a apuração da repercussão geral, o que não parece racional.

O caminho mais razoável parece ser a adoção do regime padrão com o imediato exame preliminar dos requisitos regulares de admissibilidade do recurso extraordinário em qualquer caso como até aqui sempre realizado pelo juízo a quo (o STJ), e delibação sobre o da repercussão, em seguida subindo os autos à Corte Suprema, para a verificação exclusiva da repercussão geral pelo STF em decisão irrecorrível.

Essa discussão foi realizada no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS (Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 06.09.2007), que assinalou na ementa:

*II – Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência.*

*- Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade – seja na origem, seja no Supremo Tribunal Federal – verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (CPC art. 543-A, § 2º; RISTF art. 327).*

*- 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).*

Quer dizer, na origem se deve admitir o exercício desse juízo que importa na apreciação, por menor que seja o juízo, da demonstração da existência da repercussão geral, embora não possa o juízo de origem afirmar a repercussão geral com os efeitos legais e constitucionais.

O que resulta daí, é que -- fora as hipóteses do art. 328-A do RISTF, isto é, em caso de múltiplos recursos idênticos e até que se decidam os casos selecionados e em face dos arts. 542, § 2º; 543, caput, e art. 328-A

do RISTF a contrario (quando já tem repercussão processada e recursos selecionados), casos em que se o dispensa logicamente o exercício do juízo de admissibilidade pelo tribunal de origem -- a regra é o STJ apreciar a admissibilidade do recurso em toda linha, aí então incluída a apreciação inicial da existência da demonstração da repercussão geral.

A esse respeito, a Corte Especial do STJ nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 878.579-RS (Rel. Min. Herman Benjamin, CE, maioria, j.16.10.2013, DJe 21.11.2013, com embargos declaratórios rejeitados em julgamento de 19.02.2014; no mesmo sentido EREsp nº 1.143.910-RS, Corte Especial, Rel. Min. Hermann Benjamin, DJe 18.02.2014) dirimindo controvérsia entre turmas de seções diferentes estabeleceu que “o juízo de retratação não está condicionado análise da admissibilidade do Recurso Extraordinário pela Vice-Presidência do STJ. Sem embargo, por ocasião do novo julgamento, o órgão julgador do STJ pode conhecer de questão de ordem pública que impeça a retratação, a exemplo da intempestividade do Recurso Extraordinário, com consequente trânsito em julgado do acórdão recorrido”. Desse julgamento vale referir o precedente na QO/AI nº 760.358 STF já citado em que o relator Ministro Gilmar escreveu: “Acaso contrarie o que foi decidido no precedente do Supremo Tribunal Federal, o julgado do tribunal a quo deve ser submetido à retratação antes do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário; mantido, na oportunidade da retratação, o acórdão divergente, o presidente do tribunal a quo fará o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário; se este não for admitido, o recurso cabível é o agravo de instrumento (CPC 544).”

Desse modo, no caso de decisão pelo STF acerca da repercussão geral, os recursos extraordinários retidos no STJ sem apreciação das condições de admissibilidade ficam dispensados de juízo de admissibilidade quando da retratação ou confirmação da decisão recorrida. A ressalva quanto á intempestividade apenas reforça a suspeita de que essa solução imposta pelo STF no RI tem fragilidade lógica que foi delegada aos tribunais a quo. Tem havido situações em que o tribunal a quo deixa de retratar-se (mesmo sendo o caso) em razão da falha de admissibilidade obrigando o recorrente a pleitear ao STF e este a apreciar do RE.



É preciso considerar, contudo, como assentado na Questão de Ordem no Agravo em RE nº 663.637 (Rel. Min. Presidente, Pleno, j. 12.09.2012), que se existir repercussão geral reconhecida pelo plenário virtual, nos outros recursos idênticos impõe-se apesar disso demonstrar cada qual a repercussão geral, embora o STF possa rever ou amenizar o rigor com relação às demais condições de admissibilidade (por exemplo, intempestividade, ilegitimidade, etc.).

De outro lado, pode haver questionamento, tanto do exercício desse juízo positivo pelo Tribunal a quo quanto do procedimento inverso ao se negar o exercício do juízo de admissibilidade ou o próprio juízo sobre a repercussão geral. E contra qualquer desses juízos não se poderia recusar ao prejudicado insurgir-se formalmente sendo as consequências evidentemente distintas. Dito de outro modo, o juízo de admissibilidade da repercussão geral quando é ela reconhecida ou recusada pelo juízo ou tribunal a quo, deve poder ser objeto de questionamento.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem assentado que uma vez pronunciada ou recusada a repercussão geral pelo seu colegiado virtual, esgota-se sua jurisdição de modo que nas instâncias a quo, o questionamento da boa ou má adoção desse precedente não está mais ao alcance do STF, cabendo aos tribunais inferiores -- no caso do STJ o seu próprio corpo judicial -- receber os recursos ou agravos correspondentes e deliberar sobre eles. Pode parecer incorreto, mas a lógica disso está em que depois de afirmada a repercussão pelo STF que é irrecorrível e esgota definitivamente sua jurisdição, cabe apenas aos tribunais inferiores compreender e aplicar as decisões temáticas de repercussão. Essa orientação tem prevalecido igualmente no STJ, valendo como referência a decisão nos EDcl nos EDcl no ARE no RE nos EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.360.962-RJ, do então Ministro Vice-Presidente, que reproduziu e aplicou inteiramente a sistemática adotada na Corte Suprema.

Nada obstante, as partes têm insistido na revisão das decisões dos tribunais inferiores quando em desacordo, ou suposto desacordo, com o STF. E assim contra decisões do STJ têm havido recursos extraordinários manifestamente sem repercussão geral, que, inadmitidos na origem ou

mesmo devolvidos pelo STF quando tenham logrado subir, voltam a ser objeto de discussão na origem ao fundamento de que é o STF quem exclusivamente deve decidir, provocando inúmeras reclamações ao STF.

No Superior Tribunal de Justiça, os recursos extraordinários contra suas decisões submetem-se, assim, ao mesmo regime antes exposto. De fato, de seus acórdãos pode a parte interessada interpor o recurso extremo que conterà a menção clara e objetiva da ofensa direta ao texto ou princípio constitucional, a demonstração da repercussão geral e os demais requisitos de admissibilidade.

Na forma do art. 544 do CPC, da admissão dele (recurso não múltiplo) no juízo a quo (STJ) não há recurso ao STF; de sua inadmissão no STJ, caberá o agravo (o chamado ARE) -- que não se confunde com o regimental nem com o instrumentado -- pelo qual o STF pode apreciar o tema suscitado: a) não conhecendo do agravo por inadmissível (quanto ao conhecimento) ou impertinente, ou b) conhecendo-o para b.1) negar-lhe provimento se correta a decisão agravada (que inadmitiu o RE); b.2) para negar-lhe seguimento por inadmissível (pelo mérito), prejudicado ou contrário à sumula do STF (nesses casos a irresignação do recorrente só pode revelar-se por reclamação junto ao STF); ou, finalmente, b.3) dar-lhe provimento se o acórdão recorrido estiver em confronto com jurisprudência ou sumula do STF. O pressuposto de tudo é que exista repercussão geral que embora inicialmente examinada pelo tribunal a quo (STJ) só o dirá em definitivo o STF quando der provimento ao agravo (ARE). De resto, tudo se passa nos autos do processo que editou o acórdão recorrido, sendo no último caso (provimento) convertido o agravo em recurso extraordinário julgado em decisão singular ou se for o caso, colegiada.

Quando (art. 543-B do CPC) houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia (isto é, idêntica questão constitucional -- a não ser assim estaria alargada a hipótese de multiplicidade inviabilizando a tutela da repercussão geral) a análise da repercussão geral tem tratamento especial.

O STJ seleciona um ou mais recursos encaminhando-os ao STF sobrestando os demais até o julgamento definitivo. Essa seleção dos

recursos que vão ser remetidos ao STF implica no prévio juízo de admissibilidade regular em cada um deles e ainda que precariamente também o de repercussão geral por simples deliberação. Se no STF for recusada a repercussão geral os recursos sobrestados consideram-se automaticamente não admitidos, em face do que, neles os sobrestados, não se realiza mais qualquer juízo de admissibilidade. Por outro lado, se tiverem sido examinados ou subido ao STF paralisam-se até o deslinde final podendo o Relator ou o Presidente da Corte Suprema restituí-los ao STJ em qualquer fase até a decisão.

Quando o mérito for julgado no STF, o STJ, nos processos sobrestados, apreciá-los-á adequando o acórdão recorrido ao decidido com declaração de prejudicado se coincidente ou retratando se divergente. A circunstância peculiar é que essa regra da lei processual (art. 543-B, § 3º CPC) não cogita de avaliar a admissibilidade desses recursos sobrestados os quais não haviam até então sido examinados por esse ângulo. Nesse caso, nem declaração de prejuízo nem retratação serão possíveis, surgindo daí a dúvida sobre a aplicação da repercussão geral a recurso que não pudesse ser admitido por falta de requisito (tempestividade, pertinência, existência de questão constitucional, etc.).

A Corte Suprema vinha assentando que em face dessa situação deveria prevalecer a decisão da repercussão geral flexibilizando as deficiências de admissão do recurso (RE nº 663.637 citado, Rel. Min. Gilmar), até porque, como assinalado acima, na hipótese de retratação opera-se a mudança do julgado antes do juízo de admissibilidade do recurso. Nada obstante a questão está atualmente sendo revista pelo STF (QO/ARE nº 641.493/RS e QO/ARE nº 680.104/SC)

Se a decisão do STJ recorrida for mantida (isto é, não for prejudicada nem retratada) e o recurso extraordinário regularmente admitido (aqui, ao revés, se refere expressamente a realização do juízo correspondente) o STJ fará subir o RE e o STF poderá cassá-la ou reformá-la liminarmente.

Não há disposição clara sobre a possível irrisignação da parte a qualquer desses atos do STJ, mas é certo que têm sido inúmeras as reclamações apresentadas nos casos e que este Tribunal (STJ) aplica a decisão da repercussão geral, estando pendentes algumas questões de

ordem destinadas a dissipar o impasse como acima já mencionado despontando a reiterada observação do Ministro Marco Aurélio no sentido de que se há de preservar a oportunidade de questionamento pelo interessado.

Pode acontecer, inclusive, que o STJ tenha entendimento diferente do STF na consideração da amplitude de abrangência do tema consignado como de repercussão geral, ou seja, pode o STJ considerar que a pretensão do interessado recorrente não está compreendida no tema e o STF afirmar o contrário.

Nesse caso, a parte por força da decisão final do STF irrecorrível ficará sem recurso, pois ao STJ nada mais cabe decidir e ao STF não há mais como acessar (AgRg no ARE no RE nos EDcl no AgRg no AgRg no AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento nº 990.129-RJ).

Disso resulta ser indiscutível pelos tribunais e pelas partes a afirmação do STF acerca da extensão ou amplitude do conceito de repercussão geral, de nada valendo ressuscitar questões que já tenham sido decididas exceto se o próprio STF assim o fizer mediante provocação de seus ministros, já que é inviável a ação rescisória.

A propósito, pela lei processual interpretada pelo regimento interno do STF (art. 321) é possível que nos casos de reafirmação da jurisprudência à vista do reconhecimento da repercussão geral o julgamento seja imediato pelo plenário virtual, situação que aparentemente não comporta ação rescisória.

Como já assinalado acima, uma vez resolvida a questão da repercussão geral pelo STF, cabe ao STJ enfrentar todos os questionamentos decorrentes, seja porque o STF esgotou sua jurisdição seja, porque o STJ deve dissipar as objeções no âmbito de aplicação da solução recebida da Corte Suprema nos processos sobrestados e nos que vierem a ser submetidos ao seu juízo.

Esse quadro indica que também os agravos em recurso extraordinário recebem o mesmo tratamento quando sobrestados no STJ por terem sido restituídos pelo STF, submetendo-se quando for o caso ao regime de recurso interno na própria Corte Especial, acaso questionada a decisão do STJ.

Por fim, pouco versado é o tema que diz com a diversidade de fundamento constitucional em que a pretensão recursal se apoie em duas ou mais razões de constitucionalidade, quando nem todas ostentem repercussão geral correspondente. Ou seja, se nem todas as questões constitucionais apresentarem repercussão geral o regime rigorosamente não se poderá aplicar a todos. A boa e mais consentânea interpretação conforme o espírito da Constituição, no entanto, aconselha a admissão do recurso na parte cuja repercussão possa ser reconhecida, permitida à Corte Suprema apreciar esta e todas as demais questões constitucionais com ou sem repercussão geral. Afinal, a repercussão é requisito de admissibilidade não de procedência.

Enfim, o regime da repercussão geral como metodologia de mitigação da litigiosidade recursal no âmbito da Suprema Corte constitui uma modalidade processual em construção a merecer a atenção e colaboração dos partícipes, juízes, advogados, ministério público e até partes, sem desprezar os interesses e necessidades da população que usa a jurisdição, sobretudo porque a noção de repercussão geral pode e vai variar ao longo do tempo com a evolução dos costumes, da tecnologia, dos valores das pessoas, das responsabilidades das instituições e particularmente da composição do Tribunal.

É certo que dos vários casos referidos pode surgir a impressão de que são ainda incertas e imprecisas as soluções de aplicação do regime de repercussão geral, mas também é verdadeiro que os ensaios e tentativas de sua aplicação têm resultado em avanços capazes de oferecer esperanças positivas de reversão do tradicional acúmulo de processos a julgar, fenômeno que se refletirá nas instâncias inferiores.

Com essa compreensão deverão o STF e o STJ, senão o Poder Judiciário como um todo, estar abertos e sensíveis à dinâmica processual e às modificações, inovações e alterações das relações sociais de modo a, adequando-as, extrair do instituto as potencialidades compatíveis com as necessidades correspondentes e assim atendendo às determinações constitucionais com inteligência, presteza e legitimidade em benefício dos jurisdicionados.

**UM OLHAR REVISIONISTA SOBRE A  
LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA**



*Fátima Nancy Andriahi*  
Ministra do Superior Tribunal de Justiça



UM OLHAR REVISIONISTA SOBRE A  
LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA  
*Ministra Fátima Nancy Andrighi*

**NOTAS INTRODUTÓRIAS DE REFLEXÃO**

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, o Direito de Família brasileiro sofreu significativo impacto. Trata-se de verdadeiro marco, de divisor de águas cujos valores se espraiam até os dias atuais, influenciando, moldando e revolucionando essa seara do Direito, em constante amadurecimento de institutos jurídicos relacionados à família, estejam eles expressamente previstos ou não na legislação infraconstitucional.

Segundo o art. 226 da Constituição Federal, a família, como “base da sociedade”, conta com “especial proteção do Estado”. Essa proteção especial é iluminada pelo valor maior previsto na Carta Magna – que sedimenta toda a estrutura de princípios, direitos e garantias fundamentais nela previstos –, qual seja, o *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III).

É pertinente esta lição de Oscar Vilhena Vieira:

A Constituição Brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, por intermédio de



seu art. 1º, III. A expressão não volta mais a aparecer no texto como um direito subjetivo expressamente reconhecido. Talvez essa tenha sido uma posição sábia do nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc. [...] O princípio da dignidade, expressa no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivo de terceiros. A dignidade afasta os seres da condição de objetos à disposição de interesses alheios.<sup>1</sup>

Compreendida a dignidade na órbita de intenções e aspirações próprias de cada ser humano, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, como decorrência direta desse valor constitucional, o *afeto* como premissa maior a pautar as relações familiares – retirando da família o caráter patrimonialista – e, por conseguinte, a existência de um implícito direito fundamental à *felicidade* (eudemonismo).

Esse conceito é assim explicado por Rolf Madaleno:

[...] o termo família eudemonista é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros. O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque [...] desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade.<sup>2</sup>

Corroborar tal pensamento decisão do Pretório Excelso:

[...] a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não

---

<sup>1</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF*. Malheiros. São Paulo : 2006. p. 64 e 67.

<sup>2</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev. at. e amp. Forense. Rio de Janeiro : 2011. p. 25.

matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte). Essa evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto [...].<sup>3</sup>

Sob esse influxo, o Brasil aprovou o Código Civil de 2002, em consonância com a ordem constitucional vigente. Como anota Rolf Madaleno, “a Carta Política de 1988 começou a desconstruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, patriarcal e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais”<sup>4</sup>.

O antigo regime, albergado pelo revogado Código Civil de 1916, acolhia uma “preocupação com o aspecto econômico da família”, a cujo “propósito alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, onde o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram os pontos maiores”<sup>5</sup>.

Conforme essa concepção, sob “a proteção do formalismo e da aparência, as famílias escondiam suas mazelas, os filhos extramatrimoniais eram execrados, as concubinas apedrejadas e a mulher, no próprio lar, era vitimizada”<sup>6</sup>.

Sintetizando a etapa inicial de evolução do Direito de Família no Brasil, diz Lourival Serejo:

---

<sup>3</sup> STF, ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe-198,13-10-2011

<sup>4</sup> Ob. cit. p. 5.

<sup>5</sup> SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. 2ª ed. ver. e at. Del Rey. Belo Horizonte : 2004. p. 17.

<sup>6</sup> Id. ob. cit.

Com a mudança dos tempos e a efetivação dos direitos fundamentais, outros valores mais altos se levantaram [...] Entre nós, a Carta Política de 1988 representou a positivação das novas conquistas sociais. Em todas as relações pessoais, agora, se sobressai a preocupação com a dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo da nossa Constituição (art. 1º, III), impondo, assim, sua exigibilidade imediata e efetiva. A mensagem de Sua Santidade João Paulo II para a celebração do Dia Mundial da Paz (1º de janeiro de 1999) exortou todos os povos com esta advertência precisa: “A dignidade da pessoa humana é um valor transcendente, como tal sempre reconhecido por todos aqueles que se entregam sinceramente à busca da verdade.” Márcio Soletto Felipe, em seu trabalho sobre a Razão jurídica e dignidade humana, observa: “Quem pensa o Direito hoje tem que pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa na dignidade dos homens.” E mais adiante arremata: **“Pode-se ter dignidade sem ser feliz, mas não é possível ser feliz sem dignidade.”** No Direito de Família, a dignidade da pessoa se espraia em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia e de reconhecimento da função que cada membro desempenha no seio da sua família.<sup>7</sup>

Destarte, um olhar crítico lançado sobre a legislação infraconstitucional de família deve ter como premissa a ideia de concretização máxima da *dignidade* e dos demais *direitos fundamentais* decorrentes, de modo a permitir que as relações humanas, acima de tudo, prestigiem e fomentem a *felicidade* de seus integrantes no mais profundo e pessoal grau de realização.

## 1 - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO PARA ABRIR O OLHAR AOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Privado, em especial o Direito Civil, historicamente esteve afastado do regramento constitucional, na medida em que este cuidava, em tempos não tão longínquos, exclusivamente da ordem política de um país, ao passo que àquele incumbia a regência das relações privadas do “homem comum”.

---

<sup>7</sup> Ob. cit. p. 17-18.

Paulo Lôbo, em obra coordenada por Gustavo Tepedino, bem explica essa dicotomia, inserida num contexto histórico específico:

O ideário liberal-burguês triunfante da Revolução Francesa tinha cindido a ordem política do *citoyen*, de um lado, e a ordem privada do *bourgeois* – protegendo seus negócios com o Código Civil –, de outro lado. Estado separado da sociedade civil: para aquele, a constituição política; para esta, o Código Civil, como constituição do homem comum, nas relações privadas. [...] Consequentemente, o direito civil e o direito constitucional desenvolveram-se inteiramente distanciados, um do outro; ao primeiro destinaram-se os efeitos concretos da vida privada e ao segundo os efeitos simbólicos de normas entendidas como essencialmente programáticas, que só alcançariam a plenitude normativa com a legislação ordinária. Esse dualismo exerceu uma força de sedução que persiste até os nossos dias, no senso comum dos juristas. Tem-se, ainda, a força da tradição, que alimenta o discurso do isolamento do direito civil, pois seria um conhecimento acumulado de mais de dois milênios, desde os antigos romanos, e teria atravessado as vicissitudes históricas, mantendo sua função prático-operacional, notadamente no campo do direito das obrigações.<sup>8</sup>

Em outras palavras, pode-se dizer que a bipartição extrema entre o Direito Civil e o Direito Constitucional era fruto da própria ideologia que alimentava o Estado Liberal.

Com a evolução da sociedade e, consequentemente, do próprio Direito e com o surgimento de um Estado Social, os direitos fundamentais passaram a ser invocados como instrumentos concretizadores do bem-estar social.

Pode-se dizer que “os civilistas inseridos nesse contexto histórico, finalmente, descobriram a Constituição”<sup>9</sup>. Em síntese:

---

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas. São Paulo : 2008. p. 19.

<sup>9</sup> Ob. cit. p. 20.

Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo.<sup>10</sup>

Assim, “a constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado Social”<sup>11</sup>.

Nesse cenário, a Constituição de 1988 consagra o Estado Social ao estabelecer, no art. 3º, ser *objetivo fundamental* da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem de todos. Logo, a extração de força vinculante, autônoma e independente emanada da Constituição revelou-se um processo natural que, definitivamente, trouxe ao Direito Civil brasileiro uma roupagem única, com perceptível desapego ao modelo estático do positivismo liberal.

Atualmente, “para os civilistas brasileiros, é indiscutível a distinção que se consagrou [...] das normas constitucionais entre princípios e regras, tendo ambos força normativa completa, sem dependência de regulação infraconstitucional”<sup>12</sup>.

Anota Paulo Lôbo:

O Código Civil cumprirá sua vocação de pacificação social se for efetivamente iluminado pelos valores maiores que forem projetados nas normas constitucionais, notadamente os princípios. Somente assim será acolhido como lei de todos os brasileiros e não apenas dos mais

---

<sup>10</sup> Ob. cit. id.

<sup>11</sup> Ob. cit. id.

<sup>12</sup> LOBO, Paulo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas. São Paulo : 2008. p. 22.

afortunados. A certeza da permanente constitucionalização, com a revitalização de sentido de suas normas, assegurar-lhe-á durabilidade pela pertinência com as mutações sociais.<sup>13</sup>

Assim, continua asseverando:

[...] o sistema de direito civil brasileiro é composto, no plano legislativo, pelas normas constitucionais (regras e princípios), como núcleo ou centro; gravitando em torno, estão o Código Civil, a legislação civil especial e o direito material das relações civis dos microsistemas jurídicos. É a Constituição, e não mais o Código Civil, que dá unidade ao sistema.<sup>14</sup>

Histórico é o receio de que o Direito Constitucional possa engessar a autonomia privada, permitindo interferência anômala na liberdade conferida aos particulares enquanto detentores do chamado “*status* negativo” perante o Estado (teoria dos quatro *status* do indivíduo, de Jellinek, segundo a qual o *status* negativo confere liberdade ao indivíduo mesmo estando sob influência dos Poderes do Estado; o indivíduo, por possuir personalidade, goza de um espaço de liberdade diante das ingerências dos Poderes Públicos, ou seja, a autoridade estatal é exercida sobre homens livres<sup>15</sup>).

Cumprir destacar o que Virgílio Afonso da Silva afirma sobre o tema:

[...] a jurisprudência brasileira nunca deu a devida atenção ao problema dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Isso não significa, contudo, que, na atividade jurisprudencial, esse tipo de problema nunca tenha sido abordado e sobre ele sido decidido. [...] Nesse sentido, ainda que não tenha havido nenhum desenvolvimento refletido e sistemático sobre o problema, os

---

<sup>13</sup> Ob. cit. p. 23.

<sup>14</sup> Ob. cit. p. 23-24.

<sup>15</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 15. ed. rev. amp. e at. Saraiva. São Paulo : 2011. p. 867.

tribunais encarregaram-se de resolver o problema de forma *ad hoc* em alguns casos e essas soluções tornaram-se reiterada e, pode-se dizer, pacífica.<sup>16</sup>

A doutrina especializada aponta diferentes formas de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, devendo ser citados a *teoria dos efeitos diretos*, a *teoria dos efeitos indiretos*, o exemplo americano do “*state action*”, etc. Conforme lembra Virgílio Afonso da Silva<sup>17</sup>, países como a Alemanha, a Áustria, a Inglaterra, a Espanha, a África do Sul, a Suíça, o Canadá, a Itália e Israel tratam do assunto de uma forma mais sistemática, alguns, inclusive, com previsão expressa na respectiva Constituição, quanto à forma pela qual os direitos fundamentais devem ser aplicados a todas as relações privadas.

Contudo, independentemente da técnica utilizada, é inegável a influência da Constituição no Direito Civil, no intuito, a toda evidência, de melhor distribuição da Justiça, sempre em busca da efetiva pacificação social.

Ainda que não se aceite a ideia de aplicação direta, é certo que o Código Civil brasileiro, ao acolher, no projeto de Miguel Reale, a técnica da utilização das *cláusulas gerais*, traz consigo a possibilidade de incidência indireta dos direitos fundamentais (segundo a *teoria dos efeitos indiretos*, a intermediação legislativa é o canal necessário à veiculação daqueles valores).

Em suma, os preceitos axiológicos contidos na Constituição têm reconhecida eficácia sobre a ordem jurídica do País, como fruto da escolha de um povo por um modelo de Estado e sociedade que reputa adequado.

---

<sup>16</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Malheiros. São Paulo : 2005. p. 102-103.

<sup>17</sup> Ob. cit. p. 67.

A Corte Constitucional alemã, na ação paradigmática *Lüth*, há mais de meio século (1958), numa decisão que é considerada a mais importante da história do constitucionalismo pós-guerra, enfatizou:

A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.<sup>18</sup>

Na Constituição Federal, o § 1º do art. 5º – “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” – é o preceito facilitar que confere aplicação e eficácia a toda e qualquer relação jurídica, mesmo que privada.

Decorrente dessa regra, verifica-se que a Constituição, no capítulo referente ao Direito de Família (arts. 226 a 230), dá amplo tratamento a institutos como casamento, união estável e família monoparental, prevendo, ainda, regramentos de amparo e proteção à família (assistência a seus membros e coibição da violência em seu âmbito), à criança, ao adolescente, ao jovem, às pessoas portadoras de deficiência, às pessoas idosas, bem como dispendo sobre o dever de mútua assistência entre pais e filhos.

Nesse compasso, à luz da dignidade da pessoa humana, os valores fundamentais previstos na Constituição têm dado especial colorido ao sistema jurídico brasileiro, valorizando, acima de tudo, os direitos humanos.

No Direito de Família, cujas relações exigem naturalmente um trato mais humano dos conflitos, a influência dos valores constitucionais tem

---

<sup>18</sup> Ob. cit. p. 42.



se revelado numa proporção mais significativa, propiciando a realização da justiça mesmo quando a lei ordinária não é explícita quanto a novos e determinados fatos sociais.

Em verdade, a evolução do Direito de Família, ao acolher o núcleo axiológico da lei fundamental, tem permitido que a Justiça conceda respostas atuais aos conflitos e interesses dos cidadãos antes que a consolidação do fato social seja reconhecido pela legislação ordinária.

A propósito, aponta Rolf Madaleno:

[...] no Direito de Família é de substancial importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional de realização do homem em sua relação sociofamiliar. Consequência natural de realização da nova diretriz constitucional que personaliza as relações surgidas do contexto familiar está em assegurar não apenas a imediata eficácia da norma constitucional, mas, sobretudo, a sua efetividade social, questionando se realmente os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos. É a chamada eficácia social da norma, que deixa de ser uma mera formulação abstrata, ou, no significado que lhe confere Luís Roberto Barroso, de a efetividade “representar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simbolizar a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”<sup>19</sup>

Em suma, “descortinam-se novos contornos para o Direito das Famílias, fundamentalmente a partir da *Lex Mater* de 1988, que está cimentada com fundamento nos valores sociais e humanizadores, especialmente a *dignidade humana*, a *solidariedade social* e a *igualdade substancial*”<sup>20</sup>. Destarte, sob essa influência, tem sido possível,

---

<sup>19</sup> Ob. cit. p. 41.

<sup>20</sup> CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3. ed. ver. Amp. e at. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro : 2011. p. 43.

principalmente ao Judiciário brasileiro, dar ao Direito de Família traços mais humanos e realistas, no intuito de melhor dignificar as relações interpessoais.

## 2 - O JUIZ DE FAMÍLIA COMO SERENADOR DE ALMAS

Ser juiz de família não é tarefa simples. É, talvez, o ramo do Direito que mais exige sensibilidade, altruísmo e amorosidade do juiz de direito. Para o exercício de tão nobre mister, é preciso ter em mente quão complexa é a nova definição de família e de todo o contexto familiar gerado pelo novo milênio.

Como lembram Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a família, “na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social”<sup>21</sup>. A família é anterior ao próprio Direito. A sociedade tem suas bases calcadas na família. E o Direito, tem sua origem e evolução necessariamente atrelada a esses dois fenômenos.

Por isso, a sensibilidade embutida na humanidade, na compaixão e na misericórdia é qualidade imprescindível do julgador, para evitar que o ordenamento jurídico positivo se eleve a patamar que não lhe pertence. A análise dos conflitos de família deve estar atenta a definição de família, como um verdadeiro e complexo fenômeno humano, aliás, deve ser o ponto de partida para quem se propõe a conceituá-la, limitá-la, compreendê-la, para somente após solucionar os conflitos dela advindos ou interesses dos cidadãos no exercício do direito constitucional da busca da felicidade.

Virgílio de Sá Pereira, citado por Rolf Madaleno<sup>22</sup>, em afirmação emblemática, indagava:

[...] que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o

---

<sup>21</sup> Ob. cit. p. 2.

<sup>22</sup> Ob. cit. p. 1.016-1.017.

fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural; [...] A família é um fato natural [...]. A convenção social é estreita para o fato, e este não se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda a parte ele constitui família, dentro da lei se possível, fora da lei se necessário.

Por essa razão, é importante ao juiz de família ser dotado de conhecimento das ciências humanas, não se limitando ao aspecto jurídico das relações familiares. Mesmo que não se possa exigir profundo conhecimento técnico multidisciplinar do juiz, cabe aos tribunais dotar as Varas de Família de profissionais das áreas de psicologia, de sociologia e de outras ciências afins para fornecerem ao juiz elementos e dados necessários para que as sentenças sejam justas, assinalando-se que referidos elementos influenciam positivamente a resolução de conflitos de família, tornando a sentença um ato mais humano.

Rodrigo da Cunha Pereira frisa que “a filosofia do Direito começa a questionar e a repensar a categoria dos sujeitos, a partir de um enfoque interdisciplinar”<sup>23</sup>.

E acrescenta:

As filosofias pós-modernas lançaram novas luzes sobre a dogmática jurídica e até mesmo sobre a teoria do conhecimento. [...] O Direito já não pode, como ciência, desconsiderar a subjetividade que permeia a sua objetividade. Da mesma forma, é preciso compreender que o sujeito de direito é também um sujeito desejante, e isto altera toda a compreensão da dogmática jurídica.<sup>24</sup>

A evolução da sociedade passou a exigir do juiz de família conhecimentos antropológicos nas suas várias dimensões, tais como

---

<sup>23</sup> Ob. cit. id.

<sup>24</sup> Ob. cit. id.

biológico, cultural, social e físico, em especial porque, com a valorização do afeto e do dever de cuidado, fica cada vez mais patenteado que a intervenção estatal nas relações pessoais de interdependência não mais se justifica. Pode parecer paradoxal, na medida em que se aceita a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, e, ao mesmo tempo, espera-se menor judicialização dos conflitos de família com a implementação da avaliação neutra, mediação, conciliação e etc.

No entanto, em razão justamente da influência dos valores constitucionais, sempre em prestígio à dignidade humana, é que se compreende hodiernamente um Estado pontualmente intervencionista, capaz de garantir a liberdade dos indivíduos no seio de suas relações, assegurando-lhes proteção, *v.g.*, na hipótese de violência familiar, opressão de gênero ou idade, etc., mas, ao revés, com menor influência e restrição quanto às relações em si.

Conrado Paulino da Rosa bem observa que “a intervenção do Estado deve apenas ser e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do vínculo afetivo”<sup>25</sup>. Nesse sentido, destaca que “a intervenção não pode gerar uma intimidação dos sentimentos, deixando o Estado de respeitar a vontade das pessoas, amedrontando os que apenas querem se amar”<sup>26</sup>.

Noutro vértice, a intervenção estatal é também questionada no tocante à capacidade de efetiva resolução de conflitos familiares por meio da atividade jurisdicional tradicional, baseada na observância de um processo e um procedimento legal, que se exaure com a prolação de uma sentença, culminando por erigir dentre os litigantes, um vencedor e um perdedor.

---

<sup>25</sup> ROSA, Conrado Paulino da. Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar. Del Rey. Belo Horizonte : 2012. p. 44-45.

<sup>26</sup> Ob. cit. p. 45.

Como bem lembra Paulino da Rosa, “sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos”<sup>27</sup>.

A solução do conflito em sua origem exige, não raro, muito mais recursos científicos do que a simples resolução jurídica da lide posta no processo.

É necessário compreender o conceito de conflito:

Do ponto de vista psicológico, numa concepção psicanalítica, o conflito é proveniente de um processo inconsciente pelo qual as energias psíquicas (pulsões) provenientes do *id* encontram obstáculos do *ego* e, em decorrência, são reprimidas pelo *superego*, retornando, dessa forma, ao inconsciente. Trata-se de um conflito entre o *ego* e o *id*, estando o *superego* do lado de um ou do outro.<sup>28</sup>

Ou, sob outro enfoque, pode-se dizer que “por trás de toda petição, há sempre uma repetição de uma demanda originária”, a qual, muitas das vezes, “é de amor”<sup>29</sup>.

Assim, “quando alguém está litigando, relata sua história, que é sempre diferente e diversa da história da outra parte. Ele acredita estar com a verdade. Verdade ou não, é sua versão, pois a outra parte também acredita estar dizendo a verdade”<sup>30</sup>.

Por isso, consoante frisado, a cada dia mais exsurge a relevância da formação especializada dos profissionais que trabalham na área do Direito de Família, pondo-se em destaque o juiz. É essencial perceber que a “insistência (do advogado familiarista, de modo geral) em atizar o conflito, ampliando-o para fora e para além de sua moldura real, no

---

<sup>27</sup> Ob. cit. p. 129.

<sup>28</sup> Ob. cit. p. 103.

<sup>29</sup> Ob. cit. p. 108.

<sup>30</sup> Ob. cit. p. 105.

mais das vezes, é movida muito mais pelo costume de assim atuar do que pelas necessidades afetivas dos membros da própria família”<sup>31</sup>.

Ao juiz de família compete atenção para com o conflito, sob pena de amplificá-lo em vez de resolvê-lo:

Além do advogado inimigo do acordo, também o juiz pode ser importante aliado na manutenção do vínculo. Tal profissional, seja por lhe faltar vocação ou preparo na área de família, ou, ainda, por estar acometido pela “síndrome da pilha” (de processos), não examina com atenção os autos antes de despachar e, por isso, deixa de exercer sua função básica, que é decidir. Outrossim, não é raro que as audiências sejam presididas por magistrados com o relógio na mão, alheios às necessidades dos jurisdicionados, mecanicamente despachando processos desinteressados em mediar conflitos que poderiam gerar conciliações que assegurassem a estabilidade das famílias.<sup>32</sup>

O Poder Judiciário é o último porto de ajuda ao cidadão que vivencia a angústia de um conflito. E, é “na Justiça, deságuam as carências das áreas da saúde e social, o sofrimento do corpo, mas, principalmente, o sofrimento da alma humana, quando o litígio envolve questões ligadas ao Direito de Família”<sup>33</sup>. Ergue-se aqui, a figura do juiz de família, mais do que mero prolator de sentenças, mas um verdadeiro serenador de almas.

Daí a importância do auxílio do conhecimento multidisciplinar, pois somente mediante a colmatação de conhecimentos das diversas ciências humanas é que o juiz poderá melhor compreender o conflito, suas origens e causas, para afastando-se da sentença que sempre corta a própria carne, encontrar outro caminho para diluir os conflitos, conforme milenar lição dos chineses.

---

<sup>31</sup> Ob. cit. p. 107.

<sup>32</sup> Ob. cit. p. 108.

<sup>33</sup> Ob. cit. p. 100.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que “sem dúvida [...] a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade”, de modo que, por assim ser, é “impossível compreendê-la senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas”<sup>34</sup>.

E acrescentam:

Destaca Elisabete Dória Bilac a premente necessidade de uma “abordagem da família que dê conta da complexidade desse objeto, em nossos dias”, a partir exatamente de “uma construção interdisciplinar”, pois se trata da melhor maneira de vencer a encruzilhada a que chegaram os estudos sobre a matéria, dada a complexidade natural do tema. É que o fenômeno familiar “não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas”, que atingem cada uma das partes nela inseridas de modo diferenciado, necessitando, via de consequência, de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global. Do contrário, é possível que se enxergue menos do que a ponta do *iceberg*. Sobreleva, assim, perceber que as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem. Induvidosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, da biotecnologia e a bioética) e, ainda, da ciência do direito.<sup>35</sup>

Em obra ainda não publicada intitulada *Direito das Famílias por elas, mulheres juristas brasileiras*, destaca Maria Regina Fay de Azambuja:

---

<sup>34</sup> Ob. cit. p. 2 - 3.

<sup>35</sup> Ob. cit. p. 3.

[...] a interdisciplinaridade “parece consistir num movimento processual na efetivação de experiências específicas e que surgem da necessidade e da contingência do próprio estatuto do conhecimento”. A colaboração interdisciplinar se faz necessária em face da “rigidez, da artificialidade e da falsa autonomia das disciplinas, as quais não permitem acompanhar as mudanças no processo pedagógico e a produção de conhecimentos novos”. Propostas desta natureza pressupõem o “abandono de posições acadêmicas prepotentes, unidirecionais e não rigorosas, que fatalmente são restritivas, primitivas e tacanhas, impeditivas de aberturas novas, camisas de força que acabam por restringir alguns olhares, tachando-os de menores”. Como bem assinala Iamamoto, “é necessário desmistificar a ideia de que uma equipe, ao desenvolver ações coordenadas, cria uma identidade entre seus participantes que leva à diluição de suas particularidades profissionais. São as diferenças de especializações que permitem atribuir unidade à equipe, enriquecendo-a e, ao mesmo tempo, preservando aquelas diferenças”. Desta forma, cabe ressaltar que o trabalho interdisciplinar “consiste num esforço de busca da visão global da realidade, como superação das impressões estáticas e do hábito de pensar fragmentador e simplificador da realidade”. É uma atividade que possibilita um enfoque globalizador frente a uma realidade complexa. Para Japiassu, “interdisciplinaridade corresponde a uma evolução dos tempos atuais, resultante de um caminho irreversível, vindo preencher os vazios deixados pelo saber proveniente das áreas de especialidade do conhecimento, [e] constitui importante instrumento de reorganização do meio científico, a partir da construção de um saber que toma por empréstimo os saberes de outras disciplinas, integrando-os num conhecimento de um nível hierarquicamente superior, desencadeando uma transformação institucional mais adequada ao bem da sociedade e do homem.<sup>36</sup>

Em verdade, a exigência do conhecimento multidisciplinar decorre da noção do novo conceito de família, da compreensão de sua

---

<sup>36</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *Direito das Famílias por elas, mulheres juristas brasileiras. A interdisciplinaridade e o conteúdo dos laudos: instrumentos para a garantia da proteção da criança vítima de violência sexual*. Obra ainda não publicada.



finalidade, sua natureza, etc., pois não se pode julgar, com um mínimo de segurança, aquilo que pouco se conhece; de igual modo, não se pode julgar a contento quando, pela rapidez e desconhecimento dos fatos, não se consegue acompanhar as modificações sociais.

É cediço que, “no âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte”<sup>37</sup>. No entanto, vale considerar:

[...] além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico filosófico[...], também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.<sup>38</sup>

Enfatiza Rodrigo da Cunha Pereira:

Uma coisa é certa: o Direito, a partir da influência da Psicanálise, não pode mais deixar de considerar a família como uma estruturação psíquica, para apreender mais profundamente as relações que pretende legislar e ordenar. Caso contrário, o Direito de Família continuará sem encontrar a melhor adequação à realidade. É exatamente por compreender-se a família como estruturação psíquica e, portanto, como núcleo formador do sujeito, *locus* do amor e da afetividade, irradiador de direitos e deveres, norteados pelo princípio da responsabilidade e solidariedade, que as novas estruturas parentais e conjugais passaram a ter um lugar em nosso ordenamento jurídico.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. Ob. cit. p. 2.

<sup>38</sup> Ob. cit. id.

<sup>39</sup> PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. ver. e at. Forense. Rio de Janeiro : 2012. p. 151.

Com efeito, além de melhor compreender as relações humanas, que deságuam e se manifestam no Poder Judiciário, por meio de autos processuais frios e inodoros, o juiz de família precisa contar com um aparato mínimo que lhe permita a condução diferenciada das questões familiares. Além da criatividade do juiz, muito presente nos dias atuais, exige-se a evolução do processo e dos procedimentos atinentes aos litígios familiares, devendo-se permitir a atuação multidisciplinar e prestigiar um modelo mais moderno de solução desses conflitos.

### **3 - A IMPERIOSA NECESSIDADE DE MODERNIZAÇÃO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS NOS LITÍGIOS FAMILIARES**

A contínua evolução vivenciada pelo Direito de Família no Brasil tem sido tão rápida que não está acompanhada por igual da modernização dos processos e dos procedimentos destinados à solução de litígios familiares.

É bem verdade que há pontuais alterações legislativas que dão luz à concretização da efetividade do processo, mas, no estágio avançado em que se encontra a sociedade hodierna, influenciada especialmente por soluções tecnológicas cada vez mais surpreendentes, pode-se dizer que o processo, enquanto instrumento de realização da justiça ainda carece de velocidade compatível com a ocorrência dos fatos sociais.

Um exemplo é a Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que possibilita “a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa”, ou seja, mediante lavratura de escritura pública em cartórios extrajudiciais, sem exigência de qualquer chancela ou convalidação judicial.

Em 13 de julho de 2010, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 66, que permite a dissolução do casamento civil pelo divórcio sem a necessidade de “prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano” ou de comprovação “da separação de fato por mais de 2 (dois) anos”, conforme exigia o texto anterior do § 6º do art. 226 da Constituição Federal.

Essas alterações – que inegavelmente decorrem da tônica menos intervencionista do Estado nas relações familiares – importaram em significativo impacto prático, uma vez que evitam ou pelo menos simplificam procedimentos de cunho jurisdicional voltados à solução de demandas de família.

A propósito, cite-se a antiga Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), a qual estabelece um rito especial e realmente célere para o trâmite da ação de alimentos. Esse procedimento especial tem sido aplicado, por alguns juízes a todos os demais processos que versem sobre litígio de família. A ampliação do rol de ações submetidas ao rito do art. 13 da Lei n. 5478/68 é por causa da concentração de atos de defesa, instrutórios e decisórios em audiência – o que permite maior e constante contato do juiz com as partes, bem como a simplificação de atos processuais de comunicação, entre outros benefícios.

Como se pode constatar nem o Legislativo, nem o Judiciário estão alheios à modernização pela qual passa as novas famílias. Todavia, não se pode deixar de registrar que no âmbito do Poder Legislativo há uma significativa carência de regulação de situações fáticas de natureza inovadora ocorrendo no âmbito das famílias, as quais, cobram urgência para o seu reconhecimento, como também no que concerne a modernização dos instrumentos processuais capazes de entregar a solução em tempo razoável, mas principalmente auxiliar na busca de soluções justas e pousadas na realidade das partes em conflito.

É inegável, entretanto, que, atualmente, ainda se espera “pelo Judiciário para que diga quem tem direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda”<sup>40</sup>. Como enfatiza Paulino da Rosa, essa forma arcaica de lidar com os conflitos de família “cria ‘muros normativos’, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático”<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> ROSA, Conrado Paulino da. Ob. cit. p. 54-55.

<sup>41</sup> Ob. cit. p. 55.

Em síntese, afirma que, “unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o ‘solucione’”<sup>42</sup>. E esse terceiro tem sido o juiz de família, que, sem um assessoria multidisciplinar, com muito esforço e dedicação, tem processado e julgado as ações de família, obedecendo um rito absolutamente incompatível com as exigências sociais.

Bem sintetiza o ponto o jurista citado:

Hoje, os juízes decidem conflitos sem relacionar-se com os rostos. Contudo, a democracia exige olhar e valorizar as diferenças, comprometer-se com cidadãos históricos (Pedros, Paulos, Marias) e não apenas com sujeitos processuais (réu, autores, eleitores, contratantes, etc.) e humanizar a aplicação do direito e dos próprios conflitos sociais.<sup>43</sup>

Diante desse panorama, destaca:

O grande desafio é humanizar o Direito/Jurisdição para poder compreender os conflitos sociais também em sua dimensão humana, e não apenas jurídica, o que permitirá reconhecer nas novas formas de litigiosidade a revelação das próprias formas de humanidade, que se reproduzem e se inovam, também, pelos conflitos sociais.<sup>44</sup>

Nessa perspectiva, o processo precisa evoluir para permitir a integração interdisciplinar – cuja importância acima se frisou –, de modo a torná-lo um instrumento pelo qual o juiz não se substitua em absoluto às partes para, investido de jurisdição, dizer qual é a melhor solução.

Todavia, faz importante ressalva:

Os mecanismos para obtenção da autocomposição são alternativos à lógica tradicional de uma justiça impositiva exercida pelo Estado-

---

<sup>42</sup> Ob. cit. p. 54.

<sup>43</sup> Ob cit. p. 62-63.

<sup>44</sup> Ob. cit. p. 77.

Juiz, sendo, portanto, objeto do direito processual. Porém, as técnicas utilizadas nos diversos mecanismos são elaboradas por ciências diversas, voltadas para o conhecimento das emoções, da persuasão e do relacionamento humano e empresarial, entre outros.<sup>45</sup>

Nesse contexto, métodos alternativos ou adequados para a solução de conflitos têm sido invocados como mais eficazes para as demandas de família, os quais poderiam facilmente ser integrados aos procedimentos existentes. A mediação, dentre os métodos existentes, tende a ser o mais adequado para a solução de conflitos de família.

Pontua Paulino da Rosa:

O campo fértil da mediação encontra-se nos conflitos em que predominam questões emocionais, oriundas de relacionamentos interpessoais intensos e, em geral, de longa duração. Cada caso é único porque as pessoas são singulares. As soluções tornam-se particulares aos casos específicos porque a metodologia da mediação possibilita a plena investigação dessas peculiaridades e sua consideração na formulação de opções.<sup>46</sup>

Pela técnica processual hoje utilizada para decidir as demandas familiares, “a sentença age tão somente em relação ao conflito aparente [...], não existindo uma efetiva pacificação para aquele conflito, uma vez que a verdadeira motivação daquele procedimento judicial continua oculta, sem que os operadores do processo judicializado consigam identificar”<sup>47</sup>.

Na mediação, é possível a identificação da causa real do conflito, permitindo-se, assim, a busca de uma solução adequada. Ocorre que “o processo de mediação familiar requer do mediador conhecimento de relações interpessoais, habilidade no manejo do conflito além de conhecimento básico do próprio Direito de Família”<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Ob. cit. p. 128.

<sup>46</sup> Ob. cit. p. 147.

<sup>47</sup> Ob. cit. p. 132.

<sup>48</sup> Ob. cit. p. 168.

Conforme explica Paulino da Rosa, “isso se consegue com o trabalho interpessoal/interdisciplinar, em geral, de profissionais do Serviço Social, da Psicologia e do Direito”<sup>49</sup>.

Em conclusão não haverá irradiação completa dos princípios e valores constitucionais atinentes a relações humanas se não implementadas todas as reformas legislativas modernizadoras tanto do processo e de seus procedimentos, quanto do reconhecimento e proteção legal dos fatos sociais que envolvem as famílias.

#### **4 - A IMPERATIVA ADOÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ALÉM DA LEI ORDINÁRIA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E DE INTERESSES DE FAMÍLIA**

A par da complexidade apontada, não se deve descuidar o fato de que o sistema atual, na forma como posto, especialmente sob a influência dos valores consagrados pela Constituição, permite ao juiz – não sem esforço e comprometimento – humanizar a solução dos conflitos de família.

O Direito é feito para o Homem e não o Homem para o Direito. As regras jurídicas têm que ser pensadas e aplicadas em função das pessoas que nascem, crescem e morrem à procura da felicidade e da paz.

Gustavo Tepedino lembra que “os princípios constitucionais explícitos ou implícitos não são supletivos. São inícios, ponto de partida, fundamentos que informam e conformam a lei”<sup>50</sup>. Por isso, a utilização dos princípios e valores constitucionais tanto para a solução do conflito quanto para eventuais adequações procedimentais é plenamente possível e até aconselhável e como tal, “significa [...] impor a compreensão das normas e dos institutos de Direito das Famílias – e do Direito Privado como um todo – a partir de uma *filtragem constitucional*, reconhecendo a superioridade da norma básica do Estado”<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Ob. cit. p. 168.

<sup>50</sup> Ob. cit. p. 22.

<sup>51</sup> CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. Ob. cit. p. 41.

## 5 - CONCLUSÃO

Com essa reflexão, procura-se demonstrar que é possível, com fundamento na dignidade da pessoa humana, na solidariedade e todos os demais valores sociais postos na Constituição Federal solucionar com olhar mais humanizado e amoroso os conflitos familiares, mesmo diante da ausência de lei que regule o direito subjetivo e processo e procedimento obsoletos.

O empenho do Poder Judiciário está evidenciado com o atendimento de direitos ainda não individualizados por lei, aliás, assumindo muitas vezes posição de vanguarda, sempre fundamentado nos princípios humanizadores consagrados pela Constituição.

É oportuno para encerrar essa reflexão relembrar a frase emblemática lançada sob a estátua da Deusa da Justiça, localizada na praça da Biblioteca de Direito Beeson e Robinson Hall, na Universidade de Samford, no Alabama que é sussurrada pelo Anjo da Misericórdia no ouvido da Deusa: “Buscai sabedoria para temperar a justiça com compaixão.”<sup>52</sup>. Vale reparar que, na referida estátua, o anjo esta posicionado ao lado direito da Deusa da Justiça, fazendo referência ao lado que ela empunha a sua espada, como se sugerisse que o instrumento deve ser usado sempre temperado com compaixão!

## BIBLIOGRAFIA

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *A interdisciplinaridade e o conteúdo dos laudos: instrumentos para a garantia da proteção da criança vítima de violência sexual*. (Obra ainda não publicada.)

BARBOSA, Águida Arruda. *Direito de Família e Ciência Humanas. Caderno de Estudos n. 1*. Jurídica Brasileira. São Paulo : 1998.

CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3ª ed. ver. amp e at. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro : 2011.

---

<sup>52</sup> Fonte: <http://www.flickr.com/photos/bhamjay/1269249371>; acesso em 12 de outubro de 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 15ª ed. rev. amp. e at. Saraiva. São Paulo : 2011.

LOBO, Paulo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas. São Paulo : 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. rev. at. e amp. Forense. Rio de Janeiro : 2011.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica*. 4ª ed. ver. e at. Forense. Rio de Janeiro : 2012.

ROSA, Conrado Paulino. *Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar*. Del Rey. Belo Horizonte : 2012.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. 2ª ed. ver. e at. Del Rey. Belo Horizonte : 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Malheiros. São Paulo : 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas. São Paulo : 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF*. Malheiros. São Paulo : 2006.





# IMPORTÂNCIA DA MULHER NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO



*Laurita Vaz*  
Ministra do Superior Tribunal de Justiça



**IMPORTÂNCIA DA MULHER NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**  
*Ministra Laurita Vaz*

Com a promulgação da Constituição Cidadã em 5 de outubro de 1988, nasce o Tribunal da Cidadania. O Superior Tribunal de Justiça é criado para ser o fiel intérprete da legislação infraconstitucional, última instância nessa senda, reservando ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, as questões eminentemente constitucionais.

Como tenho feito todos os anos, por ocasião do dia internacional da mulher, dedico algumas linhas para comentar a inserção feminina no contexto da realidade brasileira, a evolução histórica dessa participação e propor reflexões sobre expectativas futuras. Nesta oportunidade, em que comemoramos o vigésimo quinto ano do Superior Tribunal de Justiça, aproveito para destacar o indelével papel da mulher no cenário judiciário brasileiro.

Em ambiente predominantemente masculino, a mulher, nas últimas décadas, abriu espaços e tem ocupado postos de relevo no Poder Judiciário. A eminente ministra Eliana Calmon, magistrada de carreira da Justiça Federal, foi a primeira a ocupar um assento nessa Corte Superior, dez anos depois de inaugurada. Depois dela, outras vieram. Atualmente, somos seis dentre trinta e três ministros.

Contudo, essa proporcionalidade está bastante distante daquela que hoje já se verifica em primeira instância. Percebe-se que, cada vez mais, mulheres são aprovadas nos concursos públicos para a magistratura e ministério público, dividindo em números quase paritários os cargos de juízes de primeiro grau e de promotores de justiça. Todavia, quando se trata das instâncias superiores e de cargos providos por indicação, o que se tem é uma diminuta participação feminina.

Esses dados não traduzem falta de competência ou merecimento por parte das mulheres, mas, sim, a existência de dificuldades para transitar em espaços políticos historicamente ocupados por homens.

Quando se chega ao ápice da carreira jurídica, a disputa não depende mais de um concurso público de provas e títulos, mas de abertura política e de reconhecimento dos próprios pares, na maioria homens, que, muitas vezes, dificultam o acesso das mulheres.

Para as novas gerações, hoje, não é concebível sequer cogitar da exclusão da mulher do cenário social e político da nação. Contudo, é bom lembrar que o simples ato de votar é um direito fundamental que só foi conquistado, e com grande resistência, em 1934, quando tudo que a sociedade esperava da mulher brasileira era a total dedicação às tarefas domésticas e criação da prole.

O desate das amarras que a prendiam, submissa, junto aos deveres do lar passou, de forma crescente nos últimos anos, pela elevação do seu grau de escolaridade. Sem embargo, ainda se espera da mulher, de forma ostensiva ou disfarçada, a mesma dedicação aos afazeres domésticos de outrora.

As mulheres, nesse contexto, têm que se desdobrar para cumprir dupla jornada: uma no exigente mercado de trabalho, onde sempre precisam renovar a prova de sua capacidade, e outra em casa. Alguns homens vivem uma certa “crise de identidade”: não detêm mais a exclusividade do papel de provedor e, ainda, se veem chamados a colaborar em atividades domésticas que antes não eram da sua incumbência.

Essa reacomodação de papéis, creio, ainda vai perdurar por mais algumas décadas. Enquanto isso, nota-se certo desconforto entre homens e mulheres, que não sabem, com certeza, se estão cumprindo bem o seu papel nos grupos sociais aos quais pertencem, o que, frequentemente, gera uma série de angústias e frustrações.

A despeito das barreiras existentes e do longo caminho que ainda há a ser desbravado, temos o que comemorar. É inegável o progresso das mulheres na sociedade brasileira, galgando importantes cargos nos altos escalões do Governo Federal e dos Estados, e na iniciativa privada.

Na política, o Brasil elegeu a primeira mulher para a presidência da república. No parlamento, embora ainda tímida a participação, as mulheres estão marcando presença, com 12 senadoras e 45 deputadas na atual legislatura.

Na cúpula do Poder Judiciário, um dos mais apegados à tradição e ao conservadorismo, as mulheres vêm rompendo antigas barreiras: há duas magistradas, entre onze, no Supremo Tribunal Federal; no Superior Tribunal de Justiça, somos seis em trinta e três; no Tribunal Superior Eleitoral, somos duas em sete; no Tribunal Superior do Trabalho, cinco em vinte e sete; e no Superior Tribunal Militar, uma, pela primeira vez, em quinze.

Há ainda bravas mulheres nas forças armadas e forças auxiliares, no comando de aeronaves comerciais, na direção de grandes empresas e também na construção civil, mercado antes exclusivo dos homens.

Conquistas importantes para a mulher brasileira foram concretizadas também no ordenamento jurídico, valendo ressaltar a Constituição Federal de 1988, que enuncia a igualdade de tratamento, sem distinção de sexo; o Novo Código Civil Brasileiro de 2002, que reafirma o princípio da igualdade nas relações conjugais em vários de seus dispositivos, adotando a nova concepção de família dada pela Constituição Federal, fundada nos princípios igualitários e democráticos, em que se preconiza a direção conjunta da sociedade conjugal e administração dos bens

comuns, além da igualdade no exercício do poder familiar; a Lei n.º11.340/06, apelidada “Lei Maria da Penha”, é mais um importante marco no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Esse progresso, infelizmente, ainda não chegou para muitas mulheres, mormente quando se olha para as classes mais baixas, que ainda são vítimas de maus tratos, violências, opressão e toda sorte de discriminações. Para essas o tempo parece correr mais devagar.

As mulheres desprotegidas, violentadas, vítimas de todas as formas de agressões, sem grau de instrução, sem trabalho digno e sem salário, sem rumo e sem horizontes, necessitam da ajuda das autoridades constituídas e da ajuda da comunidade. É necessário abrir trilhas, buscar as veredas, encontrar soluções, fazer com que essas mulheres, que são o esteio do lar, a estrutura da família, possam viver plenamente sua cidadania e serem mais felizes.

Em tempo, ressalto que as diferenças discriminatórias entre homens e mulheres devem ser superadas, mas as diferenças naturais devem ser respeitadas.

**Brasília/DF, 08 de março de 2014.**

## O AGRAVO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES



*João Otávio de Noronha*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





**O AGRAVO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**  
*Ministro João Otávio de Noronha*

**RESUMO:** O presente artigo objetiva trazer algumas considerações a respeito do agravo, particularmente em razão da nova redação dada ao art. 544 do CPC pela Lei n. 13.322, de 9.9.2010, que dispensou a formação do instrumento e estabeleceu a sistemática do agravo nos próprios autos.

O trabalho aborda também o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido do não cabimento do agravo previsto no art. 544 do CPC para atacar decisão que denega seguimento a recurso especial ou julga prejudicado o extraordinário nos casos em que adotada a sistemática constante dos arts. 543-B e 543-C do CPC.

### **INTRODUÇÃO**

É da essência da natureza humana o inconformismo diante do primeiro juízo de valor desfavorável à pretensão de qualquer pessoa. Busca-se, nesse caso, uma segunda ou terceira opinião.

Do ponto de vista processual, esse inconformismo manifesta-se por meio dos recursos previstos na legislação pertinente. Daí a clássica lição de Gabriel Rezende Filho<sup>1</sup>, para quem “psicologicamente o recurso corresponde a uma irresistível tendência humana”.

---

<sup>1</sup> REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. III, p. 876.

As diversas leis processuais brasileiras, cada uma no seu campo de abrangência, arrolam uma série de recursos que são colocados à disposição das partes e que deverão ser utilizados adequadamente e em situações específicas, seja em razão da natureza da decisão que atacam, seja pelo fato de o processo ter alcançado este ou aquele estágio, seja ainda por que se trata de matéria civil, penal ou trabalhista. Especificamente no que diz respeito ao direito processual civil, o art. 496 do CPC elenca os recursos cabíveis nos processos que tramitam segundo as regras e procedimentos estabelecidos naquele código.

Entre eles encontra-se o agravo (inciso II), interponível contra as chamadas decisões interlocutórias (art. 522), ou seja, contra os atos pelos quais “o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (art. 162, § 2º).

O agravo, como regra geral, deve ficar retido nos autos, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

O art. 544, por sua vez, com a redação dada pela Lei n. 12.322/2010, estabelece que, “não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo, nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias”.

E os arts. 545 e 557, § 1º, preveem a utilização do agravo para confrontar decisão do relator que, monocraticamente, negar seguimento ou der provimento a recurso.

Em brevíssima síntese, portanto, e adotando a didática lição de Athos Gusmão Carneiro<sup>2</sup>, com a necessária atualização decorrente da edição da Lei n. 12.322/2010, pode-se dizer que há atualmente, no direito processual civil brasileiro, as seguintes modalidades de agravo:

---

<sup>2</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 184.

a) o **agravo retido**, admissível de decisão interlocutória proferida por juiz de primeira instância, com finalidade antipreclusiva e eficácia dependente de um futuro e eventual recurso de apelação (art. 522 CPC);

b) o **agravo de instrumento**, admissível de decisão interlocutória proferida por juiz de primeira instância e processado com extração de cópias de peças processuais e protocolização do recurso diretamente no tribunal *ad quem* (art. 522 CPC);

c) o **agravo nos próprios autos**, disciplinado no art. 544 do CPC, com rito peculiar e interponível contra decisão de não admissão do recurso extraordinário ou recurso especial; e, finalmente,

d) o **agravo interno**, cabível contra decisões monocráticas proferidas pelos relatores, podendo distinguir-se os agravos internos previstos em lei processual e os agravos previstos apenas em normas regimentais (somente estes são, realmente, agravos “regimentais”).

Este trabalho destina-se a analisar, de forma pragmática e sem pretensões maiores, apenas a modalidade de agravo no próprios autos, atribuindo especial ênfase à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não cabimento do agravo do art. 544 contra as decisões proferidas nos processos submetidos ao rito dos arts. 543-B e 543-C do CPC.

## O PROCESSAMENTO DO AGRAVO – ART. 544 DO CPC

Conforme já mencionado, a Lei n.12.322, de 9.9.2010, trouxe nova redação ao art. 544 do Código de Processo Civil, instituindo o chamado agravo nos próprios autos, em contraposição ao agravo de instrumento até então utilizado. Significa dizer, por isso, que o novo agravo dispensa a formação de instrumento. Para os operadores do direito, particularmente os advogados, trata-se de alteração significativa, uma vez que a formação do instrumento de agravo, com a seleção das peças obrigatórias, necessárias e úteis, extração de cópias, declaração de autenticidade, além de outras exigências, constituía verdadeiro tormento para aqueles profissionais. Quantos e quantos processos envolvendo teses complexas e valores vultosos foram precocemente encerrados em razão da deficiente formação do instrumento.

Com o novo procedimento, uma vez inadmitido o recurso especial ou o extraordinário, ou ambos, a interposição do agravo correspondente faz subir ao tribunal superior todo o processado. A propósito, embora a interposição do agravo deva ocorrer no tribunal de origem, não é dado ao presidente ou vice-presidente daquela corte negar seguimento ao recurso, ainda que apresentado fora do prazo legal. No Supremo Tribunal Federal, foi editada a Súmula n. 727, de seguinte teor: “*Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais*”.

No Superior Tribunal de Justiça, prevalece o entendimento no sentido de que “sendo interposto agravo de instrumento contra a denegação de seguimento do apelo especial, não pode o tribunal de origem obstar sua remessa ao tribunal *ad quem*, sob qualquer pretexto”<sup>3</sup>. Embora a jurisprudência mencionada, tanto a do Supremo Tribunal Federal quanto a do Superior Tribunal de Justiça, refira-se a agravo de instrumento, não há razão para que não seja aplicada ao agravo nos próprios autos.

Aliás, ambas as Cortes superiores já decidiram caber reclamação da decisão do tribunal local que nega seguimento a agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário ou especial, independentemente do motivo, ainda que seja a intempestividade.

Essa regra de remessa obrigatória do agravo aos tribunais superiores merecerá comentários mais adiante, quando se tratará dos efeitos dos julgamentos proferidos em processos submetidos à sistemática dos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

O agravo, dirigido ao presidente do tribunal de origem, deve ser interposto por petição nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias,

---

<sup>3</sup> Rcl n. 971, Ministro Francisco Falcão, DJ de 16.9.2002

sendo um para cada recurso não admitido, independentemente do pagamento de custas e despesas postais.

Alertam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>4</sup>:

“Segundo entende o STJ, o prazo para interposição do agravo de instrumento contra denegação de recurso especial (CPC, art. 544) não deve ser contado em dobro, ainda que se trate de recurso interposto por litisconsorte com procurador diferente. O STJ entende que o art. 191 do CPC não se aplica ao agravo de instrumento contra denegação de recurso especial, pois cada litisconsorte, ainda que representado por procurador diferente, irá insurgir-se contra uma decisão diferente. Cada recurso especial terá sido inadmitido, na origem, por uma decisão própria, cabendo um agravo próprio de cada uma, não havendo razão para aplicação do referido dispositivo. A situação equivale, *mutatis mutandis*, àquela contida no enunciado 641 da Súmula do STF.”

O agravado será intimado para, no mesmo prazo, oferecer sua resposta, podendo instruí-la com documentos ainda não encartados nos autos, sendo desnecessária a juntada de peças processuais, como inocuamente referido no § 2º do art. 544, uma vez que os autos serão remetidos na íntegra às cortes superiores.

A propósito, entende-se que a resposta do agravado passou a ser regulada inteiramente pelo § 3º do referido art. 544, cujo conteúdo, nesse ponto, engloba o do § 2º do mesmo dispositivo.

Estabelece o § 3º que os autos, após o prazo para resposta do agravado, serão encaminhados à superior instância para julgamento, o qual obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno.

Ao decidir o recurso, poderá o relator adotar uma das seguintes conclusões:

---

<sup>4</sup> DIDIER JR., Fredie & CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 8ª ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 295-296.

I – **não conhecer do agravo**, quando esse se mostrar manifestamente inadmissível ou quando não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;

II – **conhecer do agravo** para:

- a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;
- b) negar seguimento ao recurso (especial ou extraordinário) manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal (STJ ou STF);
- c) dar provimento ao recurso (especial ou extraordinário) se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal (STJ ou STF).

Verifica-se que a situação prevista no item I acima (não conhecer do agravo) diz respeito a hipótese de inadmissibilidade do próprio agravo, quer porque não atacou, de forma expressa, os fundamentos da decisão agravada, quer porque lhe falta pressuposto genérico de admissibilidade, como a tempestividade, ou o cabimento, por exemplo.

Já na situação descrita no item II (conhecer do agravo), tem-se que o recurso preenche os requisitos genéricos de admissibilidade, razão pela qual dele se conhece. Nesse caso, avança-se na análise do próprio recurso não admitido, seja para negar-lhe seguimento, seja para dar-lhe provimento, nas hipóteses descritas no próprio dispositivo legal em comento.

Note-se que a lei atribuiu ao relator a competência para, monocraticamente, decidir a respeito dos pressupostos de admissibilidade do recurso não admitido, bem como acerca dos do próprio agravo; além disso, poderá ele decidir quanto ao mérito dos recursos especial ou extraordinário.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça admite, ainda, que o relator possa converter o agravo em recurso especial para posterior apreciação do órgão colegiado competente (art. 34, XVI).

Questão de enorme importância prática diz respeito a qual o meio adequado para impugnar decisão proferida pelo presidente do tribunal de origem que determina o sobrestamento do feito até o julgamento, pelo tribunal superior, do processo escolhido como representativo da controvérsia (arts. 543-A, 543-B e 543-C do CPC).

Em artigo publicado na Revista do Processo, Nicolas Mendonça Coelho de Araújo<sup>5</sup>, após mencionar acórdãos da Primeira e da Segunda Turmas do STJ (AgRg no Ag n. 1.277.178/RJ e AgRg no Ag n. 1.223.072/SP) que concluíram que a decisão que determina o sobrestamento do feito no tribunal de origem não tem cunho decisório, dela não cabendo nenhum recurso, afirma que o único meio de impugnação daquela decisão seria o mandado de segurança, a ser interposto no próprio tribunal de origem. A hipótese referida no mencionado artigo doutrinário é aquela concernente à indevida suspensão do processo em razão de, supostamente, tratar de questão idêntica a outra submetida a julgamento no Superior Tribunal de Justiça pelo procedimento do art. 543-C do CPC.

Theotônio Negrão<sup>6</sup>, por sua vez, entende poder a parte valer-se de pedido de medida cautelar, de pedido formulado por simples petição endereçada ao STJ ou de agravo, deixando assentado, no entanto, entendimento contrário no próprio Superior Tribunal de Justiça.

De minha parte, já decidi pedido formulado por simples petição apresentada no STJ<sup>7</sup>, tendo reconhecido que o processo sobrestado tratava de matéria diversa daquela submetida ao rito do art. 543-C e que, em razão disso, deveria ser feito o juízo de admissibilidade na origem. É que, se, por um lado, pode-se realmente afirmar que o sobrestamento

---

<sup>5</sup> ARAÚJO, Nicolas Mendonça Coelho de. Meios de impugnação da decisão de sobrestamento do recurso especial em razão da instauração do procedimento do art. 543-C do CPC. *Revista de Processo* n. 197, p. 371, jul. 2011.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 728

<sup>7</sup> Pet n. 7.452/RJ, DJe de 18.4.2011.



dos “recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, na dicção do art. 543-C, *caput*, seja ato irrecorrível, o mesmo não se poderá dizer, por outro lado, do caso que não se enquadre no conceito de idêntica questão de direito. Não pode a parte ser prejudicada com o sobrestamento do seu recurso se a matéria nele tratada difere claramente daquela submetida ao rito dos recursos repetitivos.

Parece-me, portanto, necessário analisar as razões da parte que impugna a decisão de sobrestamento do feito, acatando-as quando houver a indevida suspensão do andamento do processo. As formas de impugnação daquela decisão, a meu ver, são amplas, podendo ser adotada qualquer uma das que foram mencionadas pelos doutrinadores aqui citados, além de agravo regimental a ser interposto para o órgão competente do próprio tribunal de origem, como já decidiram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

No caso de identidade entre o processo suspenso e o submetido ao rito dos repetitivos, é incabível realmente qualquer recurso contra a decisão que determinou o sobrestamento.

Outra é a hipótese do § 7º do art. 543-C do CPC. Trata-se ali das consequências do julgamento do recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça para os recursos suspensos nos tribunais de origem enquanto se aguardava a decisão da Corte superior.

O inciso I do referido § 7º dispõe que, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial contra ele interposto terá seguimento denegado. A respeito, decidiu o STJ de certa feita que o recurso cabível para atacar tal decisão denegatória é o agravo de instrumento (*rectius*: agravo), constituindo erro grosseiro a adoção de medida cautelar com o fim de viabilizar a subida do especial<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> AgRg na MC n. 16.397/RJ, Ministro Arnaldo Esteves, DJe de 24.5.2010.

No mesmo caminho, Humberto Theodoro Júnior<sup>9</sup> ensina:

“Pode acontecer de o Presidente do Tribunal de origem negar seguimento ao especial, ao pretexto de ter o acórdão padrão do STJ adotado tese igual ao aresto recorrido, quando, na verdade, não ocorreria tal identidade. Para fazer chegar o recurso ao STJ, terá o recorrente de lançar mão do agravo nos próprios autos previsto no art. 544 do CPC, no qual procurará demonstrar a diferença entre a situação jurídica enfrentada pelo acórdão recorrido e aquela decidida pelo STJ no julgado paradigma.”

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 1.154.599/SP, cuja relatoria coube ao Ministro Cesar Asfor Rocha, acabou por sufragar a tese, constante da ementa do acórdão respectivo, de que “*não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC*”, devendo tal decisão ser impugnada mediante agravo regimental no âmbito do tribunal de origem.

Desprezados eventuais equívocos, no entanto, quanto à correta identificação dos casos repetidos, tem-se por perfeitamente válida a lição do Ministro Luiz Fux quando afirmou, com propriedade, em voto-vista no julgamento da questão de ordem acima mencionada:

“O Recurso Especial Repetitivo tem como *ratio essendi* cumprir o desígnio constitucional do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, qual o de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais do país, e evitar a sobrecarga dos Colegiados com a remessa de impugnações contrárias ao entendimento firmado na impugnação representativa.

[...]

Consectário desse imperativo lógico é o de que a exegese escorreita dos parágrafos 7º e 8º, do artigo 543-C, do CPC, dirige-se

---

<sup>9</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 682-683.

no sentido de que os recursos ainda não decididos devem amoldar-se à solução do recurso repetitivo; nos recursos já julgados deve haver retratação do seu conteúdo; acaso a hipótese não seja semelhante é que se aplica o § 7º, do art. 543-C, que determina seja o recurso julgado e submetido ao exame da admissibilidade.

[...]

Outrossim, a Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008, não previu o cabimento do agravo nas providências posteriores ao julgamento do recurso repetitivo, numa inequívoca demonstração de que a inadmissão do recurso especial contra a decisão repetitiva - salvo a ocorrência de *distinguishing* (ausência de identidade de causas) -, não admite recurso para que se remeta ao Superior Tribunal de Justiça tese já decidida, porquanto, do contrário, criar-se-ia meio de afrontar a *ratio essendi* da instituição desse filtro recursal. É que o eventual cabimento de agravo importaria ao STJ o julgamento do recurso repetitivo, e, ao depois, o do agravo e o do recurso especial, em contravenção à tese firmada, o que revela *contraditio in terminis*, sem prejuízo de afrontar os princípios constitucionais da razoabilidade e da duração razoável dos processos.

À semelhança do que decidiu o Egrégio STF na Questão de Ordem no AI 760.358-SE, cabe recurso *intra muros* da decisão que nega seguimento ao recurso especial em confronto com a tese repetitiva.”

Já no Supremo Tribunal Federal, após o julgamento da referida Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 760.358/SE, a matéria encontra-se pacificada no sentido de que, se o tribunal de origem aplica a sistemática da repercussão geral, nos termos dos arts. 543-A e 543-B e parágrafos do Código de Processo Civil, incabível é a utilização de agravo de instrumento ou reclamação, devendo a parte que se sentir prejudicada valer-se do agravo regimental para atacar a decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário interposto.

Confira-se, primeiramente, a ementa do julgado no ponto:

“Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral.”

Merecem destaque as considerações feitas pelo Ministro Gilmar Mendes para chegar a tal conclusão, *in verbis*:

“Foi com foco na Constituição que, já no início da utilização deste novo instrumento, o STF decidiu, na sessão plenária de 19.12.2007, serem necessárias regras específicas para os agravos de instrumento. Se os recursos extraordinários estavam submetidos a filtros de admissibilidade, os agravos, que se qualificam como recursos acessórios, teriam que seguir sistemática compatível com o novo regime.

Tais regras foram consagradas nas Emendas Regimentais n. 23/2008 e 27/2008, que autorizaram os tribunais de origem a sobrestar os recursos extraordinários múltiplos antes de realizar qualquer juízo de admissibilidade.

Além disso, essas emendas regimentais aplicaram o regime de repercussão geral para os agravos de instrumento, que são recursos que só existem como acessórios e em razão dos recursos extraordinários. Cuidou-se de evidente compatibilização das normas regulamentadoras, para não privilegiar o acessório em detrimento do principal.

A Lei n. 11.418/2006, ao regulamentar a repercussão geral e promover alterações substanciais no Código de Processo Civil, em seis dispositivos diferentes, atribuiu ao STF, mediante alterações em seu Regimento Interno, a tarefa de definir os procedimentos no caso de recursos múltiplos, bem como as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos na análise da repercussão geral:

[...]

Assim o fez a Corte, editando emendas ao regimento interno e regulando os procedimentos relacionados à tramitação dos recursos de sua competência (extraordinários e agravos), no seu próprio âmbito e no âmbito dos tribunais de origem.

E, pela primeira vez, os Tribunais de origem tiveram a atribuição de sobrestar e de pôr termo aos agravos de instrumento.

Bem sabemos que nossa jurisprudência, no regime anterior, não admitia semelhante competência. Mas tal atribuição é inevitável, principalmente considerando-se que toda a reforma constitucional foi concebida com o objetivo de evitar julgamentos repetidos e sucessivos de uma mesma questão constitucional.

Agora, uma vez submetida a questão constitucional à análise da repercussão geral, cabe aos tribunais dar cumprimento ao que foi estabelecido, sem a necessidade da remessa dos recursos individuais.

Caso contrário, se o STF continuar a ter que decidir caso a caso, em sede de agravo de instrumento, mesmo que os Ministros da Corte apliquem monocraticamente o entendimento firmado no julgamento do caso-paradigma, a racionalização objetivada pelo instituto da repercussão geral, de maneira alguma, será alcançada.

Assim, a competência para a aplicação do entendimento firmado pelo STF é dos tribunais e das turmas recursais de origem. Não se trata de delegação para que examinem o recurso extraordinário nem de inadmissibilidade ou de julgamento de recursos extraordinários ou agravos pelos tribunais e turmas recursais de origem. Trata-se, sim, de competência para os órgãos de origem adequarem os casos individuais ao decidido no leading-case [...].”

O voto do Ministro Gilmar Mendes enfatiza ainda a decisão da Ministra Ellen Gracie proferida em outro processo<sup>10</sup>, no sentido de que *“a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pela instância ordinária, de decisão contrária ao entendimento firmado nesta Corte, em face do disposto no § 4º do art. 543-B, do CPC”*. Daí por que concluiu o culto magistrado: *“O que estou defendendo, portanto, é que os tribunais e turmas recursais de origem têm competência para dar encaminhamento definitivo aos processos múltiplos nos temas levados à análise de repercussão geral. Não há, nesta hipótese, delegação de competência. O Tribunal **a quo** a exerce por força direta da nova sistemática legal”*.

O entendimento das duas Cortes superiores deve ser prestigiado.

De fato, a vedação ao uso do agravo como forma de elevar à instância superior a apreciação de matérias já decididas, que haverão, se lá aportarem, de receber a mesma decisão proferida no acórdão

---

<sup>10</sup> QO-AC n. 2.177, Ministra Ellen Gracie, DJe de 19.2.2009.



paradigma, atende ao postulado da celeridade processual, princípio alçado hoje à condição de norma constitucional, e evita a tão indesejada eternização das demandas, além de propiciar tratamento isonômico aos jurisdicionados.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nicolas Mendonça Coelho de. Meios de impugnação da decisão de sobrestamento do recurso especial em razão da instauração do procedimento do art. 543-C do CPC. *Revista de Processo n. 197*, jul. 2011.

CARNEIRO. Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O novo agravo sem instrumento para Tribunais Superiores: antecedentes e perspectivas. *Revista de Processo n. 190*, dez. 2010.

DIDIER JR., Fredie & CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 8ª ed. Salvador: Podivm, 2010.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 43ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. III.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.



**PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL -  
LEI N. 9.784/99 - CASO CONCRETO**



*Arnaldo Esteves Lima*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





**PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL – LEI N. 9.784/99 – CASO CONCRETO**  
*Ministro Arnaldo Esteves Lima*

No dia 7/4/2014, o Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição Federal de 1988, completa 25 anos de sua instalação. Oportunamente, sua prestigiosa e útil Revista, tão bem dirigida pela Ministra Nancy Andrighi, veiculará edição específica, em homenagem à auspiciosa data, fazendo justiça à Corte da Cidadania, que presta, diuturnamente, por meio de seus magistrados e servidores, com a essencial e indispensável participação do Ministério Público, dos advogados, públicos e privados, e da Defensoria Pública, os melhores serviços possíveis, à sociedade nacional.

Peço licença para apresentar, sob a forma de artigo, voto-vista proferido perante a Primeira Seção, no julgamento do MS 18.590/DF, sobre o alcance do art. 54 da Lei 9.784/99, que introduziu modificação expressiva no tocante ao prazo para a anulação de atos administrativos. Até então, considerava-se o teor das Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, que não mencionam prazo para tal providência, ficando sempre a dúvida e gerando insegurança jurídica quanto ao limite temporal para se fazer a anulação. Essa questão veio a ser dissipada pelos arts. 53 e 54 do referido diploma. Destarte, passo a transcrever a íntegra do mencionado voto-vista:

Inicialmente, é oportuno registrar que a Constituição Federal, no § 5º do seu art. 37, previu:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

De igual modo, por compreensão extensiva, incumbe à lei a determinação de prazo de decadência quando desta se tratar, conforme sobreveio na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, cujo art. 54, §§ 1º e 2º, dispõe:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, **salvo comprovada má-fé**.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer **medida de autoridade administrativa** que importe impugnação à validade do ato. (grifos nossos)

Não incide, à evidência, a ressalva inscrita na parte final do art. 54, pois não se refere, em momento algum, à ocorrência de **má-fé**, vício que não pode ser presumido.

Não há, outrossim, espaço jurídico para se invocar o § 2º do mesmo artigo. O conceito de “autoridade administrativa”, a que alude tal dispositivo, não pode ser estendido a todo e qualquer agente público, sob pena de tornar inaplicável a regra geral contida no *caput*, em favor da decadência.

Com efeito, devem ser consideradas como exercício do direito de anular o ato administrativo apenas as medidas tomadas pelo Ministro de Estado da Justiça, autoridade que, assessorada pela Comissão de Anistia, tem **competência exclusiva para decidir as questões relacionadas à concessão ou revogação das anistias políticas**, nos termos do art. 1º, § 2º, III, da Lei 9.784/99 c/c 10 e 12, *caput*, da Lei 10.559/02, *in verbis*:

### Lei 9.784/99

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

.....

§ 2º. Para os fins desta Lei, consideram-se:

.....

III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

### **Lei 10.559/02**

Art. 10. Caberá ao Ministro de Estado da Justiça decidir a respeito dos requerimentos fundados nesta Lei.

.....

Art. 12. Fica criada, no âmbito do Ministério da Justiça, a Comissão de Anistia, com a finalidade de examinar os requerimentos referidos no art. 10 desta Lei e assessorar o respectivo Ministro de Estado em suas decisões.

Nesse contexto, tenho que somente “A instauração, **por autoridade competente**, de portaria que determina a instauração de processo de revisão da condição de anistiado político do impetrante importa exercício regular do direito de anular, causa interruptiva do prazo decadencial (conf. art. 54, § 2º, da Lei nº 9.784/99)” (MS 14.748/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Terceira Seção, DJe 15/6/2010 - grifos nossos).

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. OCORRÊNCIA. ART. 142 DA LEI 8.112/90.

1. Transcorridos mais de cinco anos entre a data em que a autoridade que teve ciência do fato se tornou competente para abertura do processo administrativo disciplinar, nos termos do Decreto nº 3.081/99, e a instauração do respectivo feito, é de se entender prescrita a pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo 142 da Lei nº 8.112/90.

2. Segurança concedida. (MS 14.120/DF, Rel. Min. Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira Seção, DJe 1º/8/11)

Além de serem praticados pela autoridade administrativa competente, tais atos devem ter por escopo a “impugnação à validade do ato”.

O conceito de impugnação, ademais, não pode ser estendido a todo ou qualquer ato de simples contestação de um direito, mas àqueles atos administrativos de controle que, consoante doutrina de BANDEIRA DE MELLO, “visam impedir ou permitir a produção ou a eficácia de atos de administração ativa mediante exame prévio ou posterior da conveniência ou da legalidade deles” (In “Curso de Direito Administrativo”. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 393).

Quanto às NOTAS AGU/JD-10/2003 e AGU/JD-1/2006, verifica-se que elas não se enquadram na definição de “medida de autoridade administrativa” no sentido sob exame, haja vista sua natureza jurídica diversa: trata-se de pareceres jurídicos, de caráter facultativo, formulados pelos órgãos consultivos do Ministério da Justiça, com trâmites internos, genéricos, não se dirigindo, especificamente, a quaisquer dos anistiados sob o pálio da Súmula Administrativa nº 2002.07.0003 da Comissão de Anistia, que recebeu a seguinte redação:

A Portaria nº 1.104, de 12 de outubro de 1964, expedida pelo Senhor Ministro de Estado da Aeronáutica, é ato de exceção, de natureza exclusivamente política.

Com efeito, os pareceres jurídicos, ainda na lição de Bandeira de Mello, apenas “visam informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração” (MELLO, p. 393).

Nesse mesmo sentido, confira-se também a doutrina de HELY LOPES MEIRELLES, *in verbis*:

Pareceres – Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração.

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um

órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração (MEIRELLES, p. 193-194)

Ocorre que as NOTAS AGU/JD-10/2003 e AGU/JD-1/2006 tinham por objetivo apenas opinar acerca dos aspectos de legalidade e abrangência da Súmula Administrativa 2002.07.0003 da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, concluindo pela necessidade de se alterarem os critérios até então utilizados para análise dos pedidos de anistias dos chamados “Cabos da Força Aérea”.

Tais manifestações **genéricas** não poderiam, como não podem, obstar a fluência do prazo decadencial a favor de cada anistiado, que já contava com o seu **direito individual subjetivado**, materializado, consubstanciado, em suma, em ato administrativo da autoridade competente, o Sr. Ministro da Justiça, subscritor da respectiva Portaria concessiva de tal benefício legal, militando, em seu prol, os princípios da legalidade, boa-fé e legitimidade, em consonância com a ordem jurídica em vigor.

Aliás, a própria Lei 9.784/99, em seu art. 66, é clara ao dispor:

Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

Segundo narram os autos, entre a data da Portaria **individual** 587, de 9/5/03, que concedeu a anistia ao impetrante, e a Portaria 923, de 29/5/12, que anulou a primeira, transcorreu prazo superior a **9 (nove) anos**. Logo, consumada estaria, como está, para nós, com a devida vênua, a incidência do *caput* do art. 54.

E, se considerarmos, excepcionalmente, a data da publicação da Portaria Interministerial MJ/AGU 134, de 15/2/11, que instaurou procedimento de revisão das anistias, como hábil a afastar a decadência, no caso, para este fim não se presta, uma vez que o lapso temporal já se havia consumado.

A propósito, considero oportuno mencionar os seguintes precedentes, nos quais a Primeira Seção acolheu a decadência, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR ANISTIADO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DE REVISÃO. DECADÊNCIA. ARTIGO 54 DA LEI Nº 9.784/99. ORDEM CONCEDIDA.

1. "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé." e "Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato." (artigo 54, caput, e parágrafo 2º, da Lei nº 9.784/99).

**2. Instaurado o processo de revisão de anistiado político após decorridos mais de sete anos da sua concessão e quase seis anos de recebimento da prestação mensal, permanente e continuada, resta consumado o prazo decadencial de que cuida o artigo 54 da Lei nº 9.784/99.**

3. Conquanto se admita que o controle externo, oriundo dos Poderes Legislativo e Judiciário, não esteja sujeito a prazo de caducidade, o controle interno o está, não tendo outra função o artigo 54 da Lei nº 9.784/99 que não a de impedir o exercício abusivo da autotutela administrativa, em detrimento da segurança jurídica nas relações entre o Poder Público e os administrados de boa-fé, razão pela qual não poderia a Administração Pública, ela mesma, rever o ato de anistia concedida há mais de cinco anos.

4. Ordem concedida. (MS 15.346/DF, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Seção, DJe 3/12/2010 - grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIADO POLÍTICO. PRESTAÇÃO MENSAL, PERMANENTE E CONTINUADA. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO. PODER DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA. ART. 54, *CAPUT* E § 2º, DA LEI N.º 9.74/99. DECADÊNCIA. TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR AO QUINQUÍDIO LEGAL.

1. O art. 54 da Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a Administração revogar os seus atos.

2. Apesar de a Administração Pública estar adstrita à observância do princípio da legalidade, por força do art. 37 da Constituição Federal, deve o poder público observar outros princípios, notadamente o da

segurança jurídica, corolário do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Constituição Federal. Precedente: (MS 9112/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, DJ 14/11/2005).

3. A antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmava o entendimento de que os atos administrativos inválidos poderiam ser revistos pela autoridade administrativa em nome do princípio da legalidade, ao fundamento de que os atos eivados de vícios não poderiam produzir efeitos. Nessa linha de raciocínio é que foram editadas as Súmulas 346 e 473, do STF.

4. Com a edição da Lei n.º 9.784/99, a jurisprudência passou a reconhecer que a invalidação dos atos administrativos sujeita-se a prazo decadencial, por aplicação expressa do art. 54, que assim dispõe: Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

3. É que a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.

**4. In casu, a questão central reside no transcurso do prazo decadencial para a prática da Portaria n.º 523/2009, que pretende anular ato da Portaria n.º 1.336/2004, consubstanciado no reconhecimento do impetrante como anistiado político e, conseqüentemente, ao pagamento de prestação mensal, permanente e continuada em substituição à aposentadoria excepcional.**

**5. O primeiro pagamento da prestação mensal a que se pretende anular ocorreu em 02 de julho de 2004 (cf. doc. 07 - fl. 26) e a Portaria nº 523-MJ foi publicada no Diário Oficial da União em 24 de março de 2010, ou seja, após o quinquênio legal para a administração rever seus próprios atos, previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99, o que pode-se concluir pela consumação da decadência administrativa.**



6. Mandado de segurança concedido. (MS 15.330/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 17/12/2010 - grifos nossos)

Admitindo-se, ainda para argumentar (art. 207 do CC), que o prazo de decadência, previsto no art. 54, pode ser interrompido, ou mesmo suspenso, o que, em princípio, é contra a natureza do instituto, **ainda assim**, para tanto, seria, como é, **imprescindível** – sob pena de violação às garantias maiores do devido processo, do contraditório, da ampla defesa, etc. – que o **beneficiário do prazo em curso** seja, **individualmente, cientificado** do teor do ato **intERRUPTIVO OU SUSPENSIVO**, no curso do referido prazo, como, de resto, prescreve o art. 66, **suso**, além de ser regra elementar em nosso Direito.

Presume-se, por força do art. 3º da LINDB (antiga LICC), o conhecimento da lei, sendo defeso escusar o seu cumprimento sob alegação de desconhecê-la. Tal presunção, todavia, não se estende a atos administrativos, como aqueles já referidos, praticados, genericamente, nos idos de 2003 e 2006, pelo MJ e AGU, internamente, sem, contudo, dar conhecimento **pessoal aos principais interessados** na matéria, quais sejam, os beneficiados pelas anistias, ao abrigo da aludida Súmula Administrativa 2002.07.0003-CA.

Do exame dos documentos que instruem a presente ação constata-se que somente a partir da Portaria Interministerial 134/11 foi determinada a oitiva da parte interessada, na medida em que houve a delegação ao Grupo de Trabalho Interministerial – GTI da competência “para deflagração dos procedimentos contraditórios, a expedição de notificação para apresentação de defesa, análise e pronunciamento de mérito após as manifestações dos interessados” (fl. 900e).

Com efeito, antes da referida Portaria 134/11, a própria Comissão de Anistia havia consignado que, como era o próprio mérito do juízo político para o fundamento da anistia que estava sofrendo objeção, não haveria contraditório a opor, pois “Em nada adiantaria o cidadão alegar contrariamente e tentar defender o convencimento de mérito sobre a Portaria nº 1.104-GM3/1964 como ato de exceção por si só ensejadora de concessão de anistia política, pois que esse entendimento já está declarado ilegal pela Advocacia-Geral da União” (fl. 288e).

Destarte, restou consumada a decadência, sendo imperioso que o Judiciário reconheça ao impetrante o direito já definitivamente integrado a seu patrimônio individual, para que tenha a necessária

segurança jurídica e paz, a esta altura da vida, quando, ao que consta, já se encontra na terceira idade.

Impende ressaltar, ainda, que a matéria é plenamente examinável na via do *writ*, por se tratar, essencialmente, de interpretar qual o alcance das regras legais referidas, pois os fatos da anistia e da sua revogação são incontroversos, tanto quanto o é a inexistência de má-fé, vício sequer mencionado. Incide, assim, a Súmula 625/STF, a saber:

Súmula 625/STF: Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

Por último, gostaria de registrar o recebimento de memoriais formulados pelas partes interessadas. E nesse tópico, consigno que, a meu ver, não assiste razão à douta representação da União quando sustenta, em seus memoriais, a afronta ao art. 8º do ADCT. E assim o faço pela circunstância de que o vício de inconstitucionalidade, por ser de ordem pública, deve ser examinado de ofício pelo julgador.

Não se olvida que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que **situações flagrantemente inconstitucionais não devem ser consolidadas pelo simples transcurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99**. A propósito: MS 28.279/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe 28/4/10.

No caso concreto, contudo, a questão a ser dirimida pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial MJ/AGU 134/11 **não se vincula a eventual inconstitucionalidade da Súmula Administrativa 2002.07.0003 da Comissão de Anistia**.

De fato, o constituinte originário não se preocupou em definir, no art. 8º, *caput*, do ADCT, o que seria um ato de exceção, institucional ou complementar, de motivação exclusivamente política, tendo sido tal encargo transferido ao legislador infraconstitucional, que criou a Lei 10.559/02.

Nesse contexto, ainda que se admita, para argumentar, suposto equívoco da Comissão de Anistia ao editar a Súmula Administrativa 2002.07.0003, tal se resolve no campo infraconstitucional, à luz da Lei 10.559/09, não havendo falar em “ato inconstitucional”, mormente porque eventual afronta à Constituição se daria de forma indireta, o que não desafia exame de (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, muito menos, por esta Corte.

Nesse sentido, peço vênua para mencionar julgado proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual foi rechaçada a tese ora defendida pela União ante a constatação de ofensa indireta da norma constitucional apontada, mantendo incólume o acórdão proferido no MS 15.432/DF, de minha relatoria, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 656.256-AgR/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 2/3/2012)

Idêntico entendimento retrata a jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 2º, 5º, XXXV, LIV E LV, E 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA **REFLEXA** À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O Tribunal *a quo* decidiu a questão com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Leis 9.784/99 e 8.112/90), cujo exame é defeso nesta sede recursal.

2. O desrespeito aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da prestação jurisdicional, configura, quando muito, ofensa meramente **reflexa** ao texto constitucional.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AI 808.719-AgR/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 8/6/11)

Afinal, do julgamento do MS 18.590/DF resultou a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE ANISTIA CONCEDIDA COM BASE NA PORTARIA 1.104-GMS/1964. DECADÊNCIA DO ATO DE ANULAÇÃO. NOTAS E PARECERES DA AGU QUE NÃO SE PRESTAM À

CARACTERIZAÇÃO DE MEDIDA IMPUGNATIVA NOS TERMOS DO § 2º DO ART. 54 DA LEI 9.784/99. MATÉRIA EXAMINÁVEL NA VIA MANDAMENTAL. AFRONTA AO ART. 8º DA CF/88. VIOLAÇÃO REFLEXA. PRECEDENTES DO STF. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A Constituição Federal, no § 5º do seu art. 37, previu que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. De igual modo, por compreensão extensiva, incumbe à lei a determinação de prazo de decadência quando desta se tratar, conforme sobreveio no art. 54, §§ 1º e 2º, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

2. Não incide a ressalva inscrita na parte final do *caput* do art. 54 da 9.784/99, pois não se fala, em momento algum, na ocorrência de **má-fé**, vício que não pode ser presumido.

3. O conceito de “autoridade administrativa”, a que alude o § 2º do art. 54 da Lei de Processo Administrativo, não pode ser estendido a todo e qualquer agente público, sob pena de tornar inaplicável a regra geral contida no *caput*, em favor da decadência.

4. Devem ser consideradas como “exercício do direito de anular” o ato administrativo apenas as medidas concretas de “impugnação à validade do ato”, tomadas pelo Ministro de Estado da Justiça – autoridade que, assessorada pela Comissão de Anistia, tem competência exclusiva para decidir as questões relacionadas à concessão ou revogação das anistias políticas, nos termos do art. 1º, § 2º, III, da Lei 9.784/99 c/c 10 e 12, *caput*, da Lei 10.559/02.

5. As NOTAS AGU/JD-10/2003 e AGU/JD-1/2006 não se enquadram na definição de “medida de autoridade administrativa” no sentido sob exame, haja vista sua natureza de pareceres jurídicos, de caráter facultativo, formulados pelos órgãos consultivos, com trâmites internos, genéricos, os quais não se dirigem, especificamente, a quaisquer dos anistiados sob o pálio da Súmula Administrativa nº 2002.07.0003 da Comissão de Anistia.

6. Manifestações **genéricas** não podem obstar a fluência do prazo decadencial a favor de cada anistiado, que já contava com o seu **direito individual subjetivado**, materializado, consubstanciado em ato administrativo da autoridade competente, o Sr. Ministro da

Justiça, subscritor da respectiva Portaria concessiva de tal benefício legal, militando, em seu prol, os princípios da legalidade, boa-fé e legitimidade, em consonância com a ordem jurídica em vigor.

7. No caso, a anulação da anistia foi promovida quando já ultrapassados mais de 9 (nove) anos, restando consumada a decadência administrativa, nos termos do *caput* do art. 54. E, mesmo se considerada, excepcionalmente, a data da publicação da Portaria Interministerial MJ/AGU 134, de 15/2/11, que instaurou procedimento de revisão das anistias, como hábil a afastar a decadência, ainda assim esta já se havia consumado.

8. Admitindo-se, ainda, que o prazo de decadência, previsto no art. 54 da Lei 9.784/99, pode ser interrompido, ou mesmo suspenso, o que, em princípio, é contra a natureza do instituto (art. 207 do CC), **ainda assim**, para tanto, seria, como é, **imprescindível** – sob pena de violação às garantias maiores do devido processo, do contraditório, da ampla defesa, etc. – que o **beneficiário do prazo em curso** seja, **individualmente, cientificado** do teor do ato **interruptivo ou suspensivo**, no curso do referido prazo, na forma prescrita no art. art. 66, da Lei 9.784/99, *in verbis*: “Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento”.

9. Presume-se, por força do art. 3º da LINDB (antiga LICC), o conhecimento da lei, sendo defeso escusar o seu cumprimento sob alegação de desconhecê-la. Tal presunção, todavia, não se estende a atos administrativos, como aqueles já referidos, praticados, genericamente, nos idos de 2003 e 2006, pelo MJ e AGU, internamente, sem, contudo, dar conhecimento **pessoal aos principais interessados** na matéria, quais sejam, os beneficiados pelas anistias, ao abrigo da Súmula Administrativa 2002.07.0003-CA, que dispôs: “**A Portaria nº 1.104, de 12 de outubro de 1964, expedida pelo Senhor Ministro de Estado da Aeronáutica, é ato de exceção, de natureza exclusivamente política**”.

10. A matéria é plenamente examinável na via do *writ*, por se tratar, essencialmente, de interpretar qual o alcance das regras legais referidas, pois os fatos da anistia e da sua revogação são incontroversos, tanto quanto o é a inexistência de má-fé, vício sequer mencionado. Incide, assim, a Súmula 625/STF, a saber: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.”

11. Não se olvida que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que **situações flagrantemente inconstitucionais não devem ser consolidadas pelo simples transcurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99**. No caso concreto, contudo, a questão a ser dirimida pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial MJ/AGU 134/11 **não se vincula a eventual inconstitucionalidade da Súmula Administrativa 2002.07.0003 da Comissão de Anistia**.

12. O constituinte originário não se preocupou em definir, no art. 8º, *caput*, do ADCT, o que seria um ato de exceção, institucional ou complementar, de motivação exclusivamente política, tendo tal encargo sido deixado para o legislador infraconstitucional, que criou a Lei 10.559/02.

13. Ainda que se admita, para argumentar, suposto equívoco da Comissão de Anistia ao editar a Súmula Administrativa 2002.07.0003, tal se resolve no campo infraconstitucional, à luz da Lei 10.559/09, não havendo falar em “ato inconstitucional”, mormente porque eventual afronta à Constituição se daria de forma indireta, o que não desafia exame de (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, muito menos, por esta Corte. Precedentes do STF.

14. Segurança concedida para declarar a decadência do ato que anulou a portaria anistiadora. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ.

Consigne-se que o trânsito em julgado do referido *mandamus* não ocorreu em razão da interposição de recurso extraordinário, o qual foi suspenso em virtude de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.



**O DESAFIO CONTÍNUO DO DIREITO AMBIENTAL  
AO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO:  
UMA PERSPECTIVA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



*Humberto Martins*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





**O DESAFIO CONTÍNUO DO DIREITO AMBIENTAL AO PODER JUDICIÁRIO  
BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
*Ministro Humberto Martins*

## **1. INTRODUÇÃO**

A presente exposição foi preparada especialmente para responder um oportuno convite do Conselho da Justiça Federal. O evento vem em excelente momento. Acabamos de comemorar vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que comemoramos um quarto de século da criação da Superior Tribunal de Justiça, o nosso Tribunal da Cidadania. A Constituição Federal de 1988 indicou diversos pontos de relevo para o futuro do Brasil democrático. Mas, muito mais relevante foi o fato de que a nova ordem constitucional consolidou vários avanços que estavam em curso, dentre os quais, o direito do meio ambiente. Os dois diplomas legais mais relevantes para o tema precedem a Constituição Federal de 1988: Lei n. 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente) e Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública).

Da mesma forma, a Convenção de Estocolmo, de 1972, também precede a carta republicana de 1988, no âmbito do direito internacional. É importante indicar que o texto republicano atual alçou a temática ambiental ao plano constitucional, como se depreende do art. 225 e

seus dispositivos, dedicado ao tema. Por feliz coincidência, a conferência mundial sobre meio ambiente veio a ocorrer no Brasil: ECO 92; realizada no Rio de Janeiro. Esta conferência teve grande importância para o direito ambiental e para os movimentos sociais que tratavam da defesa do meio ambiente. Ela reafirmou princípios derivados da Convenção de Estocolmo, bem como erigiu novos temas para o debate mundial. Recentemente, o Rio de Janeiro acolheu a RIO + 20. O diagnóstico final dos resultados da conferência – segundo Rosali Senna Ganem – indica que o documento final resultou de um consenso pleno de princípios, porém carente de meios para comprometer os países partícipes. Assim, os resultados foram muito criticados pelas entidades da sociedade civil. Contudo, a autora considera que houve avanços. O primeiro seria indicar um caminho oportuno para o Brasil no teatro das nações: firmar um exemplo de nação focalizada no desenvolvimento sustentável. O segundo seria ter mantido a chama de debates sobre meio ambiente, em perspectiva global na agenda internacional de discussões<sup>1</sup>.

Para além do debate internacional, os países começaram a incorporar no seu direito constitucional as previsões protetivas em prol do meio ambiente. Como ensina o Ministro Herman Benjamin, em excepcional e referencial texto sobre o tema, o movimento em defesa do meio ambiente começa a se fazer presente no mundo das instituições jurídicas em meados da década de 70 do século XX. Paulatinamente, as previsões jurídicas começam a ser incorporadas pelos ordenamentos jurídicos locais e pelos textos constitucionais. O ponto de vista do Ministro Herman Benjamin é claramente tributário do realismo jurídico, que é marca dos estudos dos pesquisadores americanos. Assim, se há alguma explicação acerca do motivo da mudança de ares, ou seja, da incorporação do direito ambiental ao novo panorama jurídico, ela está relacionada com os imperativos da realidade. A degradação ambiental começa a ser percebida como um problema efetivo e tangível. Logo, as

---

<sup>1</sup> GANEM, Roseli Senna. De Estocolmo À RIO+20: avanço ou retrocesso? Cadernos ASLEGIS, n.45, p. 31-62, jan./abr., 2012.

provisões protetivas precisam ser incorporadas ao direito. Nas palavras do Ministro Herman Benjamin:

“O que causou essa intrigante, não obstante obscura, mudança de estrutura constitucional? Errará quem apostar em uma inovação de moda, por isso efêmera, destituída de bases objetivas e alheia a necessidades humanas latentes e prementes, que usualmente antecedem o desenho da norma. Dificilmente, na experiência comparada, encontram-se instâncias em que transformações constitucionais de fundo sucedem por simples acidente de percurso ou capricho do destino. Aqui, sucede o mesmo, pois é a crise ambiental, acirrada após a Segunda Guerra, que libertará forças irresistíveis, verdadeiras correntes que levarão à ecologização da Constituição, nos anos 70 e seguintes. Crise ambiental essa que ninguém mais disputa sua atualidade e gravidade. Crise que é multifacetária e global, com riscos ambientais de toda ordem e natureza: contaminação da água que bebemos, do ar que respiramos e dos alimentos que ingerimos, bem como perda crescente da biodiversidade planetária. Já não são ameaças que possam ser enfrentadas exclusivamente pelas autoridades públicas (a fórmula do nós-contra-o-Estado), ou mesmo por iniciativas individuais isoladas, pois vítimas são e serão todos os membros da comunidade, afetados indistintamente, os de hoje e os de amanhã, isto é, as gerações futuras. São riscos que à insegurança política, jurídica e social acrescentam a insegurança ambiental, patologia daquilo que o legislador brasileiro, com certa dose de imprecisão, chama de meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por vezes, de qualidade ambiental.”<sup>2</sup>

Em suma, como bem expõe o Ministro Herman, a realidade clamou pela intervenção da sociedade e do Estado à proteção ao meio ambiente. Não havia como negar que os recursos naturais seriam finitos e degradáveis e, assim, não há como ignorar que a sustentabilidade é uma necessidade para a sobrevivência coletiva da espécie humana no planeta.

---

<sup>2</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.); LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.

Os juristas não ficaram infensos ao debate e começaram a se preocupar com o tema. A questão ganhou estatuto normativo e começou a ser integrada e reconhecida no rol de direitos.

Como bem ensina Lizst Vieira<sup>3</sup>, tornou-se muito conhecida a formulação de Thomas Humphrey Marshall, cientista social britânico, sobre a evolução dos direitos na experiência histórica inglesa<sup>4</sup>. A leitura de Marshall indica que o cidadão inglês alcançou tal estatuto após deixar a condição de súdito, por meio do reconhecimento de duas gerações de direitos. Os primeiros direitos – a primeira geração – são direitos civis e políticos. Eles possuem característica tipicamente liberal e são relacionados com a esfera individual. Os direitos civis são aqueles direitos mínimos de formulação liberal, como o direito de ir e vir, o direito à propriedade, o direito à vida. Eles são centrais para a definição de indivíduo livre. Uma expressão filosófica de tais direitos é a autonomia da vontade que se traduz, por um lado, na liberdade individual de escolhas e, por outro lado, no dever dos outros indivíduos de respeitar as escolhas individuais dos outros. Em linha de consequência, o respeito às escolhas individuais se traduz no reconhecimento social dos direitos políticos, também de cunho individual. Mais do que respeitadas em suas escolhas individuais sobre o bem viver, devem tais opções poder repercutir na gestão da vida coletiva. Assim, o exercício dos direitos de primeira geração se completa com os direitos políticos, ou seja, a possibilidade de que os indivíduos, em síntese, possam eleger seus representantes, bem como ser eleitos.

Todavia, a evolução do direito não se esgota com os direitos de primeira geração. A evolução do reconhecimento de direitos encontrou uma segunda onda de demandas que desembocaram em conquistas para os trabalhadores. Essas conquistas foram incorporadas ao vocabulário jurídico como direitos sociais. É importante ter dimensão de que os

---

<sup>3</sup> VIEIRA, Lizst. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

<sup>4</sup> MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: \_\_\_\_\_. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 57- 114.

direitos sociais nasceram de demandas estruturalmente coletivas, como é evidenciado pelos movimentos dos trabalhadores. Assim, as lutas dos sindicatos em prol da definição de limites para a jornada de trabalho não era demanda de um indivíduo apenas. Era a luta de um conjunto de indivíduos que partilhavam as mesmas características de relações de trabalho. Um conceito jurídico interessante, derivado dessa vaga de direitos, é a noção de categoria profissional. As categorias profissionais podem ser entendidas, então, como um sujeito coletivo que se personaliza no conceito de sindicato, como representante, direto ou indireto, de um conjunto de profissionais. Essa segunda geração de direitos possui uma diferença crucial em relação à primeira: são direitos coletivos e não direitos individuais.

Porém, a obra de Marshall não chegou a capturar em sua plenitude os direitos que advieram no que pode ser considerada como a terceira geração: os direitos difusos, encaminhados ao conceito de direitos fundamentais de amplo alcance. Fazem parte desta nova etapa os direitos dos consumidores e aqueles relativos ao meio ambiente. Ainda que também sejam direitos coletivos, eles diferem dos direitos sociais em razão da titularidade. Enquanto os direitos sociais são postuláveis por uma entidade que representa de forma clara e evidente os interesses em disputa, como é o caso de direitos afetos a uma categoria profissional, os direitos difusos são dispersos e atingem ampla gama de pessoas, porém com identificação individual dificultada. Potencialmente, podem interessar a toda humanidade, se pensarmos em uma ação civil pública que visa proteger um bioma de relevo, como a Floresta Amazônica. Assim, quando se postula a proteção dos consumidores em relação a determinados tipos de direitos, a postulação não requer que haja ação individual de cada prejudicado. Pode haver ação coletiva, intentada por um representante que possua poder para defender os interesses dos consumidores de forma coletiva e difusa. O mesmo ocorre com o meio ambiente, como bem sinaliza José Afonso da Silva:

“O objeto mediato da ação civil pública, portanto, consiste na tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do

direito do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º da Lei n. 7.347/85), que, em face da Constituição vigente, não podem mais ser considerados meros interesses difusos, mas formas de direitos humanos fundamentais, ditos de terceira geração.”<sup>5</sup>

Afinal, quem possui interesse na proteção ambiental? Em princípio, todas as pessoas potencialmente fruirão benefícios de um meio ambiente saudável. Desta forma, a titularidade deste bem é mais ampla do que um coletivo de pessoas, pois pode incluir até as gerações futuras. A defesa de meio ambiente em um país repercute de forma global. Ora, a proteção ao meio ambiente interessa a todas as pessoas e não pode ser restringida a um grupo apenas, como bem anota Geisa de Assis Rodrigues:

“Esse direito fundamental, social e difuso pertence a todos, na bela expressão compreensiva da Constituição Federal, inclusive às futuras gerações e aos demais seres vivos. Assim, todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade, gozam do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em nosso país. O direito ao meio ambiente já nasceu rompendo com o paradigma de que direitos são atribuíveis a quem já nasceu ou tem potencial para tanto. (...). Reconhecer que devemos promover a equidade intergeracional é um enorme desafio, pois pressupõe a prevalência da lógica de longo prazo sobre a satisfação dos nossos interesses mais imediatistas, ou seja, a prevalência da absoluta fidelidade e solidariedade à humanidade.”<sup>6</sup>

Como bem se visualiza, o fenômeno dos direitos difusos, de forma geral, e do direito ambiental, de forma especial, demandou – e continua requerendo – a construção de novo paradigma conceitual ao direito, seja no campo teórico, seja no campo da dogmática. A mesma

---

<sup>5</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Direito ambiental constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 323.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Geisa de Assim. Comentários ao artigo 225. In: BONAVIDES, Paulo (org.); MIRANDA, Jorge (org.); AGRA, Walber de Moura (org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2348.

noção de inovação se desloca, também, para o campo jurisdicional. Assim, o exercício da jurisdição sobre problemas ambientais tem demandado inovação por parte dos julgadores, bem como uma atenção especial. Como bem alerta o Ministro Herman Benjamin, não basta constitucionalizar o direito, é importante que haja efetividade às prescrições incorporadas ao novo panorama jurídico:

“Olhando em volta, é seguro dizer que a constitucionalização do ambiente é uma irresistível tendência internacional, que coincide com o surgimento e consolidação do Direito Ambiental. Mas, constitucionalizar é uma coisa; constitucionalizar bem, outra totalmente diversa. Ninguém deseja uma Constituição reconhecida pelo que diz e desprezada pelo que faz ou deixa de fazer.”<sup>7</sup>

Este é o ponto central da presente exposição. Não basta que a sociedade brasileira tenha o meio ambiente alçado a tema constitucionalmente relevante. É preciso que todos se engajem na concretização da proteção ao meio ambiente. Essa proteção exige vários graus de intervenção, seja das entidades da sociedade civil, seja dos poderes estatais. A presente comunicação visa demonstrar alguns casos nos quais o Superior Tribunal de Justiça foi instado a julgar demandas ambientais. O que se espera é a demonstração de que os julgadores do Tribunal da Cidadania estão atentos ao tema do meio ambiente, com o qual devem se preocupar todos os cidadãos do mundo contemporâneo.

## 2. A FORMAÇÃO DE UM ARCABOUÇO DE VALORES CONSTITUCIONAIS EM PROL DO MEIO AMBIENTE

Conforme mencionado anteriormente, está claro que a Constituição Federal de 1988 inovou em relação à história constitucional brasileira, uma vez que incorporou o meio ambiente como tema a ser regulado.

---

<sup>7</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.); LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.



Cabe anotar que a Carta Política de 1988 possui característica muito relevante no próprio quadro do Direito Constitucional. Ela cristalizou normativamente uma transição social de grande proporção. A mudança havida na década de 80 do século XX no Brasil não se resume à democratização do Estado brasileiro, com a abertura política em variados níveis. Ao contrário, é possível indicar que a Constituição Federal de 1988 sinalizou a democratização da sociedade brasileira em novo patamar, com o reconhecimento de uma amplitude de direitos, de uma forma que nunca havia ocorrido em nossa história. A partir de 1988 começa o processo de ampliação da atuação cidadã que coloca o Brasil, com as devidas diferenças, em meio a um processo de reinvidicação de direitos que é semelhante ao que ocorre nas democracias ocidentais avançadas<sup>8</sup>. Assim, o Poder Judiciário começou a ser reconhecido para além da sua função tradicional, de solucionador de conflitos. Ele começou, cada vez mais, a ser o espaço e o agente da luta em prol de direitos. É claro que este fenômeno não é inédito. Ele está relacionado mais com a conformação da sociedade e da sua relação com o Estado do que por fatores endógenos. Na verdade, a Constituição Federal de 1988 outorgou várias competências novas ao Poder Judiciário brasileiro, bem como aspergiu esperanças em prol de direitos em meio aos cidadãos. É da combinação entre estes dois fatores que surge uma onda reivindicativa de direitos que continua sua marcha. O aumento de processos judiciais pode ser quantificado e, até, pode ser buscada sua explicação em correlações de renda média do cidadão com instrução, como postulam alguns pesquisadores<sup>9</sup>. Porém, existem elementos subjetivos que não são apreendidos pelos números e, contudo, possuem muita importância para explicar a ampliação do número de processos ajuizados: a esperança do cidadão. Essa expansão da luta em prol de direitos atinge também os direitos relacionados ao

---

<sup>8</sup> O mais conhecido representante da percepção da emergência do Poder Judiciário na esfera pública com um novo significado em relação ao passado recente foi Luiz Werneck Vianna. Cf. WERNECK VIANNA, Luiz et ali. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>9</sup> Notadamente, os pesquisadores quantitativos. Para conhecer o seu valoroso trabalho, cf. <http://abjur.org.br>.

meio ambiente, como está magistralmente insculpido no artigo 225 da Constituição Federal:

“Art. 225. 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.”

Para entender a alteração que menciono, há que compreender que a expansão de direitos se deu com a inclusão da sociedade, com a notável participação da vida associativa, no âmbito da luta em defesa do meio ambiente. É este o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, que transcrevo:

“O enfoque de ‘direito-dever’ fundamental presente no nosso texto constitucional traça um modelo de tutela ambiental que desloca o Estado da condição de único guardião da Natureza, inserindo os atores privados (‘toda coletividade’) no quadro permanente de defensores do ambiente, o que torna imprescindível a possibilidade de levar as lesões ao patrimônio ambiental ao Poder Judiciário, tanto sob um viés ‘associacionista’ de cidadania, ou seja, através de associações civis ambientais (como, por exemplo, através do manuseio da Ação Civil Pública), como sob um viés ‘individualista’ de cidadania, assegurando aos cidadãos a posição, mesmo individualmente, de agentes ativos no que diz com a promoção da defesa do ambiente (como, por exemplo, através da Ação Popular e outros instrumentos processuais, jurisdicionais e administrativos). Para tal direção sinaliza o conteúdo normativo do art. 225 da Constituição brasileira, especialmente em relação ao texto do seu *caput*, que dispõe de forma expressa a respeito da imposição a ‘toda a coletividade’ do ‘dever de defender e preservar o ambiente’ para as presentes e futuras gerações. O Supremo Tribunal Federal brasileiro destacou em decisão recente o *dever de solidariedade* que se projeta a partir do direito fundamental ao ambiente, o que implica obrigação de tutela ambiental a toda a coletividade (atores privados), e não apenas ao Estado.”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Revista Interesse Público, Ed. Fórum, Belo Horizonte, ano 10, n. 50, jul. 2008.

O artigo 225 da Constituição Federal se desdobra em vários dispositivos que detalham desde um rol de obrigações do Estado (listados nos sete incisos do § 1º), assim como determinam a obrigação de reparação dos danos ambientais, por parte dos agentes que exploram recursos minerais (§ 2º) e frisam a punição administrativa e criminal, com o dever geral de reparação por violações ambientais (§ 3º). Sobre os dois últimos tópicos, o Ministro Herman Benjamin já ponderou, na doutrina especializada, que o texto constitucional possui o bom caráter de ser inovador; porém, que poderia ser mais detalhada em relação ao princípio do poluidor-pagador, que é a pedra central do edifício do direito ambiental contemporâneo:

“A Constituição Federal de 1988 também, de certa maneira, trata do princípio poluidor-pagador, mas sem a amplitude que o tema merece e atualmente possui. Limita-se a impor ao poluidor o dever de reparar os danos causados, apenas uma parte daquilo que hoje se entende pelo princípio. (...). Decorre, pois, da própria Constituição Federal o dever a cargo do poluidor de reparar o dano ambiental causado. Trata-se de uma inovação constitucional, de vez que a Constituição anterior nada dizia a respeito.”<sup>11</sup>

Ainda, os dispositivos do artigo 225 da Constituição Federal, identificam bens jurídicos especialmente protegidos (§ 4º), como determinados sistemas naturais pátrios (Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Pantanal, Serra do Mar e região costeira), além de fixar a limitação legal prévia para a instalação de usinas nucleares (§ 5º). Cumpre indicar que até seria possível indicar que os textos constitucionais pretéritos teriam versado sobre o meio ambiente, especialmente quando fixavam as competências legislativas da União e dos Estados. Porém, como ficou claro do que acima foi exposto, o novo enquadramento contextual da Constituição Federal de 1988 fez uma grande diferença em relação ao

---

<sup>11</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. O Princípio Poluidor-Pagador e a Reparação do Dano Ambiental. In: \_\_\_\_\_. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 226-236.

quadro normativo anterior. Desta maneira, a percepção da doutrina é fortemente relacionada com uma questão de grau. A escala de previsão protetiva na Carta Política de 1988 é muito mais enfática do que havia sido nos textos anteriores. Ou, como indica Geisa de Assis Rodrigues:

“A Constituição é enfática ao conferir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O primeiro aspecto a ser evidenciado é a natureza fundamental deste direito. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado integra o rol dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º da Constituição, uma vez que é uma decorrência do direito à vida. Na verdade, o direito ao meio ambiente ecologicamente é o direito à vida, em uma dimensão sofisticada, porque temos direito a uma vida qualificada, sadia, dentro de um ambiente equilibrado. Do mesmo modo, na esfera internacional, o direito ao meio ambiente, desde a declaração de Estocolmo, é reconhecido como um direito fundamental da pessoa humana. Tem o direito ao meio ambiente equilibrado a dimensão individual e coletiva, e pressupõe para sua tutela uma atuação afirmativa do Estado, como é expresso na Constituição no § 1º do artigo 225. É, portanto, um direito social e, não por acaso está disciplinado no título da Ordem Social da Constituição, ainda que não esteja previsto no artigo 6º como um direito desta natureza.”<sup>12</sup>

Em suma, o que se infere da compreensão dos dispositivos constitucionais arrolados é que a realidade contemporânea exige – como frisou o Ministro Herman Benjamin nas citações anteriores – a construção de fontes jurídicas especialmente dedicadas ao meio ambiente. Assim, o reconhecimento constitucional da matéria foi um passo importante para a formação de doutrina especializada sobre a proteção do meio ambiente. Porém, há um hiato jurídico entre a afirmação de constitucional de direitos e a consolidação da efetividade da proteção ao meio ambiente, que passa pela sedimentação jurisprudencial de julgados. Este é o próximo tema da exposição, no qual selecionei alguns julgados de minha relatoria, de modo a exemplificar como o Superior Tribunal de Justiça tem contribuído com a efetiva proteção ambiental.

---

<sup>12</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Comentários ao artigo 225. In: BONAVIDES, Paulo (org.); MIRANDA, Jorge (org.); AGRA, Walber de Moura (org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2347-2348.

### **3. CASOS RELEVANTES SOBRE A DIFÍCIL PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE**

Preliminarmente, cabe frisar que a construção jurisprudencial é um produto coletivo e complexo. É coletivo, pois um acórdão é derivado da soma de votos e de opiniões de vários julgadores, instados pelas partes a se manifestar sobre um tema jurídico. É complexo, pois o direito é um fenômeno humano e, dessa forma, sujeito às saudáveis divergências, seja entre as partes – que motivam a disputa –, seja entre os julgadores. As divergências são positivas para avançar os entendimentos jurisprudenciais.

#### **3.1. O CASO DO DANO MORAL COLETIVO NA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE<sup>13</sup>**

O primeiro caso que trago ao debate é bem recente. Era recurso especial ajuizado por indústria de amianto, na qual se discutia a possibilidade de fixação da obrigação de pagar um dano moral coletivo, adjetiva à obrigação de reparação ambiental (RESP 1.367.923/RJ). A questão central dessa discussão no direito ambiental está relacionada com a extensão da reparação. Afinal, o dano ao meio ambiente não é de reparação simples, uma vez que é tarefa muito complexa dimensionar todas as consequências da violação. Basta pensar que a Constituição Federal de 1988 estatui que a proteção ambiental se relaciona com apreciação jurídica que ultrapassa gerações. Como é possível dimensionar os danos futuros, nesse sentido? Anoto que, no cerne do argumento da empresa recorrente estava a postulação de que o dano ambiental não estaria devidamente comprovado, de modo a ensejar o pagamento de indenização à coletividade.

O Tribunal de origem consignou que deveria ser atribuída penalidade pecuniária a título de dano moral coletivo, uma vez que estava caracterizada a ameaça à comunidade local, relacionada com a existência de aterro contaminado por material notoriamente nocivo

---

<sup>13</sup> REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/8/2013 (por unanimidade), DJe 6/9/2013.

à saúde e ao meio ambiente. A Segunda Turma já havia apreciado, anteriormente, alguns casos de relevo sobre a matéria do dano moral coletivo, baseado no princípio do poluidor-pagador, de relatoria do Ministro Herman Benjamin. Assim, havia consolidação jurisprudencial no sentido da possibilidade da cumulação da obrigação de reparar com a fixação de indenização, já que “a responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo” na feliz interpretação do Ministro Herman Benjamin.

Aproveito e reitero o ponto de vista que indiquei para apreciação do caso concreto, no qual considerei que o tema da cumulação de obrigações está bem firmado na atual doutrina especializada, como se infere da opinião de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala:

“Ademais, não há como dissociar o meio ambiente equilibrado da qualidade de vida, posto que meio ambiente deteriorado, ou não preservado, redundando em diminuição de um valor referente a uma expectativa de vida sadia, causando sensação negativa e perda em seu sentido coletivo da personalidade, consistente em um dano extrapatrimonial. (...) Deve-se registrar também que o dano extrapatrimonial ambiental não tem mais como elemento indispensável a dor em seu sentido moral de mágoa, pesar, aflição, sofrido pela pessoa física. A dor, na qual se formulou a teoria do dano moral individual, conforme esboçado anteriormente, acabou abrindo espaço a outros valores que afetam negativamente a coletividade, como é o caso da lesão imaterial ambiental. Assim, deve-se destacar que a dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual, mas não propriamente este, uma vez que concerne a um bem ambiental, indivisível, de interesse comum, solidário e relativo a um direito fundamental de toda coletividade.”<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 285-286.

Como frisei em meu voto, também, havia localizado o ensinamento de Jorge Mosset Iturraspe, no qual se indicava que o dano ambiental seria multifacetário, ou seja, na dicção do autor, “não é um dano comum”. Já que, como continua o autor, o dano ambiental não se encaixa “nas classificações tradicionais: dano patrimonial ou dano extrapatrimonial, dano certo ou incerto, dano atual ou futuro, dano pessoal ou alheio”<sup>15</sup>. No caso do direito brasileiro, anotei que o artigo 1º da Lei n. 7.347/85 foi expressamente alterado pelo advento da Lei n. 8.884/94 para permitir que as ações civis públicas ensejem a condenação de danos morais. E, ainda, que a sua incidência à proteção ao meio ambiente é expressa por força do inciso I do mesmo dispositivo. Ora, seria pouco razoável que a nova redação da Lei de Ação Civil Pública permitisse a fixação de dano moral somente de caráter individual, uma vez que tal meio processual é o modo, por excelência, para defesa dos direitos difusos. A lição que se infere do julgado mencionado e do debate que nele desaguou, firmado nos precedentes trazidos pelo Ministro Herman Benjamin, é que a tutela ambiental exige dos julgadores postura distinta, convergente com o novo paradigma que tal direito requer de todos os habitantes do planeta. Na indicação da Desembargadora Marga Inge Barth Tessler:

“Assim, o juiz, para dar efetiva tutela aos bens ambientais, será menos conservador, afastando-se do paradigma tradicional, neutro e fragmentado na avaliação do caso, passando ao paradigma sistêmico, consciente de que tem um dever próprio (organização, educação e procedimento) e um poder de direção, sustentado na centralidade do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.”<sup>16</sup>

O caso demonstra como a jurisprudência vem sendo consolidada para a fixação de um conceito amplo de proteção ambiental, no qual a

---

<sup>15</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daño Ambiental – tomo 1**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 72-73.

<sup>16</sup> TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela ambiental: a fundamentação das sentenças. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, Porto Alegre, 2008.

reparação, por si só, não é capaz de responder às exigências empíricas, como vem sendo frisado ao longo do texto. A realidade – e a sociedade – demanda uma majorada proteção em prol do meio ambiente, já que envolve o futuro das gerações vindouras.

### **3.2. O CASO DA QUEIMA DA PALHA DE CANA DE AÇÚCAR<sup>17</sup>**

O segundo caso que trago está relacionado com a queima da palha de cana de açúcar. O recurso especial tem origem em ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, no qual se visava à proibição do uso da técnica agrícola da queima da palha da cana de açúcar, sob o argumento de que seria prejudicial ao meio ambiente. O ponto central do argumento do órgão ministerial seria que a ausência de comprovação científica do potencial dano não seria suficiente para afastar a fixação da obrigação de não fazer as queimadas, em homenagem ao princípio da precaução, que é uma das bases do contemporâneo direito ambiental. Como expus naquele voto, o referido princípio foi formalmente consagrado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, a ECO 92, realizada na cidade do Rio de Janeiro. Vale ler o seu conteúdo, inscrito do item 15 da Declaração Final do evento:

“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

Em suma, o princípio determina que, a ausência de razoável certeza científica sobre o fato danoso não deve servir como empecilho à realização

---

<sup>17</sup> REsp 1285463/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/2/2012 (por unanimidade), DJe 6/3/2012.



de medidas possíveis e eficazes para proteção do meio ambiente. O texto da Declaração houve por ser consolidado na Convenção Internacional derivada, que foi ratificada no Brasil, com autorização do Decreto Legislativo n. 2, de 3.2.1994, tendo sua promulgação pelo Decreto n. 2.519, de 16.3.1998.

Bem se visualiza que a questão possui bom argumento.

Contra a proibição da queima da palha da cana de açúcar haveria um possível óbice legal que seria o teor do art. 27, e seu parágrafo, da Lei n. 4.771/65 (antigo Código Florestal Brasileiro):

“Art. 27. É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação.

Parágrafo único. Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.”

Como se vê, o parágrafo único do art. 27 do antigo Código Florestal Brasileiro (Lei n. 4.771/65) fixa a possibilidade do uso da técnica de queimada em casos de peculiaridades locais e regionais, desde que autorizada legalmente. Todavia, como está evidenciado, o dispositivo permitia exceção, que deveria ser apreciada pelo Estado e, se fosse o caso, autorizada. Como indiquei no voto, ainda que considerássemos a possibilidade um manejo tradicional, ou seja, de que a queimada fosse parte da cultura local – e, assim, um bem cultural a ser protegido –, a sua possível prática deveria ser apreciada previamente pelo poder público, com a realização de estudos de impacto ambiental. Também, o licenciamento da queimada deveria vir acompanhado de medidas de compensação e reparação ambiental, se fosse assim fixado tecnicamente pelos órgãos estatais de proteção ao meio ambiente. Por fim, consignei que, de plano, não seria possível considerar que as atividades agroindustriais fossem abrangidas por tal possível autorização, uma vez que estas – certamente – não poderiam ser enquadrar no conceito de “peculiaridades locais ou regionais”.

Este caso é apenas uma pequena amostra da complexidade que

envolve o direito ambiental, uma vez que ele possui prevalência muito ampla; mas, eventualmente, pode haver a sua colisão com a proteção de outros direitos de terceira geração. É possível ver potenciais colisões entre o direito ambiental e o direito dos consumidores, por exemplo, que demonstram a dificuldade para adjudicar um resultado satisfatório. Em síntese, a dificuldade imposta aos julgadores é redobrada, pois os temas envolvem uma complexa de gamas de valores, normas e fatos. É somente com a predisposição ao debate colegiado que os tribunais têm conseguido avançar muito em prol da consolidação jurisprudencial do direito ambiental, focalizados na busca de sua efetividade.

#### 4. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro tem avançado muito na busca da efetividade dos direitos. Essa afirmação é amparada pela qualidade das decisões que, cada vez mais, tem emergido dos debates judiciários e que possui um foco dirigido à concretização de direitos sociais. O direito ambiental tem tido uma especial deferência pelos tribunais pátrios. As duas turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça têm, em especial, dado atenção notável ao tema. A realização do presente seminário, por parte do Conselho da Justiça Federal, é evidência de que o trabalho tem frutificado. Contudo, ela também alerta para a necessidade de que os esforços continuem redobrados, uma vez que a agenda de proteção ao meio ambiente impõe tal preocupação aos julgadores. Por um lado, a constatação de que muito tem sido feito, por outro lado, fica a evidência de que muito mais há por fazer.

#### 5. BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. **Direito ambiental constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.); LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman. O Princípio Poluidor-Pagador e a Reparação do Dano Ambiental. In: \_\_\_\_\_. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GANEM, Roseli Senna. De Estocolmo À RIO+20: avanço ou retrocesso? Cadernos ASLEGIS, n.45, p. 31-62, jan./abr., 2012.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daño Ambiental – tomo 1**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

RODRIGUES, Geisa de Assim. Comentários ao artigo 225. In: BONAVIDES, Paulo (org.); MIRANDA, Jorge (org.); AGRA, Walber de Moura (org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A tutela do ambiente e o papel do Poder Judiciário à luz da Constituição Federal de 1988. Revista Interesse Público, Ed. Fórum, Belo Horizonte, ano 10, n. 50, jul. 2008.

TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela ambiental: a fundamentação das sentenças. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, Porto Alegre, 2008.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

WERNECK VIANNA, Luiz et ali. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.285.463/SP** (Rel. Ministro Humberto Martins, Diário da Justiça Eletrônico, 6 mar. 2012.

**REsp 1367923/RJ**, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, Diário da Justiça Eletrônico, 6 set. 2013.

**A NOVA SISTEMÁTICA DAS  
MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO  
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**



*Maria Thereza Rocha de Assis Moura*  
Ministra do Superior Tribunal de Justiça



**A NOVA SISTEMÁTICA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO  
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**  
*Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura\**

**SUMÁRIO:**

1. INTRODUÇÃO. 2. ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA LEI 12.403/2011. 2.1 Cabimento da prisão preventiva. 2.2 Medidas alternativas à prisão. 2.3 Modalidades de prisão cautelar. 2.4 Critérios para imposição das medidas cautelares. 2.5 Prisão em flagrante. 2.6 Liberdade provisória. 3. CONCLUSÃO. 4. BIBLIOGRAFIA.

**1. INTRODUÇÃO**

A Lei 12.403/2011, de 4 de maio de 2011<sup>1</sup>, que alterou o regime jurídico da prisão e das medidas cautelares, trouxe profundas

---

\* Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Professora doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>1</sup> A Lei, publicada no dia 5 de maio de 2011, com *vacatio legis* de sessenta dias, integra a chamada reforma processual penal, iniciada em 2001 com a apresentação de oito Projetos de Lei elaborados pela Comissão Presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, secretariada por Petrônio Calmon Filho e composta ainda por Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. E, conquanto tenha sido um dos últimos a se tornar lei, era dos mais esperados pela comunidade jurídica.

modificações no sistema das medidas cautelares pessoais<sup>2</sup>. É certo que a nova lei, resultado do PL 4.208/2001, apresentado uma década antes pela Comissão de Reforma, sofreu algumas alterações no curso do processo legislativo, as quais contudo não chegaram a descaracterizá-la<sup>3</sup>.

Uma das principais alterações está na mudança de mentalidade em relação ao raciocínio que inspirou o Código de Processo Penal de 1940<sup>4</sup>. Com a reforma, a liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é a regra, nos termos do que dispõe, desde 1988, a Constituição da República (art. 5º, inciso LXVI), e a prisão, a exceção. Isto significa que a prisão preventiva tem caráter de subsidiariedade,

---

<sup>2</sup> V. dentre outros: Jacinto Nelson Miranda Coutinho, *Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro*, Boletim IBCCRIM n. 223, junho 2011, p. 4; Geraldo Prado e Antonio Pedro Melchior, Breve análise crítica da Lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro, *Boletim IBCCRIM* n. 223, junho 2011, p. 10; Pierpaolo Cruz Bottini, Mais reflexões sobre a Lei 12.403/11, *Boletim IBCCRIM* n. 223, junho 2011, p. 13; Og Fernandes (coord). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011, 334p.

<sup>3</sup> V., por exemplo, a previsão que estava contida no § 7º do art. 282 e que se encontra posta também no Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156/2009 e PL 8.045/2010), de que a medida cautelar deve ser periodicamente revisada. Dispõe, a propósito o art. 562 do Projeto ora em tramitação na Câmara dos Deputados: “Qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar”. Como alerta Aury Lopes Júnior, *O novo regime...*, p. 3, “muitas das inovações positivas do PL 4208 foram se perdendo ao longo do tortuoso processo legislativo que originou a Lei 12.403/2011, cujos interesses políticos nem sempre estão em sintonia com o nível de evolução dogmática que o Direito Processual Penal atingiu”. De igual modo, Guilherme de Souza Nucci, *Prisão e liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011, p. 33.

<sup>4</sup> O Código de Processo Penal brasileiro, que entrou em vigor no início da década de 40 do século XX, em pleno Estado Novo, foi marcado pela primazia do interesse do Estado sobre o interesse privado. Depreende-se da Exposição de Motivos que o legislador sofreu as influências políticas da época, inseridas na Carta de 1937. Tanto é que, relativamente à prisão preventiva, era ela obrigatória nos processos por crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos (art. 312). A fiança não era admitida para os delitos apenados com reclusão, exceto se o réu fosse menor de 21 anos ou maior de 70, e se a pena máxima não excedesse dois anos (art. 323).

somente sendo admitida quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, §6º)<sup>5</sup>.

Vejamos, a seguir, algumas relevantes modificações trazidas pela nova lei e seus reflexos no sistema processual penal vigente.

## 2. ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA LEI 12.403/2011

### 2.1 Cabimento da prisão preventiva

A atual redação do art. 313 do CPP compõe o novo sistema imaginado pelo legislador no que diz respeito à prisão cautelar. A alteração é significativa, a começar pela escolha contida no inciso I – a quantidade da pena e não a sua qualidade -, que abandona a já praticamente abolida distinção entre reclusão e detenção. Mas, para além de uma mera adequação à realidade da pena de prisão, a nova previsão legal traz maior proteção à liberdade, na medida em que preserva o *status libertatis* do acusado naqueles crimes em que a sentença final não o levará ao cárcere, como acontece, por exemplo, no crime de furto simples<sup>6</sup>.

De acordo com o disposto no mencionado dispositivo legal, admite-se a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP<sup>7</sup>, nas seguintes hipóteses:

---

<sup>5</sup> É de se notar, porém, que a lei traz certas perplexidades na sua interpretação, podendo ser citado como exemplo o disposto no art. 321 do CPP, que está em contradição com a lógica estabelecida no art. 282, § 6º. É que ao traçar os princípios atinentes à aplicação das medidas cautelares, o legislador previu, no art. 282, § 6º, que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Já de acordo com o art. 321, a liberdade provisória só deverá ser concedida “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”. Ora, se a prisão preventiva é a *ultima ratio*, somente incidindo quando não for possível impor outra medida cautelar, resta contraditório inverter a lógica para prever a liberdade provisória na forma do art. 321 do CPP.

<sup>6</sup> V. a respeito, Geraldo Prado, Excepcionalidade da prisão provisória, em Og Fernandes (coord.), *Medidas cautelares...*cit, p. 146.

<sup>7</sup> Art. 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”  
Parágrafo único. “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)”.



I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A maior novidade está no inciso I do art. 313 do CPP, que restringiu o cabimento da prisão preventiva aos crimes punidos com pena máxima superior a 4 anos. E o legislador assim dispôs para estabelecer um sistema coerente com o ordenamento jurídico vigente, tomando como base a previsão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os crimes dolosos.

Com efeito, tendo em vista que a pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 anos, em regra, é passível de penas restritivas de direito, conforme previsto no art. 44, I, do Código Penal, o legislador previu um sistema em que, para penas até este limite, a fiança poderá ser desde logo arbitrada pelo Delegado de Polícia (art. 322, CPP), porque, a final, a pena imposta não significará o encarceramento.

Já, para os crimes cuja pena privativa de liberdade seja superior a quatro anos, em regra, a prisão preventiva poderá ser determinada se não for cabível a adoção de outra medida cautelar, dentre aquelas previstas no rol do art. 319 do CPP.

Outras hipóteses já previstas em lei permanecem: a) quando o imputado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP (que trata dos efeitos da reincidência pelo período de 5 anos); b) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher (e agora também contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência),

para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. É claro que não basta, para a decretação, que o acusado seja reincidente, ou que o crime envolva violência doméstica. Impõe-se, nestes casos, que concorram o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, ou seja, que existam fundadas e concretas razões a justificar a restrição, cumprindo ressaltar que, na hipótese do inciso III do art. 313, o risco de descumprimento da medida deve ser fundamentado, a comportar a medida mais gravosa<sup>8</sup>.

Também será admitida a prisão preventiva, nos termos do art. 313, parágrafo único, do CPP, quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Na redação anterior, tal situação estava prevista, no inciso II, juntamente com o vadio, cuja figura em boa hora foi excluída da prisão preventiva. Mas, é de convir, trata-se de medida de tutela do processo que deve ser vista com muita restrição e só deverá ser imposta de forma absolutamente excepcional, quando inexistente outra menos gravosa que possa atingir a finalidade, até porque já há meios legais de identificar o imputado, criminalmente, colhendo suas impressões digitais<sup>9</sup>.

É certo, porém, que consoante disposto no art. 314 do CPP, a prisão preventiva, em nenhum caso, será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos, que o agente praticou o fato nas condições previstas no art. 23, I, II e III do Código Penal (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito). É que nestas situações, não há crime e, se houver persecução criminal, o acusado deverá ser absolvido (art. 397, I e 386, VI, do CPP).

---

<sup>8</sup> Cf. Geraldo Prado, *Excepcionalidade...*cit., p. 147-148.

<sup>9</sup> Cf. art. 3º da Lei 12.037/2009. V., ainda, Andrey Borges de Mendonça, *Prisão...*cit., p. 249-252; Geraldo Prado, *Excepcionalidade...*cit., p. 148-149.

## 2.2 Medidas alternativas à prisão

Alteração de extrema relevância trazida pela Lei 12.403/2011 foi a de oferecer ao juiz um elenco de medidas alternativas à prisão preventiva, sendo nove no art. 319 e uma no art. 320 do CPP, totalizando assim dez medidas, dentre os quais sobressai a fiança, que foi revitalizada e, inclusive, recentemente imposta em cifras elevadíssimas. São elas:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

## X – proibição de ausentar-se do País (art. 320, CPP)

Trata-se de uma das principais inovações da Lei, que estabeleceu formas outras que não a prisão, rompendo, assim, com o chamado binômio “prisão-liberdade” até então existente no CPP de 1941. E, como alerta Aury Lopes Jr<sup>10</sup>: “Não se trata de usar tais medidas quando **não** estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostos.” Ou seja, “A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação”.

Como assevera Gustavo Badaró<sup>11</sup>: “É possível identificar, nesse rol de medidas, uma escalada de intensidade nos graus de restrição da liberdade, permitindo ao julgador buscar a medida mais adequada, quando presente uma necessidade cautelar. Ou seja, entre as medidas cautelares alternativas à prisão há, nas palavras de Franco Corero, uma ‘progressão afiltiva’”.

É certo, como explicitado pelo mencionado autor, que, exceção feita à medida de internação provisória do inimputável ou semi-imputável, prevista no art. 319, VI, do CPP, cabível “na hipótese de crimes praticados com violência ou grave ameaça”, a lei não forneceu qualquer parâmetro no que se refere às hipóteses de incidência das cautelares alternativas à prisão, cabendo ao juiz, no caso concreto, verificar qual delas é a mais adequada, “quer entre a prisão preventiva, de um lado, e as medidas alternativas, de outro, observando o caráter subsidiário da prisão (CPP, art. 282, § 6º), quer entre as diversas medidas alternativas entre si, segundo os diferentes graus de restrições da liberdade existentes entre elas”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cf. *O novo regime...cit.*, p. 125.

<sup>11</sup> Cf. Medidas cautelares alternativas, em Og Fernandes (coord.), *Medidas cautelares...cit.*, p. 208.

<sup>12</sup> Cf. *Medidas cautelares...cit.*, p. 221.

Assim, para a aplicação de qualquer uma das providências cautelares previstas nos arts. 319 e 320, do CPP, o juiz deverá fazer uma análise de seu cabimento e, principalmente, de qual, dentre as possíveis, é a medida mais adequada e necessária ao caso concreto<sup>13</sup>, trazendo suas razões para admitir uma ou mais, dentre as elencadas. E, como diz Guilherme de Souza Nucci<sup>14</sup>, “o sucesso ou fracasso das novas medidas dependerá de dois fatores preponderantes: a) a efetiva aplicação pelos juizes; b) o apoio, em forma de recurso estatal, para muitas delas”.

Questão interessante diz com a seguinte hipótese: nos crimes dolosos cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos, mas incidir uma das hipóteses do art. 313, II e III, do CPP (quando, embora o crime tenha pena máxima igual ou inferior a quatro anos, o imputado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; e quando o crime envolver violência doméstica e familiar), caberá a decretação de medida cautelar diversa da prisão? Temos que sim, por dois motivos: a) não existe a prisão preventiva obrigatória, sendo necessária a sua fundamentação, qualquer que seja a quantidade de pena cabível; b) segundo o disposto no art. 282, § 6º, do CPP, a prisão preventiva tem caráter subsidiário. E, ainda que em tese o imputado seja reincidente, é possível que o juiz analise se existe *periculum libertatis*, ou seja, se há elementos concretos nos autos que indiquem um perigo derivado da liberdade do imputado. Este exame deve ser feito pelo magistrado, repita-se, qualquer que seja o crime e a pena a ele cominada.

### **2.3 Modalidades de prisão cautelar**

A nova lei adotou providência consentânea com os princípios da cautelaridade, ao prever que o juiz deverá, ao receber o auto de prisão em flagrante, verificar a possibilidade de aplicar medida cautelar diversa

---

<sup>13</sup> V. item 2.4, infra.

<sup>14</sup> Cf. *Prisão e liberdade...cit.*, p. 88.

da prisão ou, se esta se revelar inadequada ou insuficiente, convertê-lo, de forma fundamentada, em preventiva (art. 310, II, CPP).

O legislador deixou claro que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (art. 283, CPP). Acaba-se, assim, com a ideia até então prevalente, de que cinco eram as formas de prisão cautelar, em sentido amplo: a) flagrante delito; b) preventiva; c) decorrente da decisão de pronúncia; d) resultante de sentença condenatória recorrível; e) temporária.

Restam, agora, em princípio, apenas duas modalidades de restrição cautelar à liberdade: a temporária e a preventiva, abarcando, esta, por óbvio, as prisões para recorrer e para aguardar o julgamento pelo júri, porque se submetem aos mesmos requisitos de cautelaridade.

É certo que o legislador previu capítulo próprio para tratar “Da prisão domiciliar”, nos arts. 317 e 318 do CPP. Aos olhos de alguns, trata-se de nova modalidade de prisão, consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, que poderá ser imposta ainda que cabível a prisão preventiva, afora ainda a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, quando o agente preencher um dos requisitos ali estabelecidos<sup>15</sup>. Melhor é a disposição

---

<sup>15</sup> Veja-se, por exemplo, o que leciona Silvio Maciel, in Gomes, Luiz Flávio e Marques, Ivan Luís (Coord.), *Prisão e medidas cautelares*: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, 2. ed. ver. São Paulo: RT, p. 164: “*Prisão domiciliar processual*: além da já existente prisão domiciliar-pena (substitutiva do regime aberto), foi criada agora a prisão domiciliar processual (medida cautelar), até então inexistente no nosso ordenamento jurídico para presos comuns. Esta prisão domiciliar processual, por sua vez, pode ser medida cautelar autônoma ou medida cautelar substitutiva da prisão preventiva. *Como medida cautelar autônoma*: será decretada quando o juiz verificar desnecessária a prisão preventiva e suficiente a prisão domiciliar (art. 282, § 5º e art. 310, II, do CPP). Nesse caso a prisão domiciliar pode ser aplicada como medida cautelar a qualquer indiciado ou acusado, mesmo que ele não esteja em nenhuma das situações do art. 318 do CPP. *Como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva*: será aplicada se o indiciado ou acusado estiver em uma das situações do art. 318 do CPP. Nesse caso, há a necessidade da prisão preventiva, mas tendo em vista a situação peculiar do indiciado ou acusado, o juiz a substitui pela prisão domiciliar”. Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci, *Prisão...cit.*, p. 77 a 79; Aury Lopes Jr., *O novo regime...cit.*, p. 142.

contida no Projeto de CPP, no sentido de que o juiz poderá autorizar o cumprimento da prisão preventiva em domicílio quando, mediante apresentação de prova idônea, o custodiado preencher os requisitos previstos em lei<sup>16</sup>.

Temos que os arts. 317 e 318 do CPP tratam de nítida hipótese de prisão preventiva (portanto, para fins cautelares), porém por motivos humanitários cumprida em casa, e não uma nova modalidade de prisão, a domiciliar. E tal modalidade especial não se confunde com a medida alternativa à prisão, prevista no art. 319, IV, do CPP, de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga<sup>17</sup>.

A lei permitiu ao juiz, no art. 318, diante da peculiaridade da situação, “substituir a prisão preventiva por domiciliar quando o agente for: I- maior de 80 anos; II- extremamente debilitado por motivo de doença grave; III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”, sendo necessária a prova idônea dos requisitos<sup>18</sup>. Em tais casos, embora a privação da liberdade seja necessária, garante-se, com a medida, maior proteção à vida, à saúde, à integridade física e à dignidade da pessoa humana.

Destaque-se, ainda, que a prisão administrativa, antigamente prevista no art. 319 do CPP, com a nova lei, deixou de existir no nosso

---

<sup>16</sup> Cf. art. 557, § 1º, do Projeto de CPP. Caberá o cumprimento da prisão preventiva em domicílio, nos termos do art. 557, quando o custodiado for: I- maior de 75 (setenta e cinco) anos; II – gestante a partir do sétimo mês de gestação ou quando esta for de alto risco; III – imprescindível aos cuidados especiais devidos à criança menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. V., a respeito, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Quadro comparativo. Lei 12.403/2011 x Projeto do Novo CPP (PLS 156/2009 e PLC 8.045/2010), em Og Fernandes (Coord.) *Medidas cautelares no processo penal: Prisões e suas alternativas...cit.*, p.318.

<sup>17</sup> Cf. Geraldo Prado, *Excepcionalidade...cit.*, p. 155-156.

<sup>18</sup> O legislador inspirou-se, claramente, no art. 117 da LEP, para regime aberto domiciliar, embora lá a idade estabelecida seja de 70 anos, e não de 80, como agora se dispõe. É certo, ainda, que em determinados casos de prisão especial, permite-se o recolhimento domiciliar quando não houver local adequado para o seu cumprimento. V., a respeito, Guilherme de Souza Nucci, *Prisão...cit.*, p. 76.

sistema. É certo que já não se considerava tal modalidade de prisão como recepcionada pela Constituição da República de 1988. Agora está ela formalmente extinta.

#### 2.4. Critérios para imposição das medidas cautelares

O art. 282 estabelece os critérios para a imposição das medidas cautelares:

a) **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

b) **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O juiz deverá, pois, verificar a necessidade, ou indispensabilidade, da medida cautelar para a sua aplicação, dentro dos parâmetros postos pela lei. Ou seja, a restrição não deve exceder o que for **imprescindível** para atingir o resultado que se almeja; e atentar para a gravidade do crime **em concreto**, porquanto não poderá deixar de levar em consideração as circunstâncias que cercaram os fatos. Assim, se dentre as medidas previstas no art. 319 do CPP, qualquer uma delas for menos onerosa para o imputado e se apresentar como apta aos fins a que se destina, deverá ser imposta, já que a prisão é a *ultima ratio*<sup>19</sup>.

A doutrina tem verificado, aqui, a aplicação do chamado “princípio da proporcionalidade” das medidas cautelares<sup>20</sup>. Isto significa que o magistrado deve justificar a opção feita e por que entende ser tal medida a mais adequada, vale dizer a razão pela qual, na hipótese, faz-se necessária a decretação de mais de uma medida, de forma cumulativa.

<sup>19</sup> Neste sentido também se manifesta Guilherme de Souza Nucci, *Prisão...cit.*, p. 28, acrescentando que a avaliação em abstrato do crime não é permitida, inclusive para a fixação de regime, consoante dispõem as Súmulas 718 do STF e 440 do STJ.

<sup>20</sup> V., a propósito, Maurício Zanoide de Moraes, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 378-381.



Neste passo, é bom lembrar que, de acordo com o art. 283, as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, o que também remete à idéia de que deverá existir uma proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada.

A pergunta que se põe, é: uma vez que a Lei determina ao Juiz que verifique a possibilidade de imposição de medida cautelar substitutiva, qual o critério que deve seguir para a escolha?

Manifesta-se Maurício Zanoide de Moraes no sentido de que o juiz “sempre deverá buscar a medida cautelar mais proporcional à situação fático-jurídica a ele submetida. Isso significa dizer que ele deve ter uma diretriz que o faça escolher, dentre as medidas adequadas a afastar o perigo provocado pela liberdade absoluta do indivíduo, aquela menos invasiva à esfera de direitos do cidadão”<sup>21</sup>.

Estamos inteiramente de acordo com a ideia de que a proporcionalidade deve guiar o julgador em se tratando de cautelaridade. E isto porque é incabível a imposição de uma medida mais gravosa se a pena que pode, em tese, vir a ser imposta ao final do processo, for menos gravosa do que aquela decretada cautelarmente.

De igual modo, a proporcionalidade deve estar presente na imposição das medidas alternativas à prisão, já que, dentre as várias possibilidades, impõe-se a imposição daquela que mais se ajusta ao caso concreto e seja menos onerosa para o imputado.

Por tais motivos, temos que a imposição de medida cautelar às infrações cuja pena seja apenas a de multa ou restritiva de direitos não se coaduna com o espírito da lei<sup>22</sup>.

Outras considerações podem ser feitas sobre a nova redação do art. 282 e seus parágrafos do CPP.

---

<sup>21</sup> Cf. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. Revista da AASP, set. 2011, p. 95.

<sup>22</sup> É o que ocorre, por exemplo, com o art. 28 da Lei 11.343/2006.

a) o legislador menciona, no inciso I, a “necessidade para aplicação da lei penal” e “para a investigação ou a instrução criminal”, mas não se refere, neste momento, à necessidade para a garantia da ordem pública ou econômica, tal como posto no art. 312 do CPP. Isto decorre, talvez, do fato de que a ordem pública não foi prevista originalmente no projeto como fundamento para a prisão preventiva, tendo sido modificada a sua redação no processo legislativo, ficando, assim, a incongruência. Mas há quem enxergue, na previsão, uma lógica, porque somente na prisão preventiva as hipóteses da garantia da ordem pública e econômica se fazem presentes<sup>23</sup>.

b) a lei prevê, no art. 282, § 1º, do CPP, que as medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente. Assim, é possível que ao imputado seja deferida liberdade provisória sem qualquer outro vínculo, ou cumulada com fiança, por exemplo, ou ainda com o comparecimento periódico em juízo.

c) o art. 282, § 2º, do CPP, exclui a possibilidade de decretação de medida cautelar de ofício, pelo juiz, na fase de investigação<sup>24</sup>. E, no curso da ação penal, a medida poderá ser decretada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento das partes, aí se incluindo o assistente da acusação<sup>25</sup>.

A permissão legal ao juiz para decretar a medida de ofício, no curso da ação penal é de duvidosa constitucionalidade, já que o modelo acusatório<sup>26</sup> não suporta tamanha ingerência do juiz. Como

---

<sup>23</sup> Cf. Guilherme de Souza Nucci, *Prisão...cit.*, p. 27. Segundo o autor, “Aliás, há sentido nessa interpretação, pois se o indiciado ou réu coloca em risco a segurança pública, não há cabimento para a substituição da prisão por medida cautelar alternativa, que são muito menos abrangentes e eficazes”.

<sup>24</sup> Neste caso será decretada por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

<sup>25</sup> V., a propósito, Andrey Borges de Mendonça, *Prisão...cit.*, p. 225-227.

<sup>26</sup> O modelo acusatório, em que as funções de investigar, acusar, defender e julgar pertencem a órgãos distintos, foi adotado pela vigente Constituição da República, ao estatuir no art. 129, I, que a ação penal pública é de iniciativa exclusiva do Ministério Público. A reforma processual penal de 2011 inspirou-se também nas ideias do Código Modelo de Processo Penal Ibero-Americano, que serviram de base para a reforma levada a efeito na última década em diversos países latino-americanos, como Argentina, Bolívia, Peru, Paraguai, Chile, entre outros, instituindo o modelo acusatório no lugar do inquisitivo.

ressaltado por Antonio Magalhães Gomes Filho,” no processo de cunho acusatório, a atribuição do impulso processual exclusivamente às partes atende ao interesse superior de assegurar a imparcialidade do juiz, como terceiro desinteressado na solução do litígio. A atribuição desse poder, assim como sucede em relação às iniciativas instrutórias, pode romper o necessário equilíbrio entre as partes, trazendo o perigo de transformar-se o magistrado em coadjuvante dos órgãos incumbidos da persecução<sup>27</sup>. Igualmente questionável, de acordo com Geraldo Prado<sup>28</sup>, é a manutenção da possibilidade de a autoridade policial “representar” pela prisão preventiva, uma vez que ela “não é parte no processo penal, não tem interesse que possa deduzir em juízo e a investigação criminal não guarda autonomia, ela existe orientada ao exercício futuro da ação penal. A constatação de comportamentos do indiciado prejudiciais à investigação deve ser compartilhada entre a autoridade policial e o Ministério Público (ou o querelante, conforme o caso), para que o autor da ação penal ajuíze seu real interesse em ver a prisão decretada”.

e) a lei determina no art. 282, § 3º, do CPP, que seja observado o contraditório antes da decretação da medida, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida”. É uma mudança significativa, porém dificilmente a hipótese não significará urgência, principalmente quando se tratar de prisão. Mas poderá haver o contraditório diferido, possibilitando-se ao imputado pleitear, inclusive, sua revogação. Trata-se, aqui, da aplicação da regra da jurisdicionalidade.

f) estabelece o art. 282, nos §§ 4º e 5º, do CPP, a possibilidade de substituição da medida ou sua imposição por outra em cumulação no caso de descumprimento, podendo, “em último caso”, ser decretada

---

<sup>27</sup> Cf. Medidas cautelares e princípios constitucionais, em OG Fernandes, *Medidas cautelares...*cit., p. 44-45. Diz o autor: “O legislador de 2011, que declaradamente pretendeu adequar o texto do CPP ao sistema acusatório consagrado pela Constituição de 1988, bem poderia ter abolido por completo essa prerrogativa conferida ao magistrado. Mas o fez apenas parcialmente, omitindo a referência à decretação de ofício somente na fase de investigação, mantendo-a quando ocorrer no curso ou no final do processo”.

<sup>28</sup> *Excepcionalidade...*cit., p. 130-131. Conclui o autor, a propósito, que “também neste ponto a norma é inconstitucional”.

a prisão preventiva. E, uma vez decretada a medida cautelar, poderá ela ser revogada ou substituída quando não mais houver motivo para que subsista, assim como poderá vir a ser novamente decretada, se sobrevierem razões que a justifiquem<sup>29</sup>.

## 2.5 Prisão em flagrante

No capítulo da “Prisão em Flagrante”, o legislador fez, basicamente, duas alterações, nos arts. 306 e 310 do CPP.

A primeira delas (art. 306, CPP) diz com a necessidade de também se comunicar a prisão ao Ministério Público, inclusive porque ele, como fiscal da lei, pode verificar a existência de ilegalidade na prisão em flagrante, além de examinar desde logo a conveniência de requerer alguma medida cautelar em substituição ao flagrante<sup>30</sup>.

A segunda (art. 310, CPP) é mais profunda. É que o juiz, recebendo o auto de prisão em flagrante, que lhe será encaminhado no prazo de 24 horas, deve analisá-lo e, de forma fundamentada, decidir acerca da ilegalidade da custódia cautelar, ou da possibilidade de concessão de liberdade provisória, ou, finalmente, se é caso de restrição da liberdade, convertendo o flagrante em preventiva.

Em síntese, de acordo com o disposto no art. 310, *caput*, do CPP, ao receber o flagrante o juiz deverá:

- a) relaxar a prisão ilegal (inciso I);
- b) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso III);
- c) converter a prisão em flagrante em preventiva, se não houver vício no flagrante e se as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP) se revelarem inadequadas ou insuficientes (inciso II).

<sup>29</sup> Como diz Aury Lopes Jr., *O novo regime...cit.*, p. 23, o art. 282, §§ 4º e 5º, consagra o princípio da provisionalidade. É que, uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida, deve cessar a medida.

<sup>30</sup> V. a respeito, Og Fernandes, Constituição, processo e prisão, em Og Fernandes (coord.), *Medidas cautelares...cit.*, p. 83.

Chama-se aqui a atenção para o detalhe: tendo em vista o disposto no art. 282, § 6º, do CPP, a sistemática prevista no art. 310, *caput*, necessita ser vista sob outra ótica: se a prisão preventiva é a *ultima ratio*, o juiz deve verificar se a prisão é ilegal; em segundo lugar, sendo o flagrante legal, se é possível conceder a liberdade provisória, impondo uma ou mais das medidas cautelares diversas da prisão; e, por último, se tudo o mais se mostrar insuficiente, converter o flagrante em preventiva.

## 2.6 Liberdade provisória

O parágrafo único do art. 310 do CPP repete, em grande parte, o que já vinha disposto no antigo art. 310, *caput*, fazendo apenas algumas alterações:

- a) atualiza a referência ao art. 23, incisos I a III, do Código Penal;
- b) não mais se refere à necessidade de oitiva do Ministério Público para a concessão da liberdade provisória;
- c) exige que a decisão seja fundamentada. Assim, vislumbrando, desde logo, a possibilidade de que o crime tenha sido praticado sob uma das excludentes de ilicitude, o magistrado poderá determinar a soltura do indiciado, sob compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação, sem a prévia oitiva do Ministério Público.
- d) conceder liberdade provisória sob compromisso de comparecimento aos atos do processo, se presente uma das situações previstas no art. 23, incisos I a III, do Código Penal.

Não se esqueça, ainda, da previsão legal de prisão domiciliar (art. 317 e 318, CPP) e que, em se tratando de delitos de trânsito, a regra de que não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro à vítima (art. 301 CTB), continua, a nosso ver, em vigor.

O juiz deve verificar, assim e em primeiro lugar, se é caso de flagrante e se ele foi elaborado de acordo com os preceitos legais. Se ilegal, deverá

relaxar a prisão, devolvendo a liberdade do indivíduo, sem restrições, a menos que haja pedido para decretação da prisão preventiva, já que, de ofício, não mais poderá fazê-lo na fase de investigação. E, havendo tal pedido, o juiz deverá analisar se é caso de substituição por medida cautelar que seja proporcional, partindo da menos restritiva para a mais restritiva<sup>31</sup>.

Em segundo lugar, sendo legal o flagrante, o juiz deverá verificar se é caso de alguma medida que possa substituir a prisão provisória por alguma daquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, seguindo o mesmo critério e determinando se apenas uma medida será necessária e suficiente, ou se melhor será cumular duas ou mais medidas<sup>32</sup>.

A problemática põe-se, com especial relevo, quando se trata de saber se a liberdade provisória deve ou não ser cumulada com outra ou outras medidas cautelares, além e inclusive, a fiança. A questão resolve-se com a análise da proporcionalidade, que deve ser entendida como o juízo de ponderação, feita pelo magistrado, sobre a gravidade do fato e a gravidade da pena. E isso porque a proporcionalidade busca acolher os limites que devem ser impostos ao Estado. Ou seja: ela deve ser vista sempre como forma de proteção dos direitos fundamentais, e não de expansão do poder punitivo.

---

<sup>31</sup> Como asseverado por Maurício Zanoide de Moraes, *Análise judicial...cit.*, p. 96, “Portanto, é lógico e constitucionalmente imposto que, antes de se verificar se a prisão em flagrante deve ou não ser substituída, é necessário saber se ela é ou não legal, segundo a análise jurídica feita sobre o material fático levado ao conhecimento judicial. Assim, como resultados possíveis desse primeiro passo de análise judicial, tem-se que a prisão pode ser considerada ilegal ou legal”. E conclui: “Assim, pela nova sistemática das cautelares, o Juiz somente analisará a substituição da prisão em flagrante ilegal por outra medida cautelar (prisional ou não) se houver requerimento nesse sentido do Ministério Público”.

<sup>32</sup> No mesmo sentido manifesta-se Maurício Zanoide de Moraes, *Análise judicial...cit.*, p. 97: “Assim, verificada pelo Juiz a legalidade da prisão em flagrante (não é caso de seu relaxamento), deverá iniciar a busca pela mais apropriada medida substitutiva daquela espécie de prisão provisória dentre as medidas cautelares diversas da prisão. Vale dizer, deverá iniciar seu exame de proporcionalidade pelas já citadas medidas previstas nos atuais arts. 319,320, CPP”

### 3. CONCLUSÃO

A partir da Lei 12.403/2011, impõe-se que o juiz faça uma análise do caso concreto, de forma fundamentada, a respeito do *status libertatis* do imputado, no decorrer da persecução penal, devendo percorrer longo caminho até que chegue à conclusão de que a prisão preventiva se justifica, sem que possa ser substituída por qualquer uma das hipóteses alternativas. E deverá observar a proporcionalidade entre a pena a ser eventualmente imposta e a gravidade da infração, para verificar: 1) se é caso de medida cautelar alternativa à prisão; 2) qual será a medida mais adequada (ou medidas) ao caso concreto, partindo sempre da medida menos restritiva possível.

### 4. BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos arts. 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. Em FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011, p. 205-297.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Mais reflexões sobre a Lei 12.403/11*, Boletim IBCCRIM n. 223, junho 2011, p. 13.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro*, Boletim IBCCRIM n. 223, junho 2011, p. 4.

FERNANDES, Og. Constituição, Processo e Prisão – Comentários aos artigos 283 a 310 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. Em FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei

12.403/2011. Em FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011, p. 15-51.

LOPES JR. Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: atualizado – Lei 12.403/2011, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

MACIEL, Silvio. Em GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.), *Prisão e medidas cautelares*: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2011, Cap. IV, p. 162-169.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

\_\_\_\_\_. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista da AASP*, n. 113, v. 31, set. 2011, p. 92-100.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Quadro comparativo – Lei 12.403/2011 x Projeto do Novo CPP (PLS 156/2009 e PLC 8.045/2010). Em FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011, p. 309-334.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Geraldo Prado; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Breve análise crítica da Lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro*, Boletim IBCCRIM n. 223, junho 2011, p. 10.



\_\_\_\_\_. Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. Em FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011.

**HERMENÊUTICA DO  
NOVO CÓDIGO FLORESTAL**



*Antonio Herman Benjamin*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



HERMENÊUTICA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL<sup>1</sup>  
*Ministro Antonio Herman Benjamin\**

Embora o ofício do juiz não se limite à interpretação da lei, sem dúvida é esse mister complexo que mais consome energia e tempo no exercício da função jurisdicional. Verdade que, quanto mais madura e consolidada a disciplina jurídica, ou a legislação que lhe dá concretude e sustento, menos dificultosa fica a tarefa de dizer o Direito, exceção feita, como não poderia deixar de ser, a hipóteses novas, que continuam a aparecer em razão da natural evolução e transformação das relações humanas e da sua base ética, fática e tecnológica.

Em sentido inverso, se a norma a ser adotada é recente e inovadora, multiplicam-se as exigências técnicas ao juiz, mormente quando se vê chamado, para além da pura aplicação do novo texto a litígio particular, a arbitrar conflitos intertemporais e de valores éticos entre a lei recém-chegada e sua antecessora, bem como entre aquela e outras disposições normativas – da Constituição à lei complementar, da lei-quadro a leis

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Brasília.

<sup>1</sup> O presente ensaio reúne em seu corpo palestras proferidas no *I Encontro Internacional de Direito Ambiental: "In Dubio pro Natura"*, realizado em Manaus, de 8 a 11 de agosto de 2012, sob os auspícios da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, e no *11º Congresso Brasileiro do Magistério Superior de Direito Ambiental: O Direito Ambiental e a Proibição de Retrocesso*, em Brasília, de 4 a 6 de setembro de 2013, organizado pela APRODAB – Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil.

setoriais e Resoluções –, que igualmente compõem o corpo legislativo incidente sobre a matéria.

## **1. INTRODUÇÃO AOS DESAFIOS HERMENÊUTICOS DA LEI 12.651/12**

Poucas leis editadas a partir de 1988 carregam tantas dificuldades e incertezas para o intérprete como o novo Código Florestal (Lei 12.651/12). Primeiro, porque não se propôs simplesmente a substituir, de maneira integral e absoluta, o regime legal anterior. Ao contrário, herda não só seus instrumentos mais característicos (p. ex., as Áreas de Preservação Permanente – APPs e a Reserva Legal), mas também a vasta jurisprudência que se formou sob o império da estrutura normativa a que sucede. Segundo, porque, difícil não reconhecer, o novo Código Florestal sofre de problemas atroz de redação, com sérias infrações, aqui e acolá, do próprio vernáculo, algo que só se explica se a contragosto aceitarmos que o legislador, no afã de agradar os vários setores econômicos contrários à lei de 1965, abdicou da marca da qualidade do trabalho objetivo de redação, indispensável mesmo na previsão de casuísmos e aberrações. Terceiro, no plano axiológico, o Código Florestal não conseguirá evitar os pilares que hoje demarcam o território do razoável (e, no juízo de razoabilidade, o *razoável ecológico*), pois navega em águas de renovada *ética da vida e da responsabilidade planetária*, que sem dúvida servirá para conter as suas piores absurdidades, aquelas que violam o conhecimento científico e a lógica da efetividade que deve orientar a função legislativa.

No presente texto, contudo, em vez de abordar esses aspectos e outros tantos que dizem respeito às particularidades dos vários dispositivos do novo Código Florestal, vou me restringir aos aspectos de natureza constitucional, claro, sem perder de vista o microsistema da Lei 12.651/12. Somente de passagem farei uso da vastíssima jurisprudência ambiental do STJ, nomeadamente dos precedentes que, plasmados sob a égide do Código Florestal de 1965, contêm teses aplicáveis, como uma luva, ao novo Código. Na verdade, são poucos os julgados incompatíveis, por inteiro, com a lei recém-promulgada.

## 2. REGIMES LEGAIS E JURÍDICOS DA FLORA

Começo por lembrar que as florestas (*rectius*, flora) no Brasil submetem-se, a um só tempo, àquilo que denomino *regime legal heptadimensional* e *regime jurídico pentadimensional*, cada qual com uma constelação – sempre em processo de adaptação, renovação e até reinvenção – de desdobramentos e derivações.

São, de um lado, círculos normativos (= referências legislativas) e, do outro, círculos de direitos, deveres, objetivos e princípios (= referências hermenêuticas), que interagem e se alimentam reciprocamente, sob o manto do *diálogo das fontes*, para usar a feliz expressão do querido Erik Jayme, tão citado na nossa doutrina e jurisprudência.

## 3. REGIME LEGAL HEPTADIMENSIONAL

Sete círculos legislativos sobressaem, encabeçados, não poderia ser diferente, pela própria Constituição Federal e também pelas Constituições dos Estados, microssistema supremo que é arrematado, no âmbito da organização das competências ambientais, pela Lei Complementar 140, de 2011, estatuto que enfrenta sérios problemas de constitucionalidade, em especial quando esvazia os poderes da União, decorrentes do art. 23, incisos III, VI e VII.

Segundo, fincada está a base supranacional da matéria, a qual, embora se ressinta ora da falta de um regime próprio para florestas, ora das dificuldades de implementação que caracterizam o Direito Internacional, alimenta-se de fontes como a Convenção da Biodiversidade.

Terceiro, a *nave-mãe do Direito Ambiental brasileiro*, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81).

Quarto, a *loi-cadre* ou norma-quadro da nossa flora, o novo Código Florestal (Lei 12.651/12), leito cardeal da “bacia legislativa” da flora.

Quinto, as várias leis ambientais “setoriais”, que refletem diretamente na proteção da vegetação e do *habitat*, como a Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197/67), a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/00) e o próprio Código Civil de 2002.

Sexto, o vasto e diverso conglomerado normativo regulamentar, com inúmeros Decretos e Resoluções, especialmente do *Conama*, sem esquecer os atos promulgados pelos colegiados ambientais estaduais e municipais.

Finalmente, sétimo, as chamadas leis e normas de implementação, entre as quais vale citar as de cunho penal e administrativo (Lei 9.605/98) e as de tutela processual do ambiente (Lei da Ação Civil).

Nesse *mosaico normativo da flora* não há propriamente monopólio ou prevalência “no atacado”, por exclusão absoluta, entre os vários domínios que o compõem, mas convivência e, frequentemente, aplicação simultânea de múltiplas normas de estatutos diferentes, sem prejuízo, por óbvio, da incidência de técnicas hermenêuticas tradicionais, como a distinção entre lei geral e especial, além das amarras típicas da hierarquia das leis, com o natural realce dos comandos constitucionais, quando dialoga com as normas infraconstitucionais.

Esse é um dos pontos que, no longo debate parlamentar, talvez tenha passado despercebido: a rigor, temos no Brasil dois Códigos Florestais. De um lado, o Código Florestal, lei ordinária, aprovado pelo Congresso Nacional; de outro, algo que poderia ser chamado de *Über-Código Florestal*, de fundo e estatura constitucionais, resultado da vontade soberana de uma Assembleia Nacional Constituinte. Aquele submetete-se a este, e eventual traição à letra ou espírito da Constituição recebe o nome de *inconstitucionalidade*. Ao final das contas, caberá ao *über-Código Florestal* – e esse um aspecto que deve ser permanentemente lembrado pela doutrina – determinar a orientação primeira (e última) a ser seguida por todos, tanto pelos particulares, como pelos órgãos ambientais e, com peculiar ênfase, pelo Judiciário e doutrina, na interpretação e no controle difuso de constitucionalidade dos dispositivos que compõem a Lei 12.651/12.

#### 4. CÓDIGO FLORESTAL DO CAMPO E DA CIDADE

Antes mesmo de passar à *macro-hermenêutica* propriamente dita da nova legislação florestal, importante aqui, em caráter introdutório,

indagar, mais uma vez e tal qual já sucedeu na prática do Código de 1965, acerca do campo de aplicação da Lei 12.651/12: *protege florestas e só florestas?* Há precedentes do STJ que deixam muito claro que o Código Florestal anterior (e o atual, na mesma linha e, agora, de forma até mais explícita) salvaguarda não apenas as formações florestais *stricto sensu*, como, igualmente, com idêntico rigor, as demais formas de vegetação nativa.

Vale dizer, o *espaço ecológico* em que recai o Código vai da densa floresta amazônica à vegetação rasteira das bordas do mar, da mata rala e retorcida do Cerrado e da Caatinga aos campos de altitude – p. ex., os encontrados no Rio Grande do Sul, cujas gramíneas, às vezes endêmicas e raras, não passam, ao olhar do leigo, de “grama” vulgar que, como tal, é perfeitamente fungível, ou seja, substituível por espécies exóticas e invasoras, como o capim braquiária (*Brachiaria decumbens*).

Portanto, mostra-se equivocado o juiz, em processos ambientais, de origem urbana ou rural, com o intuito de orientar a incidência ou não do Código Florestal, quando indaga ao perito judicial se, na hipótese dos autos, se cuida de floresta. Ora, se tal é irrelevante ao Código Florestal, com poucas exceções (no campo penal, p. ex.), de todo impróprio buscar, judicialmente, distinção afastada expressamente pelo legislador.

## 5. REGIME JURÍDICO PENTADIMENSIONAL

Casam-se, na proteção da flora brasileira, um regime *legal* heptadimensional e um regime *jurídico* pentadimensional, conforme atrás se referiu. Boa parte do que se afirma aqui se aplica ao terreno florestal, mas também ao próprio microssistema jus-ambiental.

Embora use a expressão “legislação florestal”, meu foco maior é a Constituição Federal, exatamente porque insuficiente esquadrihar apenas o Código Florestal, se nele não se esgota o regime jurídico da flora.

No Estado de Direito, nenhum juiz está imune ao texto constitucional; parece óbvio, mas nunca custa repeti-lo à exaustão, que seja porque, de modo esporádico, ouve-se que o STJ – o Tribunal da Cidadania, com vasta jurisprudência ambiental – seria uma Corte constitucionalmente



cega e portanto influenciável aos ditames da Constituição. Ora, e não precisamos perder tempo com isso, há aí um avultado, disforme mesmo, equívoco: o que o STJ não pode fazer, em particular nos Recursos Especiais, é examinar, de maneira direta e isolada, dispositivos constitucionais. Mas, se toda a legislação é escrava da Constituição, seria o STJ, o guardião maior daquela, mesmo nos Recursos Especiais, uma “ilha” de imunidade ao regime constitucional? Um “buraco-negro” constitucional? Poder-se-ia imaginar algo mais antirrepublicano? Não é porque existe uma Corte Constitucional, o STF, que o STJ simplesmente ficaria alheio às determinações da Constituição. O que não cabe ao Tribunal fazer, reiterar-se, é interpretação direta, isolada e exclusiva do texto constitucional (ressalvados, entre outras exceções, os incidentes de inconstitucionalidade), daí ser absolutamente legítima, inafastável mesmo, a chamada *interpretação reflexa*, no contexto, ou se quiserem, no caldo difuso (e confuso) de um cipoal de normas infraconstitucionais (as ambientais, com destaque), que, além de atadas ao texto constitucional, dele sempre demandam sua bênção purificadora.

### 5.1 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

O *princípio da proibição de retrocesso* revela o primeiro norte ou baliza da hermenêutica ambiental-florestal, na perspectiva constitucional<sup>2</sup>. Uma matéria nova no Direito brasileiro, em franco desenvolvimento teórico e jurisprudencial, que já foi, entretanto, reconhecida pelo STJ, em mais de um precedente, um deles na Primeira Sessão, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, um juiz que sabe casar, como ninguém, o rigor técnico-jurídico com corajosa inovação à luz dos preceitos do *social*, que orientam nosso Estado de Direito. Ou seja, o Brasil está entre os poucos países em que o princípio da proibição de retrocesso não é apenas um tema afeito à doutrina, pois logramos transpor a barreira que o separa do reconhecimento judicial. Já é muito!

---

<sup>2</sup> Para aqueles que tiverem interesse sobre o princípio da proibição de retrocesso, e sobre ele não posso me alongar, o Senado Federal publicou, há poucos meses, um livro com vários ensaios, que se acha disponível eletronicamente.

Apreendido na forma de premissa ético-político-jurídica fundamental, o princípio da proibição de retrocesso traz um apotegma incontestável: o *progresso como marca da civilização*. Desde o iluminismo pelo menos, *civilizar* vem sendo conjugado com *progredir*, nos planos material e espiritual, o que significa *avançar sempre* nas conquistas políticas, sociais, econômicas e jurídicas – nunca retroceder ou reduzir o patamar já alcançado. Nenhum político seria eleito, ou reeleito, se do palanque eleitoral anunciasse estar satisfeito com o grau de desenvolvimento do País e, portanto, ter chegado a hora de estagnar. Ora, se é assim com as pautas econômica e social (nível de riqueza, grau de desemprego, qualidade dos serviços públicos, etc.), descabe mudar de figura na proteção do meio ambiente e das bases da vida, tanto mais quando se considera a continuada e até crescente degradação do Planeta.

Em termos jurídicos, essa *ideia de progresso irreversível* foi, primeira e bem recentemente, transportada para o sistema dos Direitos Humanos. Perguntemos, de novo, de modo retórico: tirante uns poucos déspotas, no poder ou fora dele, seria a tortura admissível aos povos civilizados, mesmo sob o pretexto de defesa da segurança nacional? Aí um tema sobre o qual a sociedade chegou a um compromisso *inegociável*, definitivo, de cunho não provisório, um dogma mesmo, que amarra as presentes e até as futuras gerações. A ideia de não retrocesso ou de proibição de retrocesso aplica-se a situações e valores dessa ordem e magnitude.

A questão que se põe, então, é sobre merecer a proteção das bases da vida garantias semelhantes. O quadro axiológico da máxima se amolda perfeitamente a certos aspectos centrais da legislação ambiental. Nesse debate, relevante lembrar que, a cada ano, mais espécies da flora e fauna são adicionadas à Lista Vermelha, divulgada regularmente pela UICN.

Noutras palavras, se, com toda a disciplina legal que erguemos nos últimos 30 ou 40 anos, não paramos de perder organismos vivos, porta-vozes da história de centenas de milhões de anos da evolução, sem falar de *habitats* preciosos e até biomas inteiros (como a Mata Atlântica brasileira), que justificativas jurídicas – mas principalmente éticas – estariam a amparar o afrouxamento do ordenamento existente,

cujas eventuais falhas ou omissões, muito ao contrário, clamariam por acentuado rigor no combate à degradação?

## **5.2 DEVER BIFRONTE DE PRESERVAÇÃO E RESTAURAÇÃO DOS PROCESSOS ECOLÓGICOS ESSENCIAIS**

A segunda referência da hermenêutica ambiental-florestal brasileira é de origem ecológica, que, como o princípio da proibição de retrocesso, jorra direta e explicitamente do texto constitucional: vamos chamá-la, aproveitando a vocalização do próprio constituinte, de *dever bifronte de preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais*, estampado no artigo 225, § 1º, inciso I, da Constituição Federal.

Bifronte porque se disseca em dois deveres, um que olha para frente (= dever de preservar o que existe) e outro que olha para trás (= dever de restaurar o que desapareceu, os danos passados). Quando casado com o inciso II, que abordaremos em seguida, cuida-se de dever que traça clara e intransponível linha jurídica, um verdadeiro *dogma ético-jurídico*, significando que nenhuma atividade, nenhuma lei, nenhuma licença administrativa, nenhuma decisão judicial pode levar à extinção de espécies, seja por ataque direto, seja por destruição de seu *habitat* ou dos processos ecológicos que proporcionam a sua existência.

São enormes as repercussões teóricas e práticas que daí decorrem. Por exemplo, acaso precisará o juiz de perícia para chegar à conclusão de que um rio sem peixe encontra-se inteiramente privado de seus processos ecológicos essenciais e que, por conseguinte, nenhum novo lançamento de resíduo industrial ou doméstico deveria ser autorizado pelo órgão ambiental?

No mesmo diapasão, teria utilidade uma perícia para dizer que, em imóvel, ou conjunto de imóveis vizinhos, de 2.000 hectares, completamente tomado por monocultura, não mais subsiste biodiversidade e, sem esta, mortos ou inviabilizados encontram-se os processos ecológicos essenciais? Onde estariam, nessas circunstâncias, as espécies da flora e fauna associadas ao bioma em questão? Sobrevivem?

Reproduzem-se? Os pássaros cantam? Que remanescente de biodiversidade fica para as gerações futuras, na hipótese, sempre possível, de que um dia pretendam reverter o processo de desflorestamento e homogeneização?

Vale dizer, manejar o conceito de processos ecológicos essenciais auxilia também, como ferramenta hermenêutica que é, na prestação jurisdicional, não só no terreno das considerações científicas mais profundas, capazes de explicar os instrumentos do Direito Ambiental e as opções principiológicas que adota (prevenção, precaução, poluidor-pagador, usuário-pagador), mas por igual no âmbito da prova, ou da sua extensão e ônus, a ser produzida.

### 5.3 DEVER DE PRESERVAÇÃO DA DIVERSIDADE E INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO

Nos termos do artigo 225, § 1º, inciso II, da Constituição, o *dever da preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético* – garantia do nível mais básico da biodiversidade e corolário lógico do dever da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais – é a terceira referência hermenêutica a ser citada.

Mais uma vez, a Constituição, em seu § 1º, inciso II, usa a técnica do *dever*. Indago novamente: no mesmo imóvel, há pouco referido, de 2.000 hectares, completamente coberto por monocultura, onde está a diversidade genética? É necessário perícia para o juiz chegar à conclusão de que se viola, frontalmente, a norma constitucional?

A norma constitucional aqui, densificada em instrumentos infraconstitucionais como a Reserva Legal e as Áreas de Preservação Permanente, objetiva salvar remanescentes da flora nativa, que se transformam em banco genético e de sementes para que, quiçá no futuro próximo, nossos descendentes sigam os passos dos norte-americanos, japoneses e europeus, que hoje, em partes de seu território, dispõem de cobertura florestal mais extensa do que antes da Segunda Guerra Mundial.

O intuito nobre é assegurar que as gerações futuras contem com um patamar ecológico mínimo para que, se assim for seu desejo, enfrentem

os estragos que causamos e lhes deixamos como herança funesta; e que possam agir (ou reagir) da forma que seja mais fácil, barata e ecologicamente eficaz, à medida que disponham de reservas (ou melhor, restos espalhados e rarefeitos da superabundância original) da própria Natureza, que, em pequenos bolsões, logrou, minimamente, sobreviver.

#### **5.4 PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA***

A quarta referência hermenêutica é o princípio *in dubio pro natura*, talvez a mais recente inovação da jurisprudência ambiental do STJ. Tal qual nas referências exegéticas anteriores, os impactos não são poucos, nem pequenos. Já são vários os precedentes, ora com o enfoque posto na precaução, ora como ferramenta de facilitação do acesso à justiça, ora como técnica de proteção do vulnerável na produção da prova técnica.

Na tarefa de compreensão e aplicação da norma ambiental, p. ex., inadmissível que o juiz invente algo que não está, expressa ou implicitamente, no dispositivo ou sistema legal; no entanto, havendo pluralidade de sentidos possíveis, deve escolher o que melhor garanta os processos ecológicos essenciais e a biodiversidade.

#### **5.5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE**

O último aspecto, quinto, que queria mencionar é aquele que representa a base constitucional mais profunda para tudo isso que acabamos de ver: o *princípio da função ecológica da propriedade*, densificado, com maior expressividade, nos arts. 170, VI, e 186, II, da Constituição Federal, mas também abrigado no art. 4º, parágrafo único, da Lei 6.938/81 (“As atividades empresariais públicas ou privadas serão exercidas em consonância com as diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente”)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> No tema, cf. Antônio Herman Benjamin, *Função ecológica da propriedade, limitações administrativas e o papel do juiz na proteção das florestas*, in *A Contemporaneidade do Pensamento de Victor Nunes Leal*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 79-133.

No Direito Comparado, esse princípio também aparece, normalmente de maneira implícita, o que é bem diferente da situação no Brasil e na Colômbia, Equador e Bolívia, para ficar com os nossos vizinhos latino-americanos. A proposição mostra-se bem simples, não obstante o tom aparentemente revolucionário: *a Constituição protege a propriedade privada, mas institui, na forma de pressuposto intrínseco para sua existência, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à biodiversidade e aos processos ecológicos essenciais*, ficando estes imunizados contra a degradação e, pior, a extinção, imediata ou gradual, direta ou indireta. Do princípio decorrem várias consequências, uma delas a natureza *propter rem* das obrigações ambientais (característica essa que desemboca na imprescritibilidade do dano ao meio ambiente).

Todas as práticas de exploração dos chamados recursos naturais submetem-se, então, a esse filtro constitucional, que não pode ser ignorado ou preterido pelo administrador, legislador ou juiz, um modelo incompatível com a visão de “terra arrasada” do direito de propriedade clássico e central ao sistema do *laissez-faire*. Aí reside a essência do *paradigma do desenvolvimento sustentável*, ou seja, usar e usufruir, sim; crescer economicamente e acabar com a miséria, sim; gerar empregos, sim; construir obras de infraestrutura energética, portuária, de transporte, sim; mas tudo sem destruir as bases da vida planetária.

Interessante observar que, embora a função ecológica da propriedade não seja propriamente privilégio do texto constitucional brasileiro, praticamente inexitem, a seu respeito, precedentes judiciais em outros países da América Latina. O que, novamente, põe em destaque a exuberância ambiental da nossa jurisprudência.

## 6. CLASSIFICAÇÃO DAS REFERÊNCIAS EXEGÉTICAS

Nesse ponto, tarefa que vai além dos limites modestos desse curto ensaio, será útil classificar essas referências exegéticas, pois umas apresentam feição e conteúdo jurídico-éticos puros (p. ex., o princípio da proibição de retrocesso e do *in dubio pro natura*), outras apelam para noções centrais das Ciências da Terra, mormente a Ecologia (como o dever bifronte de preservação e restauração dos processos ecológicos

essenciais e o dever da preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético).

No STJ, a combinação desses dois grupos de referências vem desaguando na *garantia do mínimo ecológico essencial*.

## 7. A MISSÃO AMBIENTAL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Precisamente em razão desse vigor da nossa jurisprudência ambiental, não consigo concluir sem externar o orgulho de pertencer ao Poder Judiciário brasileiro, instituição que, crescentemente a partir do texto libertador da Constituição de 1988, já não se conforma com o sistema prevalente no passado, de *law in the books*.

Um sem-número de decisões chegam a mim, no STJ, em grau de recurso, vindas dos mais longínquos recantos deste enorme País, e, no julgamento de questões ambientais complexas, deparo-me com análises técnico-jurídicas esmeradas, equilibradas e intelectualmente sofisticadas, sentenças amiúde proferidas por juízes muito jovens, que acabaram de ingressar na carreira. Repetidas vezes pergunto-me se eu teria tido condições de redigir uma decisão como aquela, lá nos meus 26, 28, 30 anos de idade.

Nesse juízo de valor que faço da nossa magistratura, fruto da minha experiência como Ministro de uma Corte nacional, sobressai, igual e inevitavelmente, uma apreciação crítica da própria qualidade e vitalidade do Direito Ambiental brasileiro.

Como cidadãos do Brasil e do Planeta, devemos reconhecer a dedicação, quando não sacrifício, dessa crescente legião de esforçados e anônimos magistrados das causas ambientais. De tão inestimável, o legado que deixam – nem sempre compreendido na sua inteireza ou grandeza, sobretudo pelos donos do poder político e econômico – só as gerações futuras poderão efetiva e imparcialmente aquilatar. Nem nós, nem nenhum deles estaremos aqui para receber louros. Mas quem precisa de aplausos para se convencer de que agiu certo ao dar o máximo de si, e retirar o máximo do Direito, para proteger a Natureza, no seu abraço ao *todo*, ou pelo menos à fração mais extraordinária do *todo*, a vida em sua universalidade, diversidade e plenitude?

**O EXAURIMENTO DO LEGALISMO E A  
PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA**



*Napoleão Nunes Maia Filho*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





**O EXAURIMENTO DO LEGALISMO E A PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA**  
*Ministro Napoleão Nunes Maia Filho*

SUMÁRIO: 1. *Introdução: breve referência às crises históricas do Legalismo.* 2. *O advento da força normativa dos chamados princípios jurídicos.* 3. *O descompasso axiológico das leis com as exigências sociais emergentes.* 4. *As resistências ideológicas contra as mudanças jurídicas. Bibliografia.*

**1. INTRODUÇÃO: BREVE REFERÊNCIA ÀS CRISES  
HISTÓRICAS DO LEGALISMO**

É uma constatação empírica que nem precisa ser demonstrada essa de que os sistemas sociais surgem mediante tensões e guerras, desenvolvem-se por meio de práticas repressivas e violentas e realizam os seus progressos aglutinando, em torno de concepções monísticas e centralizadas, os vários recursos naturais, humanos e tecnológicos que lhes estão disponíveis, ou são tomados pela força dos seus vizinhos; essa é a marcha evolutiva natural dos sistemas sociais consumados em formas estatais antigas e modernas.

Porém, dado que, desde a sua gênese, esses sistemas dependem da prática constante da violência, trazem eles, no próprio interior, *como se fosse um pecado original*, uma espécie de germe que os corrói por dentro e que termina, em prazos variáveis, provocando o seu ocaso e mesmo a

sua destruição, embora a maioria dos historiadores assegure – com razão – que as histórias institucionais são histórias de continuidade; isso quer dizer que, de alguma forma, as coisas do passado sobrevivem nas coisas do presente e essa linha inexplicável e misteriosa prolonga-se muitas vezes por séculos a fio.

Essa continuidade (que se poderia dizer institucional) serve para fundar a asserção, que com tanto equívoco se repete, segundo a qual os sistemas sociais – os estatais, por extensão – *realmente não definham e, muito menos, chegam a desaparecer por completo*, porquanto a observação da sua evolução parece confirmar que se adaptam, constantemente, às condições emergentes nos grupos humanos e se ajustam, conseqüentemente, às variações históricas que as próprias dinâmicas da vida coletiva vão continuamente gerando.

Essa visão coincide com aquela que advoga *uma espécie de manutenção* das instituições sociais e estatais, mas sem fazer-lhes qualquer crítica, quanto ao seu *compromisso classista*; tal modo de ver as coisas, *além de ocultar esse relevantíssimo aspecto da Teoria do Estado*, serve também para consolidar a noção – *equivocada noção* – que a ordem jurídica é algo somente técnico, situada que estaria *fora do sistema social* e, mais ainda, com capacidade ou aptidão para controlar os seus processos e induzir as suas elaborações intelectuais.

Nesse sentido, o papel dos juristas, principalmente os juristas aplicados ao Direito Público, parece reduzido à interpretação de textos, sem a possibilidade de extrair deles algo inédito ou propectivo, limitados (esses juristas) a afirmar e reafirmar a *prevalência dos poderes do Estado*, como se neles (nos poderes estatais) estivesse a própria soberania do Direito, e não nas manifestações sociais e populares; é esse viés que conduz à conclusão de que esses mesmos poderes (estatais) são *adversos à sociedade* e que é preciso *lutar contra eles*.

Talvez fosse mais compreensível dizer que essa noção de adversidade objetiva dos poderes estatais em relação à sociedade sobre a qual se exercem deve procurar o seu fundamento naquele prefalado *compromisso*

*classista do Estado*, porquanto é esse elemento (o compromisso classista) que desfaz o *mito da neutralidade* desses poderes estatais e tolda a decantada limpidez do pensamento liberal que apregoa a liberdade dentro da legalidade.

Essa dita visão continuísta das instituições sociais e estatais deixa de considerar o papel das revoluções como ambientes de violentas transformações (sociais e institucionais), sacudindo as estruturas formais do Estado consoante explana VLADIMIR ILITCH LENIN (1870-1924), pondo em movimento o mecanismo de sua gradual extinção (O Estado e a Revolução, tradução de Aristides Lobo, São Paulo, Expressão Popular, 2010, p. 35), pela constatação de sua *desnecessidade política*.

O Professor FERNAND BRAUDEL (1902-1985) explana, contudo, que *as civilizações são continuidades estruturais e as instituições que criam também seguem a sua marcha* (Gramática das Civilizações, tradução de Telma Costa, Lisboa, 2004, pp. 39 e segs.), ou seja, a história é uma corrente que caminha constantemente, encadeando interpretações pragmáticas e científicas dos acontecimentos e dos fatos, que são as matrizes fundamentais das coisas do tempo presente e do tempo futuro.

A identificação das instituições jurídicas – *mormente do Direito e das leis* – com as demais instituições do poder estatal, isso que é a grande *usina ideológica* geradora dos legalismos, faz com que essas mesmas instituições sigam a sorte (feliz ou infeliz) das próprias estruturas do Estado; assim, as *crises do Estado* são também *crises dos legalismos*: quando se faz o acompanhamento da história do Estado, faz-se também, ao mesmo tempo e na mesma medida, o acompanhamento das crises dos legalismos, como estudos dos mesmos fenômenos e das mesmas crises.

Assim, quando se fala em *crises do Legalismo*, está-se aludindo, na verdade, a crises das estruturas estatais em que elas (as crises) ocorreram e se traduzem (essas crises) em rearranjos institucionais que confirmam a *inevitável associação histórica* entre os sistemas normativos e os correlatos sistemas de poder, sistemas de poder que correspondem à

compreensão de *todo o aparato* do Estado, e não apenas o aparato das instâncias elaboradoras das normas (as leis escritas) e da sua aplicação pelos agentes dos órgãos administrativos ou executivos, *mas também o complexo e vasto aparato estatal das instâncias judiciais*.

Alguns renomados autores, como o Professor SABINO CASSESE, sugerem a ideia de que as estruturas estatais estão submetidas a constantes (ou sucessivas) mudanças e isso se dá, segundo explica esse mestre, por um processo de absorção e dispersão de direitos *no Estado*, o que permite falar em *uma nova ordem sequencial dos poderes públicos*; eis a síntese desse pensamento:

*O primeiro aspecto do ordenamento em vários níveis dos poderes públicos refere-se à concentração dos direitos nos Estados. Como se sabe, uma das características da formação dos Estados, do século XV ao XIX, foi a progressiva concentração dos direitos nos Estados, com a respectiva redução da possibilidade de que fossem geridos por outras autoridades. Agora esse processo de absorção no Estado terminou e teve início o processo oposto, de dispersão dos direitos para outras entidades. (...) A história dos poderes públicos, a partir da Idade Média, assistiu a um movimento pendular de dispersão e concentração, mas não em torno dos mesmos poderes. A fase atual assiste à prevalência da dispersão e da fragmentação (A Crise do Estado, tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Otale, Campinas, Saberes, 2010, p. 72).*

Mas esse movimento pendular se faz com velocidades variáveis e momentos distintos, sendo essa irregularidade uma das razões pelas quais as evoluções das sociedades são, de certa forma, rebeldes a tratamentos e controles e, muitas vezes, insusceptíveis de previsões, ou de acertos quanto aos seus rumos.

As crises do Legalismo portanto, aceitando-se que as suas ocorrências possam ser vistas e consideradas como crises maiores e mais profundas das próprias estruturas do Estado – ou de certa concepção estrutural de Estado – somente seriam explicáveis dentro de um quadro de apreciações que fosse tão vasto quanto a própria vastidão de *todos*



os aparatos do Estado que servem de suporte ao desenvolvimento dos vários processos sociais.

A concepção legalista, porém, espalha-se *naturalmente* sobre todas as maneiras pelas quais as outras concepções jurídicas – *todas as outras* – expressam as demais concepções do Mundo, dada a sua cativante e mítica explicação lógica para os fenômenos e as manifestações do poder firmada, sobretudo, na sua contraposição à temida ideia de *caos social*; por isso se diz que o Legalismo é um *padrão* de explicação e de compreensão do Direito.

Talvez seja aquela contraposição, que serve de base à noção de ordem, segurança e certeza, tão própria do Legalismo, o principal ponto de apoio dos *simbolismos jurídicos*, apropriados mais para explicações funcionais do que para explicações de natureza ontológica; uma das operações simbólicas mais caras do Legalismo é, precisamente, a *confusão conceitual* que amiúde se faz dele (do Legalismo) com a ideia de Direito, isto é, reduzir o *jurídico* à sua expressão formal (as leis escritas).

Apoiando a tese da conexão entre o Legalismo e o poder – as várias formas do poder estatal – embora a tratando sob o ângulo da sua *culturalidade social*, o Professor PIERRE BOURDIEU (1930-2002) explica a sua adequação aos propósitos da dominação social, envolvendo também as questões das artes e da informação, da literatura e da linguística, da política e da religião:

*É certo que a prática dos agentes encarregados de produzir o Direito ou de o aplicar deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico, e isso não obstante os conflitos que os podem opor. A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos hábitos, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões do mundo. Segue-se daqui que as escolhas que a classe dos agentes deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas têm poucas possibilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o etos dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados, tanto*

*para os justificar como para os inspirar, estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes* (O Poder Simbólico, tradução de Fernando Tomaz, Rio de Janeiro, Bertrand, 2007, pp. 241/242).

Esse raciocínio que desvenda aquela precitada conexão revela que as crises do Legalismo (ou melhor, dos legalismos) são *também crises de certas conformações dos poderes do Estado*, porque a essência dos legalismos é *instrumentar*, como se pode claramente entender, a ação das potestades estatais, de modo que as suas alterações (dos legalismos) são geralmente adaptações bem sucedidas à finalidade desse macro-objetivo instrumentador.

Consideradas as duas formações estatais ocidentais mais recentes e exemplares – *o que não significa que se afirme a inexistência ou a desimportância de outras formações* – a saber, o Estado Absolutista e o Estado Liberal, vê-se que as suas rupturas se deram ao mesmo tempo em que houve a superação de suas respectivas ordens jurídicas internas.

Essa coincidência não é aleatória e por certo pode ser enunciada com a inversão dos seus termos, embora se constate que os *absolutismos operacionais (executivos) ou normatizadores (legais)* se insinuaram nas práticas dos liberalismos que pretendiam aboli-los, por isso que tanto se alude (e com razão) a *continuidades históricas* quando se trata da biografia do Estado Moderno.

Do ponto de vista operacional, a ideologia do Legalismo é simplesmente a ideologia da exaltação do *pragmatismo*, vertido em programa político, entregue a sua efetivação aos agentes jurídicos do Estado, tanto os formuladores das leis escritas quanto os seus aplicadores.

O Professor PAULO BONAVIDES, identifica no pragmatismo jurídico o abandono da preocupação com os valores da justiça e da equidade, que deveriam ser o norte da atuação jurídica, máxime quando investida de propósitos limitadores do poder e dos poderes; diz o mestre o seguinte:

*A derrocada da consciência dos juristas quanto ao sentido dos valores expurga dos atos da Administração e mesmo das decisões judiciais os*

*escrúpulos com a equidade, assim legitimando quaisquer atos do poder, até mesmo os mais inconcebíveis* (Ciência Política, Rio de Janeiro, FGV, 1992, p. 173).

Na raiz do *problema do poder*, nas suas diversas manifestações, está a *dicotomia ideológica* entre os juristas que se esforçam por justificar a sua força pela força, apenas *explicando* os seus mecanismos, e os que pugnam pela sua limitação — *tarefa sísifíca ou ingrátíssima* — em trabalho interminável e que sempre deve recomeçar.

Com expressões de marcante atualidade, o Professor NORBERTO BOBBIO (1909-2004) observa o fenômeno da aludida dicotomia, destacando a complexidade da análise no nível da própria gênese e, depois, do exercício e desenvolvimento do poder, assim:

*O alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele. Mas o mesmo problema pode ser considerado de dois pontos de vista diferentes, ou mesmo opostos: ex parte principis ou ex parte populi. Maquiavel ou Rousseau, para indicar dois símbolos. A teoria da razão de Estado ou a teoria dos direitos naturais e o constitucionalismo. [...]. O primeiro ponto de vista é o de quem se posiciona como conselheiro do príncipe, presume-se ou finge ser o porta-voz dos interesses nacionais, falar em nome do Estado-presente; o segundo ponto é o de quem se erige em defensor do povo, ou da massa, seja ela concebida como uma nação oprimida ou como uma classe explorada, de que fala em nome do anti-Estado ou do Estado que será. Toda história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o assento, como os primeiros, no dever da obediência, ou como os segundos, no direito à resistência ou à revolução* (A Era dos Direitos, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, Campus, p. 151).

As *razões de Estado* de um lado e o *constitucionalismo* de outro são a síntese completa daquela referida dicotomia, mas há um elemento perturbador de notável importância, qual seja, a *força magnífica do poder estatal*, estigmatizando com pechas terríveis os que se opõem aos



seus propósitos e, em contrapartida, enaltecendo com louvores os que se mostram afinados com as suas pretensões; esse é o caminho pelo qual transitou e transita livremente o Legalismo, apoiado na *força de suas formas* e nas invencíveis estratégias do poder estatal, que não mostra complacência alguma com os vários ceticismos a respeito da validade e da justiça de suas leis escritas.

Esse dilema — que nada tem de abstrato — frequenta assiduamente as instâncias decisórias, tanto as administrativas (ou executivas) como as judiciais, inculcando a noção de que *o interesse administrativo coincide com o interesse público ou com o interesse social geral, sendo o Estado o seu único intérprete autorizado*; não se deve imaginar, porém, que se esteja assistindo aos últimos dias ou ao funeral das preocupações jusfilosóficas, mas sim aos primeiros dias da *reformulação consciente* de valores que foram pouco a pouco ficando no tempo do passado.

Tratando especificamente do *Legalismo como fenômeno prolongado* na história do Direito — e, portanto, como indispensavelmente se nota, na história *cultural* — observa o Professor NELSON SALDANHA que a sua ocorrência somente dá sinais de ajustar-se aos chamados *novos tempos ou tempos modernos* com o surgimento dos ideais democráticos (ou seja, na fase *liberal* do Estado Moderno), embora, mesmo nesse ambiente, certas noções políticas pretéritas — *mas não todas* — de algum modo permaneçam e se conservem ainda eficazes:

*Dada, porém, a continuidade da história ocidental, o problema (do Legalismo) deve ser colocado a partir de elementos da própria fase pré-democrática. O Legalismo ocidental se desenvolveu por certo dentro de um processo cujo ponto maior de referência é a transformação democrática; mas não poderia estar em contradição total com as realidades anteriores. Considerando-se o regime legalista como uma espécie de vocação jurídica da cultura ocidental, todas as épocas da história do Ocidente vão interessar ao estudo. E se, em face das diferenciações histórico-sociológicas, se considera que ele corresponde apenas à sua época, esta deverá ser igualmente compreendida em contraste com a anterior, da qual sai (Legalismo e Ciência do Direito, São Paulo, Atlas, 1977, p. 43).*

Repita-se que, na fase histórica imediatamente anterior (ou seja, na fase dita *autoritária* do Estado Moderno, ainda não superada), o Legalismo se expandira praticamente sem empecilhos, *graças, sobretudo, ao seu próprio autoritarismo*, quando então a identificação das leis escritas com o poder estatal alcançou o seu nível mais alto.

Como, naquela fase, a expansão estatal foi vertiginosa, a noção legalista da compreensão jurídica que lhe foi correspondente seguiu essa mesma expansão e terá sido nesse mesmo período que atingiu as dimensões que alguns consideram *ocidentais*, isto é, expandida ou alargada por todos os espaços cobertos pelos Estados dessa metade do Mundo.

Com a derrocada do autoritarismo estatal – ou, mais precisamente, com a emersão das ideias antiabsolutistas burguesas e as revoluções demoliberais – inaugura-se a *fase liberal do Estado Moderno* e, na sua evolução, passa-se a falar na *primeira crise do Legalismo*, aludindo-se à fratura (ou quase ruptura) que se dá nas suas principais instituições; essa é a sequência evolutiva da ordem jurídica pré-democrática, que irá se disseminar, depois – *apesar de isso só ganhar aceitação generalizada com a consolidação do Estado Liberal (pós-despotismo)* – como ideia *revolucionária ainda essencialmente burguesa* de que o poder do Estado se submeteria a controles.

Porém, esses controles dos poderes estatais seriam *controles legais formais*, e o modo consumado de seu exercício seria a *jurisdição*, imaginadas as leis, nesse contexto, como *limites* para a atuação das autoridades e também como *instrumentos* de contenção dos seus eventuais excessos.

Esse esquema político realiza, sem dúvida e em abstrato, o ideal burguês de *manter as estruturas estatais a serviço dos seus interesses e as coisas na situação em que se acham*; o grande dogma que então se formou (e ainda perdura) é o de excluir da apreciação judicial o chamado *mérito administrativo* das decisões das instâncias estatais administrativas, exclusão que o ramo judicial aceitou em nome de outro dogma burguês, o da separação dos poderes do Estado.

Nesse sistema tão *cuidadosamente organizado*, o poder judicial é considerado (mas só formalmente) o *ponto de equilíbrio institucional*, porquanto, mesmo sendo a jurisdição uma *função* integrada na estrutura estatal, portanto por ele *macrodirigida*, por meio da sua submissão às leis escritas, ela (a jurisdição) se sobreporia (em tese) aos demais poderes do Estado, por intermédio de processos que de algum modo neutralizariam as suas potestades incontrastáveis, ou as nivelariam às pressões dos *demais atores* das relações jurídicas.

Mas resulta claro que a efetivação dessa mudança fundamental passaria (repita-se) pela instituição de magistraturas que, pouco a pouco, se desligariam das determinações principescas e adquiririam *certa autonomia e independência*.

Mas, como adverte o Professor DALMO DE ABREU DALLARI, focando a sua atenção na fase contemporânea dessa mudança, *para que haja a efetiva independência da magistratura, não basta a existência de normas que consagrem tal independência, nem se pode esperar passivamente que todos se disponham a respeitá-la*, acrescentando o seguinte:

*É indispensável que a própria magistratura seja a primeira defensora de sua independência, jamais se atemorizando ou aceitando soluções de conveniência, afirmando, desassombadamente, a supremacia da ordem jurídica e, o que é ainda mais importante, jamais solicitando ou admitindo os favores de um poder arbitrário* (op. cit., pp. 92/93).

O quadro institucional liberal foi o sobrepasse estatal que fez surgir o *império legalista da burguesia*, superando o monolitismo político, que vigorou na *fase despótica* do Estado Moderno e deu amplas asas aos mais exaltados formalismos – *os formalismos jurídicos* – fomentando a absorção da vida social e econômica pelos vários processos estatais ou estatizados.

Essa reviravolta realmente *eliminou a precedente afetação teológica* que servira para explicar as estruturas sociopolíticas anteriores (feudais e absolutistas) e reduziu a importância da Igreja Católica na condução das

*coisas públicas*, mas fez emergir, em contrapartida, um eficiente sistema de dominação que se nutria diretamente dos *pensamentos precedentes*, conforme sinteticamente expuseram FRIEDRICH ENGELS (1820-1895) e KARL KAUSTKY (1854-1938):

*Tratava-se da secularização da visão teológica. O dogma e o direito divino eram substituídos pelo direito humano, e a Igreja pelo Estado. As relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam fundadas no direito e criadas pelo Estado. Visto que o desenvolvimento pleno do intercâmbio de mercadorias em escala social – isto é, por meio da concessão de incentivos e créditos – engendra complicadas relações contratuais e recíprocas e exige regras universalmente válidas, que só poderiam ser estabelecidas pela comunidade – normas jurídicas estabelecidas pelo Estado – imaginou-se que tais normas não proviessem dos fatos econômicos, mas dos decretos formais do Estado (O Socialismo Jurídico, tradução de Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves, São Paulo, Boitempo, 2012, pp. 18/19).*

Nesse contexto legalista, estabelece-se *a priori* a prevalência das pretensões estatais no que concerne à disciplina e ao controle da vida social e econômica, sobretudo por meio da tributação, que incorpora, progressivamente, o poder de impedir ou mesmo de destruir certas atividades produtivas; o Estado, no ambiente legalista, torna-se o *parceiro exigente e imperdoável* dos resultados positivos da produção econômica, *mas sem assumir os riscos e os custos que lhe são inerentes e indispensáveis*.

O poder de tributar se converte, dessa forma, no poder de sufocar, já que a tributação abstrai todas as contingências que o processo econômico exige e envolve: para o Estado Liberal, *todas as atividades produtivas são igualmente rentáveis e geradoras de excedentes crescentes, daí a uniformidade de algumas exigências tributárias*; esse é o pensamento que domina a ideologia judicial quando os seus agentes tratam da arrecadação de tributos.

Ademais, impôs-se – na fase liberal – a implantação da igualdade jurídica entre todos (igualdade formal), já que a livre concorrência (ou

o livre mercado) era o ambiente propício ou fundamental ao veloz incremento das trocas econômicas, *por isso a isonomia foi a principal bandeira burguesa nesses tempos*; mas como a igualdade jurídica não correspondia à igualdade social e econômica, alargou-se e aprofundou-se o fosso que separava as classes burguesas das classes proletárias trabalhadoras, daí surgindo os embates entre elas, com algumas semelhanças com os embates que a própria burguesia antes sustentara (com sucesso, aliás) contra as nobrezas absolutistas.

A desigualdade *efetiva* (social e econômica) era um evidente entrave ao estabelecimento de relações sociais e produtivas isonômicas, por isso a *famosa liberdade de contratar*, tão enaltecida no ideário liberal burguês, quando incidia sobre o trabalho, agudizava ao máximo o apontado desnível social e econômico, tornando *impossível* a conciliação dos interesses em confronto, ou estabelecendo a inconciliação entre eles.

É assim que se abre a *primeira grande crise* no monolitismo legalista do Estado Liberal, mediante a constatação de que *as leis não expressam os interesses de todos, senão somente os interesses de uma minoria, precisamente a classe dirigente do Estado*.

Essas estruturas moldavam completamente os *direitos essenciais da burguesia*, o direito de propriedade e posse dos bens de produção, a possibilidade de contratar livremente e o de participação política, com a exclusão das demais classes sociais da fruição desses mesmos direitos.

Justamente por isso, essa estrutura estatal liberal burguesa veio a ser denominada *a ordem política dos proprietários*, ou *a ordem política do Estado, na sociedade capitalista*; no plano dos interesses dos proletários, via-se o alastramento da exploração da sua força de trabalho, submetida a contratos regidos por leis elaboradas pela burguesia com a intermediação dos seus representantes.

Relembre-se que, como o poder judicial se achava limitado pelas leis, eram essas – e somente essas, as leis – que fixavam as diretrizes jurídicas das relações sociais de produção e das relações de troca, *inclusive*

*os termos contratuais da força de trabalho*, reproduzindo-se nas decisões judiciais as diretrizes já postas nas leis: esse é o resumo do Legalismo, na sua fase liberal; o envolvimento das funções do Estado – de todas as suas funções, portanto – nesse *programa liberal* fará da ordem jurídica do liberalismo (e o Legalismo é a sua síntese) uma espécie de *modelo estatal por excelência*.

Essa ordem *política* e a sua conseqüente ordem *jurídica* expandem-se, contínua e paralelamente, no *ambiente social do capitalismo* (desenvolvido ou tardio), cujas marcantes influências na conformação institucional do Estado e na formação do pensamento jurídico e judicial desafiarão, ainda, análises e estudos de feito mais vertical e crítico.

Uma referência essencial nesses estudos é sem dúvida o livro que o Professor RALPH MILIBAND (1924-1994) publicou em 1970, no qual, abordando o tema do *conservadorismo judicial*, observa:

*Ao interpretar e executar a lei, os Juizes não podem deixar de ser profundamente afetados por sua concepção do mundo, a qual, por sua vez, determina a sua atitude em face dos conflitos que ocorrem dentro dele. Poderão julgar que são guiados exclusivamente por valores e conceitos que pairam acima das considerações mundanas de interesses de classe ou especiais. Mas, em sua aplicação concreta, tais conceitos oferecerão no entanto muitas vezes uma posição e uma tendência preconceituosa ideológicas diferentes e identificáveis, na maioria dos casos, de tipo fortemente conservador* (O Estado na Sociedade Capitalista, tradução de Fanny Tabak, Rio de Janeiro, Zahar, 1972, p. 172).

O jurista inglês DENNIS LLOYD (1915-1992) participa dessa conclusão, ensinando que a criação do que chama de *legislação judicial* tem o seu ponto de apoio na ineliminável percepção dos valores sociais que aos Juizes incumbe fazer quando da *aplicação* das normas (legais) geradas pelo órgão legislativo:

*Os Juizes, como outros seres humanos, não podem se dissociar dos padrões de valor que estão implícitos na sociedade ou grupo a que pertencem e nenhuma soma de imparcialidade conscienciosamente*

*aplicada ou ausência de passionalismo judicial conseguirá eliminar a influência de fatores desse gênero* (A Ideia de Lei, tradução de Álvaro Cabral, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 228).

É por isso que o sistema político e jurídico liberal é, também e ao mesmo tempo, um sistema *cultural* tendente a se reproduzir segundo as suas próprias dinâmicas, inclusive – ou sobretudo – no que diz respeito ao *ensino* do Direito, que é a principal *matriz* da elaboração das suas pautas fundamentais.

Na verdade, os formuladores desses pensamentos são – em muitos casos – os próprios professores das novas gerações de *juristas formalistas*, de maneira que as ideias legalistas *circulam do ambiente acadêmico para as instâncias administrativas e decisórias e vice versa, no percurso contrário*, não deixando, assim, margem alguma para o desenvolvimento de proposições adversas que de logo são vistas como *contestações condenáveis*.

Na verdade, tanto os professores de Direito como os administradores jurídicos em geral e os Juízes em particular contribuem – *consciente ou inconscientemente* – para a consolidação desse modo de pensar e de sentir cujo efeito mais importante é certamente o de *eliminar a crítica interna e externa do sistema jurídico legalista, sob o entendimento de que nas leis (universais) encontram-se contidas as soluções dos casos (particulares)*.

As leis escritas são tratadas como dados prioritários da solução das disputas, à maneira de um juízo apenas *determinante* (calcado na autoridade e no poder), em detrimento de um juízo *reflexionante* (calcado na observação empírica), segundo explana o filósofo IMMANUEL KANT (1724-1804) a propósito da *faculdade de julgar como faculdade legislativa a priori* (Crítica da Faculdade de Julgar, tradução de Daniela Botelho G. Guedes, São Paulo, Ícone, 2009, p. 24).

O método de aplicação judicial das leis escritas mediante o emprego ou o uso das formulações legais apriorísticas (ou o método do Legalismo judicial) chamou-se apropriadamente de *subsunção* e consiste, em palavras resumidas, em fazer a simples e imediata (ou automática)



incidência das disposições das leis na solução dos casos concretos de conflito de interesses entre indivíduos e grupos sociais.

Esse método assegurava a plenitude do ordenamento legalista, submetendo as decisões judiciais aos ditames das leis escritas, assim fomentando aquele citado monolitismo legal; contudo, *não se pode ocultar que a subsunção tinha o efeito de impedir variações de entendimentos jurídicos no momento da incidência das leis nos dissídios concretos – inevitáveis dissídios – ocorrentes na sociedade.*

Inegável, porém, que as soluções autenticamente jurídicas dos casos problemáticos somente poderiam se originar da observação criteriosa dos fatos, rejeitando-se os apriorismos legalistas e o método da subsunção do *particular* (o caso concreto) no *universal* (o sistema jurídico), o qual produz resultados postiços de soluções de justiça sob o fetichismo das leis escritas que impede a ponderação dos elementos de relevo que se encartam na situação analisada em concreto.

Em outra vertente, igualmente relevantíssima, criou-se a *teoria liberal da submissão do poder estatal à jurisdição*; do ponto de vista ideal ou formalista, talvez seja essa teoria, naquele momento histórico, a *mais importante conquista política da modernidade*, mesmo que ainda permaneçam alguns traços da época em que essa submissão era *incogitável*.

Esses resquícios se manifestam, ainda hoje, por meio de privilégios processuais das pessoas políticas e da tendência dos corpos administrativos e judiciais de operar segundo as suas conveniências, sob a invocação de razões públicas de ordem superior, ou seja, a posição conspícua que o Estado ocupava, na sua fase despótica insinua-se nas estruturas da sua fase liberal, embora, naturalmente, revestido de outros adereços.

Naquela conjuntura liberal, porém, começaram a manifestar-se as pressões em favor de expandir as *formas primárias das garantias formais dos interesses das pessoas*, passando-se, lentamente, mas progressivamente, em verdade, de concepções estreitas e marcadas pelo espírito corporativo



ou de *estamentos sociais privilegiados* para concepções mais alargadas e mais abrangentes de novos (e de outros) destinatários, vindo à cena, ainda, os *procedimentos indispensáveis à efetivação dessas mesmas garantias*.

Esse quadro institucional e essas reivindicações sugerem a *associação* que depois se veio a fazer entre os chamados *direitos subjetivos* (ou individuais) e as *formas processuais ou processualizadas da jurisdição*, que estabelecem, com inevitável autonomia, a importância daqueles direitos e dos modos de torná-los efetivos.

Mas as reações contra esse movimento de expansão dos direitos subjetivos são várias e possantes, inclusive contaminando as instâncias acadêmicas e judiciais; a ideologia legalista se incrustara de tal forma no pensamento jurídico que se tornou praticamente incogitável discutir-se soluções jurídicas *ultrapassando os limites dos ordenamentos, ou seja, indo além das disposições normatizadas*.

O advento do *procedimento*, a grande e notável novidade desses tempos, de certa maneira torna *anônimo* o exercício do poder ou dos poderes estatais; é muito comum ouvir-se, como explicação de alguma decisão, a escusa de que *o sistema não permite* ou então de que *essas são as normas aplicáveis*, servindo como escudo do agente, que assim se esquiva de ser apontado como o responsável por aquela decisão, ainda que seja eivada de abuso, ou precisamente quando eivada de abuso.

Em outras palavras, o procedimento *indica o caminho da concreção das leis escritas*, mas não enseja que o ônus ou a responsabilidade por alguma solução, *mesmo que seja injusta ou lesiva*, possam ser imputados diretamente a um agente estatal, desde que ele tenha operado dentro dos limites do sistema, *essa entidade sem rosto e sem alma a quem se atribuem todas as coisas*: isso resulta, como se vê, da imaginação jurídica de que o conjunto das leis (o sistema) contém em si as soluções que se buscam.

É claro que os juristas liberais minimamente reflexivos perceberam, muito cedo e sem nenhuma sombra ou dúvida, que essa alegada suficiência – ou completude – do ordenamento era algo ficcional e

irrealístico, *mas souberam impor-lhe uma coerência lógica tão refinada que disponibilizavam teorias praticamente infundáveis para explicar as suas demasias e as suas contradições.*

Nesse sentido, as explanações jurídicas passaram a conter fortes elementos da ficção histórica, *lembrando que os livros de História são, em grande medida, recuperações mais ou menos imaginosas das interpretações das coisas do passado e do tempo em que surgiram e se desenvolveram, para depois darem lugar a outros modos e arranjos da vida, muitas vezes invocando elaborações literárias de conteúdos marcadamente estéticos, como nos romances.*

É por essa razão fundamental que as explanações jurídicas recorrem frequentemente a clichês e os comentadores das leis escritas quase nunca – ou mesmo nunca – avançam na crítica aos seus conteúdos, geralmente lhes bastando demonstrar que as instituições jurídicas e judiciais recebem as suas unções de validade com o selo da oficialidade que trazem desde a sua gênese e que as mudanças – *ainda que sejam de manifesta necessidade* – devem ser programadas na linha de produção dos provimentos legais, elaborados pelos órgãos estatais incumbidos precisamente desse afazer normatizador, tudo isso estruturado com um certo viés elitista e açambarcador das várias realidades – *duríssimas realidades* – da vida social.

O principal motor dos argumentos de sustentação das posições liberais foi o alardear das garantias jurídicas, tanto mais certas e mais seguras quando *escritas* e entregues à aplicação de um *poder de julgar isento das injunções políticas externas*; mas, por se achar esse mesmo poder submetido aos ditames e aos preceitos do ordenamento (ou aos limites das leis escritas editadas pelo órgão estatal), torna-se também um mecanismo ou um instrumento de simples efetivação daquelas mesmas disposições legais escritas *por meio de raciocínios que se dizem quase-matemáticos.*

Nessas circunstâncias, o poder judicial é um poder despojado de potestades inovadoras, desprovido de funções que lhe permitam criar, à

luz dos conflitos emergentes e das contradições entre as teorias jurídicas e as práticas, as soluções originais ou inéditas requeridas pelas situações analisadas; entretanto, os desafios das práticas viriam a demonstrar que as teorias, mesmo as mais elaboradas, tendem a fracassar quando contrapostas às dificuldades concretas dos desafios humanos.

## 2. O ADVENTO DA FORÇA NORMATIVA DOS CHAMADOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Pode-se afirmar que a *segunda crise do Legalismo* ocorre, já na fase dita liberal das instituições estatais, com a progressiva afirmação da chamada *força normativa dos princípios jurídicos*, tradicionalmente excluídos, *sob a alegação de serem difusos e imprecisos*, de invocação nas soluções das demandas – *tanto nas atividades administrativas como nas judiciais* – o que significou (aquela afirmação) o reconhecimento da insuficiência das leis escritas *para dar conta do universo do Direito*.

Na verdade, o *racionalismo geometrizar* que presidira a elaboração teórica burguesa do Estado Liberal não cogitou das indomáveis realidades sociais e econômicas infraestruturais existentes, por isso os seus esquemas doutrinários, de refinada elaboração filosófica, estavam fadados a rápido desmoronamento justamente em razão de ser uma doutrina guiada pelos interesses classistas da burguesia, portanto *oposta pelo vértice* aos sentimentos generalizados na sociedade.

A respeito dessa falta de compatibilidade do Estado Liberal com as bases sociais, o Professor PAULO BONAVIDES assim se manifesta:

*Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado Jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face de realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional. Era a vida por demais caprichosa, dilatada e rica de expressões para conter-se nos estreitos lindes daquele leito de Procusto ou nas quatro paredes onde a doutrina da razão cuidava poder encarcerá-la. Começa daí a obra de dinamitação da primeira fase do constitucionalismo burguês. O curso das ideias pede um novo leito.*

*Da liberdade do homem perante o Estado, avança-se para a ideia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade estatal (Do Estado Liberal ao Estado Social, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 43).*

Mas o sistema ou o ordenamento jurídico positivo liberal (as leis escritas e os seus códigos) continuaram, apesar disso, com a sua proeminente característica mística que se resume – do ponto de vista da atividade judicial – na assertiva de que *as leis contêm as soluções que as demandas sociais exigem ou comportam e aos agentes da jurisdição cabe apenas desvendá-las.*

Essa concepção ficou nas magistraturas legalistas como uma marca indelével que as várias mudanças posteriores, tantos as filosóficas como as políticas e as institucionais, *ainda não conseguiram remover por completo*; portanto, o utopismo político prossegue praticamente incólume e as visões positivistas ganham sobrevivência e continuidade, mesmo adotando – em alguns casos – certas atitudes *puramente superficiais ou cosméticas*, já que preservam as matrizes e as bases do pensamento jurídico histórico.

A verdade da insuficiência das leis escritas, para dar conta da complexidade da vida social, somente o tempo veio a demonstrá-la, mais uma vez se confirmando que ela (a verdade) *não é produzida pela autoridade*, mas somente brota dos fatos e dos sentimentos mais humanos das pessoas e das suas reivindicações mais poderosas. Todas as teorias que não passam no *teste da verdade* devem ser abandonadas e esse teste da verdade consiste em constatar que *a solução dos desafios sociais não cabe nas leis escritas*, por isso elas (as leis escritas) assumem perfis impositivos e autoritários.

Contudo, na *quieta e persistente visão positivista e legalista* das coisas do Direito, os conflitos se resolveriam com as leis escritas e a sua aplicação fiel. Sendo assim, para que se atormentar o jurista com os problemas metanormativos que a sua reflexão produz, se as normas postas e a sua aplicação rigorosa, nos limites do som das suas palavras, são suficientes e bastantes para enfrentar e solucionar aqueles dissensos?

A *jurisprudência positivista*, vinculada à ordem preestabelecida e mantida pela força do poder estatal, realmente não demanda grandes dispêndios de reflexão na sua elaboração e difusão, de sorte que *permanecerá como está* se não for contraposta aos problemas que a circundam; aliás, a invocação dos precedentes decisórios (ou dos paradigmas) tem precisamente a função de dispensar a reflexão, imaginando que os problemas suscitados pelo evento atual (ou o caso presente) já está pré-eliminada pela resolução normativa que o antecedeu: *esse é o papel essencial da jurisprudência positivista que pode ser resumido em manter as coisas como se acham, evitando problematizá-las.*

Repita-se que essa postura se nutre, ainda, da velha crença na *suficiência das normas escritas para manter (ou conter) em equilíbrio as desavenças sociais*: essa é a síntese da teoria do pensamento juspositivista e legalista, associando a formulação das leis e a sua interpretação fiel ou conservadora; mas essa crença somente se mostra defensável enquanto *não é testada ou confrontada com a realidade*, isto é, *enquanto não é oposta aos problemas que cria e aos que não soluciona*; é nesse teste que se mostra a necessidade de *recorrer a elementos metanormativos, ou seja, aos princípios jurídicos informativos da justiça e da equidade.*

O filósofo austríaco KARL POPPER (1902-1994) chama a atenção dos cientistas sociais para as dificuldades que surgem quando as teorias conduzem à frustração das expectativas, evidenciando (em outras palavras) que as elaborações teóricas são como alienações da realidade:

*Admite-se que as expectativas – e, portanto, as teorias – podem preceder, historicamente, até mesmo os problemas. A ciência, contudo, origina-se unicamente dos problemas. Os problemas só aparecem quando as expectativas malogram ou quando as teorias trazem dificuldades e contradições — que podem surgir dentro de uma teoria, entre duas teorias diferentes ou como resultado de um conflito entre elas e nossas observações. Além disso, só nos tornamos conscientes de que sustentamos uma teoria a partir do momento em que enfrentamos um problema. O problema suscita o desafio de aprender, avançar o nosso conhecimento, experimentar e observar (Conjecturas e Refutações, tradução de Sérgio Bath, Brasília, UnB, 2008, p. 247).*

Estão na categoria de *expectativas teóricas* os dogmas do Legalismo positivista, porque se trata de propostas de exacerbado idealismo e rude desprezo às realidades sociais díspares e muitas vezes cruéis; faz tempo, muito tempo, que os parlamentos são conduzidos pelas classes burguesas, que as administrações são vinculadas aos interesses econômicos dessas mesmas classes e que o poder judicial se esmera em produzir ou elaborar *soluções jurídicas* consonantes ou afinadas com esses mesmos e iguais propósitos.

Mas essa vinculação do Juiz aos *ditames normativos* é outra manifestação do *fenômeno do Legalismo*, que aferra a solução das questões *aos termos exatos da lei*, tal qual soam as suas palavras (literalismo), não se admitindo, nesse instante, cogitar de valorações ou finalismos jurisdicionais ou, ainda, perquirições sobre os conteúdos de justiça ou de equidade das normas positivas, *eis que a lei escrita não se presta a essas reflexões, pois serve ao escopo da segurança e da certeza, inclusive por meio do processo.*

Sobre o princípio da legalidade e essa sua versão, diga-se que foram, pelo menos nos primórdios do Estado de Direito (*ou Estado Jurídico ou, ainda, Estado Legalitário*), a expressão pura e simples das normas escritas, até mesmo sem referências ao quadro mais amplo do *ordenamento jurídico*, esgotando-se a sua compreensão nos próprios limites autônomos, por assim dizer, das normas.

Seria até mesmo o caso de questionar a legalidade como um *princípio jurídico*, passando-se a vê-la somente como uma *técnica jurídica*, já que a noção de princípio remete, queira-se ou não, às inevitáveis *indagações transnormativas*, ainda que dentro do universo do Direito, mesmo do Direito Positivo (escrito), envolvendo necessariamente análises transnormativas ou metanormativas.

Aqui se descolam e se apartam um do outro, por assim dizer, o universo *legal* e o universo *jurídico*, dando-se àquele (o universo legal) o limite do empírico normativo-positivado (ou positivo) e a est'outro (o universo jurídico) um mais amplo espaço compreensivo; a visão

legalista, porém, interdita ou desautoriza as ilações abstratas que se afastam do ordenamento e, assim, retorna-se, dessa forma, àquela velha ideia de que os próprios princípios *seriam decorrentes do ordenamento ou por ele induzidos, seriam aceitáveis somente quando previstos nas regras do sistema.*

Talvez a mais sintética e completa demonstração sistemática da inadequação do Legalismo para orientar as decisões jurídicas esteja nesta passagem do Professor LUÍS RECASÉNS SICHES (1903-1977), que merece transcrição integral:

*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. Otro de los tipos de fracaso y de desaguizado 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 (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México, Editorial Porrúa, 1980, p. 163).*

Mas a realização desse ideal axiológico somente será possível quando a *separação de poderes estatais* deixar de ser um dogma abstrato e se converter numa prática política efetiva; somente nas sociedades em que a estrutura judicial se afirma como poder é que a ideia de jurisdição controladora dos poderes estatais instrumenta-se como mecanismo da efetivação dos direitos subjetivos, *em especial os que adquirem formulação escrita.*

Todo o arsenal jurídico do Direito em geral, e do Direito Público em particular tem a vocação de manter o Leviatã preso nas correntes de sua jaula, embora essa tarefa venha perdendo, dia a dia, os seus adeptos.

Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar, com base histórica consistente, que os *movimentos constitucionalizantes* se fizeram precisamente *contra os poderes do Estado*, com o claro intuito de limitá-los por meio de sua submissão a normas prévias – *imaginando-se que estas seriam a expressão das harmonias da justiça* – disciplinando o seu exercício, para *moderar as vocações autoritárias* que se expandem sem freios, quando deixadas ao sabor do vento de suas próprias dinâmicas, *seguindo a experiência universal e eterna*.

Mas à ideia de Estado e aos seus poderes liga-se, talvez inconscientemente, ou talvez mesmo inadvertidamente, a ideia de totalidade ou de totalismo ou de *soma final* portanto, na expressão política consagrada, a *totalitarismo*, como o denunciam os autores que se detiveram na análise desse fenômeno (totalitarismo).

A filósofa HANNAH ARENDT (1906-1975), por exemplo – *para citar a autora mais frisante* – estima que a ascensão do totalitarismo estatal expressa uma *ideologia do terror e engendra uma nova forma de governo* (Origens do Totalitarismo, tradução de Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012, pp. 611 e segs.); os governos, portanto, teriam a vocação de *totalizar* a sua influência sobre as pessoas.

Em contraposição à ideia de totalismos, calçada na atuação generalista dos agentes da potestade administrativa, tem-se a atuação judicial individualizada que importa, antes de tudo, na visão integral do Direito, ou seja, a sua macrocompreensão sob a luz intensa dos princípios da justiça e da equidade – *e não apenas da leitura de suas palavras* – promovendo o que se pode chamar de *aplicação integrativa*, envolvendo, ao mesmo tempo e no mesmo processo cognitivo, as palavras da lei, os princípios de justiça e de equidade e os fatos sobre os quais a solução irá futuramente incidir.

Essa ideia já se encontra no pensamento do Professor SANTIAGO SANTÍS MELENDO (1900-1979), quando afirma que *a união entre o conhecimento jurídico, como dever do Juiz, e o conhecimento dos fatos, como possibilidades judiciais, fazem com que nunca – ou pelo menos raríssimas*



*vezes – a lei impeça a realização da justiça* (El Juez y el Derecho, Buenos Aires, Espósito, 1957, p. 11).

Quando se afastam dos julgamentos as preocupações com os valores da justiça e da equidade – *em benefício dos juízos legalistas ou imediatistas* – o que resta é apenas a *técnica meramente administrativa* de solucionar casos e dissídios do ponto de vista das leis escritas, portanto do poder, recalçando-se as realidades da vida social mediante o emprego das *categorias conceituais e abstratas das leis*.

Essa técnica parece pressupor que é possível – *ainda que no plano apenas lógico* – aceitar que as complexas realidades sociais foram completamente apreendidas ou capturadas pelos *juízos apriorísticos* dos legisladores; a verdade das coisas humanas, porém, é sempre contextual e dependente da sua observação sob o *logos* da ponderação e da razoabilidade.

### **3. O DESCOMPASSO AXIOLÓGICO DAS LEIS COM AS EXIGÊNCIAS SOCIAIS EMERGENTES**

O descompasso das leis escritas com as exigências da sociedade emerge, em primeiro lugar, da pretensão à *permanência* que aquelas (as leis escritas) absorvem e da velocidade das *mudanças* a que se acham estas (as exigências sociais) submetidas, tangidas (as mudanças) por eventos de diversas ordens, entre os quais se destacam, pela força e pela extensão de suas conseqüências, os *vendavais ideológicos* que sacodem as coletividades humanas de tempos em tempos.

As leis escritas e as suas exegeses conservadoras pretendem conter os futuros, imprevisíveis e rebeldes, nas suas cláusulas positivadas, mas a dura *realidade das coisas da vida e do Direto* dinamita as suas paredes; bem por isso, encontram-se dentro do sistema jurídico pontos de vista coincidentes em tudo por tudo com as dicções normativas (são as decisões silogísticas, legalistas e literalistas) e outros afinados com os seus princípios, *não se podendo fazer entre eles juízos de certeza, mas somente juízos de valor*; não há, nessa seara, lugar para o certo e o errado ou para o verdadeiro e o falso, *mas somente para o razoável e o irrazoável*.

Os limites do que seja razoável ou irrazoável não são, contudo, meramente *conceituais*, mas são sobretudo *experimentais ou contextuais*, não comportando uma definição *a priori*, como são as definições gerais das leis escritas; por outro lado, não fica a apreensão desses limites no cediço terreno da percepção subjetiva de cada um, como se fosse algo plástico a se amoldar a qualquer concepção.

O ser razoável e o ser irrazoável pertencem à harmonia ou desarmonia de uma resolução com as grandes linhas sistemáticas do ordenamento *jurídico* – e não apenas do conjunto das leis escritas – o que é apreensível, em primeiro lugar, pela análise do *texto* de suas normas; em segundo lugar, pelo *contexto* em que se dá (ou não) a sua inserção na realidade cultural da sociedade e no que ela (a sociedade) admite ou aceita, mas sobretudo pelo *pretexto* sob o qual se ocultam ou se exibem as razões finais de uma decisão.

Fora desse contexto, as leis se revelam o que realmente são no ambiente do Legalismo, ou seja, instrumentos do poder estatal, compreendido este como a forma organizada de defesa dos interesses das classes sociais dominantes, voltada para a compressão da realidade social, isto é, a sua submissão aos roteiros pré-definidos pelas mesmas instâncias da dominação.

Sobre a força *sempre vitoriosa* da realidade, impulsionada pelas adaptações impostas pelas mudanças sociais e pelas transformações políticas – *inclusive as ideológicas e as derivadas das revoluções científicas* – o Professor PAULO BONAVIDES escreveu estas palavras da mais alta definição:

*A poderosa realidade, de ordem objetiva e pragmática, deriva doutra, não menos palpável e relevante, porque a explica, e que reside na teorização dos princípios, cuja importância mudou já os rumos e o eixo da Ciência Jurídica. Fez estremecer toda a escala de valores hegemônicos, de raízes romanistas, imperante na civilização do Ocidente durante mais de dez séculos. (...). A meu ver, a primeira revolução na Ciência do Direito se fez no começo do século XIX. Foi a revolução do Direito Natural,*

*positivado nos códigos. A segunda ocorre debaixo das nossas vistas, desde a derradeira década do século XX. É a revolução dos princípios que se positivaram nas Constituições. Aquela veio reger, impulsionada por uma nova inspiração de valores, as relações cíveis da sociedade emergente do racionalismo filosófico, esta vem coroar, concretizar e universalizar os direitos fundamentais de três gerações subsequentes à primeira, a saber, a geração dos direitos civis e políticos.* (Constituição e Normatividade dos Princípios, São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 447/448).

A visão desses descompassos se manifesta quando é feito o cotejo entre as propostas contidas nas leis e as urgências das exigências dos conflitos sociais reais, isto é, quando se realiza o *teste popperiano* da eficácia das teorias; é nesse momento que os desníveis entre as teorias *explicativas* do Direito e as suas práticas efetivas – *ou a sua aberta e radical inconciliação* – mostram claramente o alto *deficit* de coerência entre os discursos normativos ou legais (explicados nas decisões administrativas e nas judiciais) e as desafiadoras e insubmissas realidades sociais a cuja justa regulação seriam aqueles discursos destinados.

Talvez seja pertinente assinalar que a ideia de supremacia das leis escritas, *envolvendo também da ideia de sua permanência*, repousa sobre a noção – *possivelmente inconsciente* – de que as disposições legais poderão sobreviver aos vendavais mudancistas, ou – *quem sabe* – poderão contê-los ou (pelo menos) mantê-los afastados das instituições que recebem delas (das leis escritas) a sua própria conformação e inserção na estrutura do Estado.

Mas não se deve esquecer que as leis escritas *podem ser alteradas por outras leis escritas*, desencadeando uma sequência de alterações legais nocivas à segurança das pessoas; por isso que os magistrados se opunham à *tiranía das leis escritas*, porque os indivíduos devem ser protegidos das prepotências do poder.

Sobre esse ponto (a proteção contra as inovações legais supervenientes), vale lembrar a *antológica passagem* do Discurso Fúnebre que PÉRICLES (495 a. C. – 429 a. C.), o *Inventor da Democracia*

*Ateniense*, como o chama o historiador CLAUDE MOSSÉ (Péricles, tradução de Luciano Vieira Machado, São Paulo, Estação Liberdade, 2008), pronunciou em homenagem aos soldados e marinheiros mortos na Guerra do Peloponeso.

Segundo as palavras que o historiador TUCÍDIDES (460 a. C. - 395 a. C.) atribui à fala do orador, naquela ocasião disse o estadista (a propósito das mudanças das leis escritas em detrimento dos direitos dos cidadãos), que *contra isso, o temor é nossa principal defesa, ensinando-nos a obedecer aos magistrados e às leis, particularmente às que dizem respeito à proteção dos acusados, quer às que estão nos estatutos ou às que pertencem àquele código que, apesar de não escrito, não pode ser violado sem reconhecida desgraça* (História da Guerra do Peloponeso, tradução de Mário da Gama Kury, Brasília, UnB, 1982).

Esse *código não escrito que não pode ser violado sem reconhecida desgraça* a que alude o político e orador ateniense é precisamente a consciência de que o poder estatal, que tem a força de fazer as leis, *não tem, contudo, a força de mudar as percepções da justiça*, por isso elas – as percepções da justiça – são confiadas à virtude dos magistrados, e não à autoridade dos governantes.

O poder pode muito, diriam mais tarde os seus críticos, *mas não pode tudo*, assim abrindo espaço para a atuação do princípio da equidade, cuja percepção não se realiza pelo mesmo processo de reconhecimento que se emprega na apreensão das leis escritas e dos precedentes de sua exegese.

O Professor GENARO RUBEN CARRIÓ (1922-1997) expôs, com grande clareza, essa necessária distinção, do seguinte modo:

*El test del origen o pedigree no sirve para identificar a los principios. La regla de reconocimiento solo sirve para identificar reglas que, como las leyes o los precedentes son el producto de un acto deliberado de creación jurídica. El concepto de validez, que funciona respecto de las reglas así creadas, no funciona respecto de los principios. Es un concepto que, como el de regla, opera a la manera todo o nada; esta manera de operar*

*es incompatible con la dimensión de peso o importancia que tienen los principios. La afirmación de que éste o aquel principio es un principio de nuestro Derecho no se sustenta en una verificación tan simple (o simplista) como la que propone la teoría de la regla de reconocimiento. Se sustenta en una compleja argumentación que exige apreciar una rica variedad de standards, prácticas, creencias y actitudes.* (Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 54).

O jurista italiano BRUNO LEONI (1913-1967), apreciando criticamente a questão da efetividade das leis escritas, assinala a sua contraposição à celeridade com que podem (as leis) ser mudadas – *e frequentemente mudam* – identificando que a enunciação oficial de seus conteúdos, dada essa *inegável mobilidade*, não se mostra um elemento dotado de insuficiente estabilidade para dar-lhes a almejada permanência:

*A efetividade da lei, no sentido de uma fórmula escrita, refere-se a um estado das coisas inevitavelmente condicionado pela possibilidade de a lei presente ser substituída, a qualquer momento, por uma lei subsequente. Quanto mais intenso e acelerado é o processo da formulação das leis, mais incerto é que a presente legislação vá durar por qualquer extensão de tempo. Mais do que isso, não há nada que evite que uma lei efetiva, no sentido antes mencionado, seja imprevisivelmente trocada por uma outra lei não menos efetiva do que a anterior* (Liberdade e a Lei, tradução de Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira, São Paulo, MisesBrasil, 2010, p. 88).

Subentende-se nessa observação que a *mística das leis escritas* é diretamente afetada pelo processo de sua produção e da sua súbita alteração ou revogação, daí se extraindo que a sua efetividade *não pode, na verdade, resultar dos seus simples enunciados ou repousar tranquilamente sobre eles, nem da mera identificação de sua gênese estatal*, porquanto todos esses elementos são matrizes de mudanças inesperadas que incidem sobre o pensamento jurídico consolidado sob a égide da legislação proscrita.

Essa é uma breve demonstração de como às magistraturas incumbe zelar pelos direitos subjetivos, *pois as pessoas nada podem fazer contra as*

*referidas mudanças normativas ou contra as compreensões exegéticas que reproduzem as diretrizes dessas mesmas mudanças, porque se trata, em todos esses casos, de elaborações promanadas das instâncias do Estado.*

#### 4. AS RESISTÊNCIAS IDEOLÓGICAS CONTRA AS MUDANÇAS JURÍDICAS

É bastante provável que uma espécie de *temor reverencial* ao poder estatal, que os juristas positivistas tanto cultivam há vários séculos, faça parte das explicações às resistências contra as mudanças jurídicas, mesmo aquelas que se revelam *manifestamente necessárias*; os juristas positivistas, em geral, não costumam aceitar de bom grado *as críticas contra as leis escritas*, mormente aquelas que as apontam (as leis escritas) como inadequadas para regular (ou prevenir e resolver) os vários e complexos conflitos entre indivíduos e grupos sociais.

Contudo, não se poderá dizer que esses juristas positivistas deixam de reconhecer a inadequação das leis à justiça e à equidade, *apenas entendem que esse problema não é do jurista, mas do legislador e dos filósofos do Direito.*

Certamente não é de modo algum uma *injustiça* com a classe dos juristas positivistas apontá-los como *mais afeitos ou propensos* ao alinhamento intelectual automático com as diretrizes positivas do sistema legal ou do ordenamento positivado do que às atitudes ou posturas críticas – *e muito menos ainda contestatórias* – sendo correto, sem dúvida, dizer que essa propensão é um dos traços mais gerais da ideologia legalista e positivista; essa premissa do Legalismo parece não poder mesmo ser negada sem que se negue, também, a realidade de suas bases teóricas.

É claro, porém, que há *graus* de maior ou de menor afinidade dos juristas positivistas com aquelas diretrizes legalistas, mas é tida como *verdadeira* a assertiva de que o dito alinhamento dos profissionais do Direito com os roteiros positivados nas leis escritas é, seguramente, uma *tendência* ou uma *inclinação* de muito fácil identificação.

Justamente por isso, as *lições* dos juristas positivistas são, na sua essência, *lições de legalidade*, ou lições – muitas vezes excelentes lições, não há como negar – sobre *aspectos do Legalismo ou sobre as suas vantagens, por promover a segurança jurídica*.

Talvez os Juízes sejam a classe de juristas que mais próxima e diretamente percebe a *inadequação* das leis escritas aos seus pretendidos propósitos de solucionar *com justiça* os problemas que a convivência social inevitavelmente produz, porque eles (os Juízes) *são intimamente vinculados às leis escritas e estas (as leis escritas) expressam e protegem os macrointeresses ou os interesses fundamentais das classes sociais que dominam ou controlam os aparelhos do Estado*. Esse *deficit* é tão evidente que se torna inegável, embora digam eles – convém repetir – que esse é um problema que não diz respeito ao jurista, mas ao legislador e ao filósofo do Direito.

O Professor RALPH MILIBAND (1924-1994), já citado neste mesmo texto, expede as seguintes considerações a respeito desse magno *problema* da postura legalista dos Juízes quanto ao enfrentamento das iniciativas do Estado, das quais não se deve excluir a potestade de elaborar as leis escritas, porquanto é por meio delas (das leis escritas) que o aparelho estatal fixa as linhas de atuação do seu poder e formaliza as restrições aos indivíduos e às classes sociais:

*É um fato que os Juízes nos países capitalistas avançados têm, em geral, adotado uma posição deplorável em face da dissidência radical, e quanto mais radical a dissidência, tanto maior tem sido a hostilidade judiciária para com ela. O arbítrio judiciário, nesse sentido, tem sido, em geral, usado mais para apoiar do que para restringir as tentativas feitas em diferentes ocasiões pelos governos e pelos legislativos para conter, dominar ou suprimir as opiniões e atividades dissidentes. É verdade que os Tribunais ajudaram, algumas vezes, a limitar o zelo intolerante de outros elementos do sistema estatal, e a importância de tal fato não deveria ser certamente subestimada. Mas o mais comum, particularmente em épocas de crise social e de contestação, e nas circunstâncias de uma permanente*

*guerra fria, é que os Juízes tenham demonstrado uma disposição para compartilhar o zelo da autoridade repressiva e a encarar a restrição às liberdades civis que daí resulta como um mal menor ou até mesmo a não considerá-la como um mal (O Estado na Sociedade Capitalista, tradução de Fanny Tabak, Rio de Janeiro, Zahar, 1972, pp. 174/175).*

Essa postura judicial parece fundar-se na *pré-compreensão* de que as leis escritas *são a única forma – ou a forma definitiva – de prevenir, administrar e resolver os conflitos que a sociedade sempre produz*, por isso as proposições lógicas (ou pré-estabelecidas) das leis escritas carregam em si uma espécie de pretensão – *augusta pretensão* – ao *monopólio das soluções possíveis dos casos controvertidos*, quando na verdade existe, diante do agente solucionador das controvérsias, um *leque vasto* de alternativas e de definições adequadas, entre as quais ele (o agente julgador ou solucionador das questões) encontrará aquela que é a legítima.

A legitimidade – e não a legalidade – passaria a ser, portanto, no contexto das reflexões jurídicas, a estrela guia da decisão.

O Professor EROS GRAU mostra que a problematização da escolha dessa solução passa, em primeiro lugar, pela aceitação de que haveria *mais de uma solução correta*; assim ele explana a sua visão sobre a *pluralidade de soluções, todas igualmente corretas*, o que evidencia a necessidade de o dito agente jurídico solucionador atentar, criteriosamente, para a escolha da solução *mais justa*, dentre as múltiplas soluções igualmente cabíveis:

*A suposição da existência de apenas uma definição verdadeira – exata – é insatisfatória, no âmbito do Direito. Não há, nele, uma definição exata de qualquer termo conceitual, mas sempre um elenco de significações, de cada termo, conversível em elenco de definições corretas. Vimos já que, no Direito, para cada problema podem ser discernidas inúmeras soluções, nenhuma delas exata, porém todas corretas. O dinamismo e a complexidade da realidade social reclamam a disponibilidade de um arsenal de soluções corretas a serem adotadas pelo aplicador do Direito (Direito: Conceito e Normas Jurídicas, São Paulo, RT, 1988, p. 78).*



O *problema* de como se dará a identificação da escolha da solução *mais justa*, entre as *várias possíveis*, não é um problema de escolha arbitrária ou subjetiva do julgador, como poderia, à primeira vista, parecer, *como se fosse um jogo aleatório*, porquanto, na verdade, *somente uma delas se reveste de legitimidade jurídica para a função de resolução do caso conflituoso*.

Essa é uma questão que incomodou, durante muito tempo, os juristas que se emaranharam nas reflexões sobre a *justiça das decisões judiciais*, convencidos de que é pelas decisões virtuosas dos Juízes que se poderão implantar os critérios da justiça, porque as leis escritas se dirigem por outros critérios.

A primeira *escola judicial* que se formou sobre o tema – e que veio, durante séculos, a vitoriar sobre as demais proposições – foi aquela que apregoava a *adstrição do julgador às palavras das leis*, chegando-se ao exagero – manifesto exagero – de dizer-se que *o Juiz é a boca da lei*.

Contudo, essa escola veio posteriormente a perder legitimidade e o seu prestígio declinou, à medida em que se revelou que as leis (mesmo se desprezando o processo elitista de sua formação) não podiam prover – *e não proviam mesmo* – as regras para o equacionamento das várias questões, isto é, *as leis não dispensavam as avaliações dos julgadores*, assim se deslocando a análise da questão da legitimidade do Direito para os critérios, os limites e os fundamentos da elaboração da decisão judicial.

A impossibilidade de previsão, nas leis escritas, das soluções dos casos ou dos problemas concretos deriva, na essencialidade de sua longa história, de que os atos humanos, as condutas das pessoas e as surpresas de suas relações sociais *são completamente rebeldes a tratamentos apriorísticos ou generalistas*, precisamente porque decorrem de manifestações subjetivas irrepetíveis e subjetivamente variáveis de uma para outra pessoa, ou seja, são sempre *contextuais*.

Por isso os *detalhes* das coisas e das relações sociais e jurídicas – que somente se percebem na atividade judicial, não nas proposições legais

– é que devem guiar as pesquisas das soluções dos seus conflitos,  *vindo dessa incontornável exigência, incontornável e óbvia exigência, a clareza do sol nordestino quanto à inadequação das leis escritas para fornecer in abstracto as soluções dos problemas concretos*; essa observação parece ser algo realmente inegável.

Diante disso, ressurgiu em plenitude a necessidade de atribuir ao Juiz um papel da mais capital relevância, um papel indescartável e insubstituível, em face daquela perplexidade, a saber, a de identificar a *solução mais justa para se aplicar a determinado caso concreto*.

Foi aqui que os Juízes hesitaram em abarcar, com ousadia, a tendência que então se delineava de acolher uma quota maior de liberdade na definição da solução buscada para o caso em exame: preferiram se acostar à segurança formal das leis escritas e, assim, *fixaram-se, mais uma vez, no Legalismo, acomodaram-se à sombra confortável de suas literalidades, unguidas pela oficialidade própria das coisas do Estado*, dando novo impulso à sua ideologia positivista.

Nesse contexto, estando o Direito identificado com as leis escritas e estas identificadas, por sua vez, com a força do Estado, a sua aplicação acrítica levava, inevitavelmente, como levou, a *soluções judiciais ilegítimas*, embora possam – como é óbvio – revestir-se de legalidade; mas a manutenção desse quadro mostra-se evidentemente *precária*, não sendo possível que resista por muito tempo ainda, consoante o Professor DALMO DE ABREU DALLARI expôs com irrespondíveis argumentos de ordem jurídica (O Renascer do Direito, São Paulo, Bushatsky, 1976, pp. 15/18 e 91/93).

O jurista dinamarquês Professor ALF ROSS (1899-1979), que não pode, de modo algum, ser apontado como adepto ou mesmo sequer simpatizante de qualquer modalidade de *direito livre*, rende-se à evidência de que as decisões inspiradas na equidade (no valor da 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, assim, retorna-se à racionalidade formal:

*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. 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* (Direito e Justiça, tradução de Edson Bini, São Paulo, Edipro, 2007, pp. 328/329).

Vê-se, no insuspeito magistério do Professor ALF ROSS, que o Direito, mesmo o Direito legislado ou positivado, *tem os seus momentos* – e não são raros esses momentos – *de pura irracionalidade lógica ou de descontinuidade hermenêutica*, o que significa, concretamente, a oportunidade para a atuação criativa da *doutrina judicial do Direito*, oportunidade que é (até) muito mais do que apenas uma oportunidade, 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*.

Os demais juristas profissionais, como os doutrinadores jurídicos e os professores de Direito, também percebem a inadequação entre as leis escritas e os valores da equidade e da justiça, *mas, em geral, sentem-se mais livres do que os Juízes para exercer com mais largueza ou maior amplitude as suas críticas*, seguramente porque as suas reverências ao Estado e aos seus poderes magníficos não se constituem – *em regra, pelo menos* – em elementos axiais, centrais ou limitadores da definição da sua atuação intelectual.

A maioria dos doutrinadores jurídicos e dos professores de Direito tende realmente a desenvolver críticas fundadas (e mesmo contundentes) aos *programas estatais* que visam impor à sociedade e aos indivíduos limitações abusivas às suas liberdades pessoais, aos seus bens patrimoniais e, ainda, aos seus direitos subjetivos *in genere*, maximamente àqueles que se referem às garantias processuais.

Mas é claro que alguns argumentos podem ser desenvolvidos a favor dessas limitações, com as quais *o Estado provê os interesses gerais, sobrepondo-os aos interesses particulares*, mas esse tipo de argumentação expressa mais um desiderato estatal do que não um valor que possa ser reconhecido em si mesmo.

A única maneira de resolver esse conflito moral é esmiuçar os detalhes das situações e excluir das decisões jurídicas os conceitos prévios que invadem os juízos e os submetem.

Afirmar, por exemplo, que o famoso quadro *A Ressurreição*, do pintor italiano PIERO DELLA FRANCESCA (1415-1492) *é uma pintura mais pagã do que cristã* – compara o Professor RONALD DWORKIN (1931-2013) – expressa um juízo prévio, uma declaração que *não tem apoio na interpretação da obra do artista* (Justiça para Ouriços, tradução de Pedro Elói Duarte, Coimbra, Almedina, 2012, p. 131), portanto não é uma *assertiva justa*, embora reproduza ou repita, como se vê, um juízo generalizado ou uma apreciação que muitos manifestam.

E esse juízo ou essa apreciação não são justas porque não refletem a apreciação analítica do observador, mas a de quem viu o quadro antes e expediu essa avaliação que tende a se expandir por força da *repetição sem crítica*.

Os doutrinadores jurídicos mais independentes e os professores de Direito mais libertos das injunções estatais são, com efeito, verdadeiros diques de contenção à *circulação impetuosa* de ideias neoconservadoras e de pensamentos jurídicos matriciados nas instâncias oficiais (estatais), assim evitando a temível *endogenia intelectual* que uniformiza ou

padroniza as criações originais, ou nivela, *pela oficialidade das coisas*, o que seria mais justo, mais certo ou até mesmo mais desejável.

Os Juízes, contudo, na sua maioria, não se abalançam com frequência à crítica das leis escritas: muito pelo contrário, estimam que os *comandos legais imperativos positivados* são ordens incontrastáveis – ou são incontrastáveis, pelo menos, nas instâncias julgadoras – tudo isso conduzindo ao *reforçamento ideológico* do Legalismo e das suas tradições, cuja *vis atractiva* parece incorporar e desenvolver uma *carga de energia metafísica*.

Mas a verdade é que as leis escritas, por serem gerais e abstratas, ostentam consequentemente estrutura aberta – essa observação é do Professor KLAUS GÜNTHER – *da qual só será possível obter um paradigma para casos claros, enquanto os casos difíceis dependerão da avaliação do Juiz* (Teoria da Argumentação no Direito e na Moral, tradução de Cláudio Molz, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 263).

## BIBLIOGRAFIA

ARENDDT, Hannah, *Origens do Totalitarismo*, tradução de Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier/Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, Rio de Janeiro, FGV, 1992.

BONAVIDES, Paulo, *Constituição e Normatividade dos Princípios*, São Paulo, Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Malheiros, 2013.

BOURDIEU, Pierre, *O Poder Simbólico*, tradução de Fernando Tomaz, Rio de Janeiro, Bertrand, 2007.

BRAUDEL, Fernand, *Gramática das Civilizações*, tradução de Telma Costa, Lisboa, 2004.

CARRIÓ, Genaro Ruben, *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

CASSESE, Sabino, *A Crise do Estado*, tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Otale, Campinas, Saberes, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *O Renascer do Direito*, São Paulo, Bushatsky, 1976.

DWORKIN, Ronald, *Justiça para Ouriços*, tradução de Pedro Elói Duarte, Coimbra, Almedina, 2012.

ENGELS, Friedrich e KAUSTKY, Karl, *O Socialismo Jurídico*, tradução de Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves, São Paulo, Boitempo, 2012.

GRAU, Eros, *Direito: Conceito e Normas Jurídicas*, São Paulo, RT, 1988.

GÜNTHER, Klaus, *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, tradução de Cláudio Molz, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

KANT, Immanuel, *Crítica da Faculdade de Julgar*, tradução de Daniela Botelho G. Guedes, São Paulo, Ícone, 2009.

LENIN, Vladimir Ilitch, *O Estado e a Revolução*, tradução de Aristides Lobo, São Paulo, Expressão Popular, 2010,

LEONI, Bruno, *Liberdade e a Lei*, tradução de Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira, São Paulo, MisesBrasil, 2010.

LLOYD, Dennis, *A Ideia de Lei*, tradução de Álvaro Cabral, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

MILIBAND, Ralph, *O Estado na Sociedade Capitalista*, tradução de Fanny Tabak, Rio de Janeiro, Zahar, 1972.

MOSSÉ, Claude, *Péricles*, tradução de Luciano Vieira Machado, São Paulo, Estação Liberdade, 2008.

POPPER, Karl, *Conjecturas e Refutações*, tradução de Sérgio Bath, Brasília, UnB, 2008.

RECASÉNS SICHES, Luís, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1980.

ROSS, Alf, *Direito e Justiça*, tradução de Edson Bini, São Paulo, Edipro, 2007.

SALDANHA, Nelson, *Legalismo e Ciência do Direito*, São Paulo, Atlas, 1977.

SANTÍS MELENDO, Santiago, *El Juez y el Derecho*, Buenos Aires, Espósito, 1957.

TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, tradução de Mário da Gama Kury, Brasília, UnB, 1982.

**FORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL  
NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



*Sidnei Beneti*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





**FORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
*Ministro Sidnei Beneti\**

SUMÁRIO: 1.- O “Jubileu de Prata” do STJ na jurisprudência nacional; 2.-Jurisprudência do Tribunal; 3. Jurisprudência Nacional; 4.- Dificuldades na formação da jurisprudência nacional; 5.- A dispersão expositiva dos recursos; 6.- A forma das decisões e “colagem” por computador; 7.- Dimensões das petições recursais e anonimato de precedentes; 8.- Decisões unipessoais; 9.- Caráter dispersivo e fragmentário da organização judiciária e ausência de especialização; 10.- Mudanças de julgadores e “quorum” de julgamentos; 11.- Recursos “transversais” entre as unidades jurisdicionais; 12.- Falta da prévia “Conference”; 13.- Desistências recursais; 14.- Pautamento e intimação de julgamentos; 15.- Observância do Juízo Natural colegiado sem substituições episódicas; 16.- “Leave to appeal” ou filtros processuais de “irrecebibilidade”, Recursos Repetitivos e o NURER-STJ; 17.- Seleccionabilidade e caráter nacional do julgamento de ação coletiva; 18.- Encerramento.

**1.- O “JUBILEU DE PRATA” DO STJ<sup>1</sup> NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL**

Vinte e cinco anos de vida do Superior Tribunal de Justiça são pouco nos séculos de história do Brasil. Mas, no seu “Jubileu de Prata”, é visível

---

\* Ministro do Superior Tribunal de Justiça; Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP; Professor Titular Aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo-SP; Ex. Presidente e Presidente Honorário da União Internacional de Magistrados UIM – Roma; Ex-Diretor-Presidente da Escola Nacional da Magistratura-AMB; Ex-Secretário Geral Executivo da Escola Paulista da Magistratura – e, permita-se registrar, ora “Decano de Exercício da Magistratura entre os Ministros dos Tribunais Superiores”, próximo, contudo, da idade compulsória (28.8.2014)!

a extraordinária contribuição do Tribunal à formação da jurisprudência na interpretação da lei federal para toda a sociedade brasileira – bastando lembrar a decisiva atuação na implantação do Direito do Consumidor no país<sup>2</sup>, entre tantos temas<sup>3</sup>.

O conhecimento dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça é essencial para todos os profissionais do meio jurídico e para empresas e cidadãos. O acesso constante aos julgados do Tribunal, em pesquisas pelo “Site” da Corte, e a marcante presença desses julgados nos repertórios de jurisprudência demonstram a extraordinária relevância da orientação jurídica do Tribunal.

Quem tem olhos para ver, verá os julgados do Superior Tribunal de Justiça nas mesas e computadores de trabalho de todos os profissionais do meio jurídico. Verá que sobre eles se debruçam advogados, aconselhando os clientes na realização de contratos, na prática de atos

---

<sup>1</sup> Nos Vinte e Cinco anos do Tribunal, é tempo de agradecer aos seus extraordinários Servidores. Dedico o presente trabalho, com gratidão e afeto, aos queridos Servidores de meu Gabinete no Superior Tribunal de Justiça, que, com incedíveis dedicação e competência, têm comigo enfrentado a gigantesca carga de serviço. No meu primeiro ano no Tribunal (2008), foram julgados 20.853 votos e decisões monocráticas, o recorde até hoje no Tribunal; no ano de 2013, 18.063 julgados (decisões monocráticas e votos), a maior produção geral no ano; o Gabinete findou o ano com um acervo de apenas 1.715 processos; quando foram recebidos 11.189 processos novos no ano. Muito obrigado. Sidnei Beneti.

<sup>2</sup> V. SIDNEI BENETI: “O Fator STJ no Direito do Consumidor Brasileiro”, em PATRÍCIA GALINDO DA FONSECA, FABIANA D’ANDREA RAMOS E THIERRY BOURGOINGNIE, “A Proteção do Consumidor no Brasil e no Quebec: Diálogos de Direito Comparado”, Niterói, Editora da UFF, 2013, p. 301.

<sup>3</sup> Relembre-se, p. ex., que o STJ vem concretizando a definição jurisprudencial relevante em múltiplos temas, como, no Direito Público, referentes ao INSS, tributos, matérias administrativas, improbidade administrativa, no Direito Privado, fornecimento de medicamentos e atendimento por planos de saúde, a massa infundável de questões bancárias, de sistemas corporativos de telefonia, proteção a crédito, concorrência, direitos autorais, patentes, o novo Direito de Família e o novo Direito das Sucessões etc, no Direito Criminal, relativas a novos tipos penais e direitos fundamentais no processo. E tudo sob a ainda não completada definição concreta de inúmeras questões constitucionais, sob necessário exame do STF como Corte Constitucional – de modo que o STJ, além da dificuldade de cotejamento dos preceitos das numerosas leis infraconstitucionais de todas as naturezas, vê, ainda, a todo o tempo, o trabalho duplicado pela atenção à provisoriedade da própria interpretação, ante a mutabilidade da aparente base constitucional, em fase de definição pelo Supremo.

jurídicos e na preparação para a litigância, o mesmo ocorrendo com os próprios agentes da vida jurídica no âmbito nacional e estrangeiro.

A previsibilidade da interpretação jurídica constitui anseio nacional, fator de estabilidade das relações sociais, econômicas, políticas e administrativas e elemento necessário ao desenvolvimento econômico e ao aprimoramento dos fatores civilizatórios profundos subjacentes na sociedade brasileira.

Nos vinte e cinco anos de vida do Superior Tribunal de Justiça, novas exigências e condições surgiram no meio judiciário nacional. A própria Magistratura veio a criar condições de observar o funcionamento do mecanismo formador da jurisprudência estável para todo o país. E inicia, agora, a Magistratura, a análise, por dentro, do próprio mecanismo processual do sistema em que vive. Bem-vinda a análise da Magistratura, naturalmente concreta, banido o nocivo teorismo nutrido de proposições, muitas das quais preconcebidas em abstrato! Lembra o certeiro relato de JOAQUIM NABUCO, contando que só pôde realmente compreender o sistema constitucional inglês pela leitura da obra simples de BAGEHOT<sup>4</sup>, que “não tem dessas intuições retrospectivas, dessas vistas gerais locais; o que tem é a compreensão, a adivinhação do maquinismo que vê funcionar. Tomando a Constituição inglesa como se fosse um relógio de catedral, outros saberão melhor a história desse relógio, modo da sua construção, as alterações por que passou, as vezes que esteve parado, ou explicarão o simbolismo das figuras que ele põe em movimento, quando o seu poderoso martelo bate as horas do dia; ele, porém, conhece melhor o mecanismo atual que simplifica, explicando-o”<sup>5</sup>.

Quanta falta fazem as obras judiciárias sistemáticas dos próprios magistrados brasileiros sobre o funcionamento detalhado do sistema

---

<sup>4</sup> WALTER BAGEHOT, “The English Constitution”, London Edinburgh, Dublin, New York, Thomas Nelson & Sons, 1872.

<sup>5</sup> JOAQUIM NABUCO, “Minha Formação”, Brasília, ed. Universidade de Brasília, 1963, p. 13 e seguintes.

judiciário – omissos em assistir impassíveis à análise de observação externa, forçosamente de superfície. Pode-se transpor a sabedoria de LAO-TSÉ para a conclusão de que, “se aquele que sabe não fala, falará quem não sabe”<sup>6</sup>.

Afinal de contas, como ocorre no tocante à ética judicial, em que tão necessário o abandono de proposições teóricas em prol da análise de situações concretas<sup>7</sup>, deve-se contribuir com observações também hauridas na observação concreta, ensejadas pela longa carreira do autor deste escrito<sup>8</sup>.

## 2.- JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL

A necessidade de formação de jurisprudência deriva diretamente da possibilidade de discrepância entre julgamentos individuais, em decorrência da individualidade de cada julgador.

Juízes divergem entre si, por mais imparciais e aplicados que sejam. JOHN ANTHONY MALTESE, em livro extremamente crítico, a começar do título (“The Selling of Supreme Court Nominees”), sobre os *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos, assinala: “In theory, impartial judges who objectively apply the law according to established standards of interpretation should all reach the same ‘correct’ decision in cases that come before them. In practice, judges hold different

---

<sup>6</sup> A frase original de LAO-TSÉ da “Regra Celestial” assim se formula: “Aquele que sabe não fala; aquele que fala, não sabe”.

<sup>7</sup> Em uma das mais interessantes obras sobre ética judicial já publicadas, com a experiência de Magistrado, J. THOMAS adverte: “This is a practical subject. Problems of judicial conduct are best illustrated by actual rather than theoretical examples of behavior” (JAMES BURROWS. THOMAS, “Judicial Ethics in Australia”, Sydney, LBC Information Services, p. VII).

<sup>8</sup> O autor tomou posse, aprovado em 2º lugar, no cargo de Juiz Substituto na Magistratura do Estado de São Paulo no dia 14.02.1972, como 2º Juiz Substituto de Rio Claro, depois, ante a extinção do cargo, havendo inaugurado o cargo de Juiz Substituto de Limeira; no Interior, morando com a família nas Comarcas, Palestina (1ª Entrância), Santa Cruz do Rio Pardo (2ª Entrância), 3ª Vara de São Bernardo do Campo, desdobrada para 3ª Vara Cível (3ª Entrância), Tribunal de Alçada Criminal (cerca de 7 anos), 1º Tribunal de Alçada Civil (cerca de 4 anos) e Desembargador por aproximadamente 10 anos do Tribunal Justiça (então com 112 Desembargadores), nas Seções de Direito Privado e Direito Público, cuja presidência inaugurou e exerceu por dois anos.

views about how to interpret legal texts. As human beings, judges are influenced, at least in part, by their backgrounds, personal predilections, and judicial philosophies. Quite simply, different judges often reach very different conclusions when confronted with the same case”<sup>9</sup>.

É necessário formar jurisprudência estável para todo o país na interpretação da lei infraconstitucional. Para isso foi criado o Superior Tribunal de Justiça. Os arts. 104 a 105 da Constituição Federal dispõem a respeito do Superior Tribunal de Justiça, organizando-o como Corte nacional competente para a interpretação da lei infraconstitucional. Quer dizer que deve, o STJ, realizar a depuração, mediante confronto dos julgados que se proferem em todo o País pelos diversos juízos e tribunais estaduais e federais para, em operação de abstração, ao exame de precedentes individuais, realizar a extração do sentido essencial da interpretação dos textos das leis infraconstitucionais.

A operação é tipicamente de Lógica Formal, integrando o largo espectro da consequencialidade das ideias e termos, em que se funda toda a congruência, ou, tecnicamente, a consequencialidade, do raciocínio humano. A jurisprudência funda-se na operação mental de abstração, ou seja, em vários precedentes individuais isola-se a *substância*, o que *sub+está*, a essência, e na substância é que se situa a jurisprudência. Mecanismo mental, pois, de abstração. Na frase lapidar de GOFFREDO DA SILVA TELLES JR, “*abstração* é palavra que designa o ato intelectual de separar o que é sempre o mesmo, em cousas que são diversas. Designa o ato de pôr de lado o que individualiza os seres singulares e reais, e de ficar com o que é comum a esses mesmos seres. Ou, ainda, o ato de descobrir, de delivrar, nos seres do mundo real, os tipos de ser que eles realizam. Abstração é, em suma, o ato de libertar o universal da ganga dos elementos individualizadores. E esse universal é que constitui a *ideia*”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> JOHN ANTHONY MALTESE, “The Selling of Supreme Court Nominees”, Baltimore and London, the Hopkins University Press, 1995, p. 117.

<sup>10</sup> GOFFREDO DA SILVA TELLES JR, “Curso de Lógica Formal – Tratado da Consequência”, São Paulo, José Buschatsky Editor e Editora da Universidade de São Paulo, 3<sup>a</sup>. ed., 1973, p. 21.

A função do Superior Tribunal de Justiça, como Corte nacional, no sistema de organização judiciária do país, consiste em, pela operação de abstração à análise dos precedentes individuais, extrair a ideia universal jurídica que constitui a jurisprudência.

Vê-se que o Superior Tribunal de Justiça possui missão constitucional muito mais profunda que a por vezes erroneamente imaginada de julgar conflitos individuais trazidos pelos jurisdicionados. Acima de cada litígio unitário e além do interesse de cada litigante, compõe o Superior Tribunal de Justiça a visão panorâmica do conjunto. Em outras palavras, exige-se a visão de toda a sociedade que frequenta os autos vindos a exame no Superior Tribunal de Justiça.

Daí se segue que o julgamento do Superior Tribunal de Justiça é de interesse, antes de mais nada, de toda a sociedade brasileira. Quando as partes trazem o caso ao Superior Tribunal de Justiça, buscando a reforma do julgado do tribunal de origem, que as desfavoreceu, fazem-no implicitamente pedindo, em primeiro lugar, a proclamação da jurisprudência para toda a sociedade nacional e, apenas em segundo lugar, a reforma do julgado para que o julgamento que as desamparou seja corrigido de acordo com a jurisprudência, que se proclame.

As partes e seus Advogados, evidentemente, em regra não mentalizam esse processo ínsito aos recursos trazidos ao Tribunal. Mas ele é a essência, ou, tecnicamente, a categoria, no sistema.

A proclamação da jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça não se realiza, imediatamente, no interesse das partes, mas, sim, de toda a sociedade, embora mediatamente é que declara o direito das partes – substituindo-as, como está em CHIOVENDA, na interpretação concreta do texto abstrato da lei, a elas, que, em lide, não conseguem espontaneamente interpretá-lo sem a judicialização.

### **3.- JURISPRUDÊNCIA NACIONAL**

Aí se situa, com precisão, a noção de jurisprudência. Precedentes são individuais; jurisprudência é o extrato essencial dos precedentes

individuais, ou seja, descartam-se as acidentalidades dos precedentes individualmente considerados e isola-se o núcleo essencial presente em todos, isto é, o sentido da jurisprudência, vale dizer, o sentido da interpretação da lei que deve prevalecer para a sociedade nacional. A lei, que é abstrata, passa a se explicitar para os casos concretos ocorrentes na sociedade. Estabelecer a jurisprudência, essa é a missão constitucional do Tribunal – a formação da jurisprudência.

E ainda que não fosse a missão constitucional, mesmo que não existisse uma Constituição Federal escrita a incumbir o Tribunal de tal encargo, ainda assim um Tribunal de características nacionais, a proferir julgamentos para todo o Estado, sempre teria a finalidade de formação de jurisprudência. É o que ocorre, por exemplo, no Reino Unido, em que jamais houve Constituição escrita, mas em que o grupo dos *Law Lords*, integrantes da Câmara dos Lordes, por vários séculos, vem estabelecendo o que se entende por jurisprudência nacional, apenas recentemente se criando uma Corte Constitucional<sup>11</sup>.

Não escapou, aliás, à abissal profundidade do pensamento de ARRUDA ALVIM, sempre benfazejo em oferecer a imensa cultura, à intelectualidade jurídica, que, além do Supremo Tribunal Federal, também os demais Tribunais Superiores proclamam o Direito para toda a sociedade: “É nesta segunda perspectiva, em grau máximo, que se inserem, por excelência, especialmente as decisões do STF, o que, ainda que em menor escala, ocorre com tribunais de cúpula”, assinalando que “esta é a razão em virtude da qual tais pronunciamentos

---

<sup>11</sup> Sobre sistemas processuais, excelente introdução está em JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Org.), “Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo”, Lex Editora, São Paulo, 2010), com cuidadas exposições de FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, RICARDO DE BARROS LEONEL, GUILHERME JOSÉ BRAZ DE OLIVEIRA, LIONEL ZAELIS, LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, GLÁUCIA MARA COELHO e JOSÉ RUBENS DE MORAES dos Direitos Processuais Cíveis alemão, belga, espanhol, francês, grego, holandês, inglês, italiano, português e suíço. Também: JOHN BELL, Org, “Judiciaries within Europe”, “Cambridge University Press, Cambridge, 2006, com informes sobre Judiciários francês, alemão, espanhol, sueco e inglês.



– independentemente da repercussão social – exorbitam do interesse das partes, projetando-se para toda a sociedade a verdade do seu entendimento e nesta influindo”<sup>12</sup>.

#### **4.- DIFICULDADES NA FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL**

A proclamação da jurisprudência nacional pelo Superior Tribunal de Justiça vem sendo dificultada por numerosa série de fatores, alguns externos a ele e outros internos – muitos anteriores ao ingresso do processo no Superior Tribunal de Justiça.

Pode-se, com propriedade, falar na ocorrência, atualmente, de obstrução da missão constitucional de formação da jurisprudência nacional, ou em situações de perda da oportunidade de firmar a jurisprudência nacional, o que provoca o terrível efeito da alimentação interminável do recorrer repetitivo ao Superior Tribunal de Justiça, vindo a ele milhares de recursos com a mesma matéria, que já devia, antes, ter sido julgada, e muitas vezes já o terá sido, ao início da formação de verdadeira “*macro-lide*” nacional<sup>13</sup>.

Alinham-se, a seguir, os principais focos de dispersão da jurisprudência e entraves à formação célere de jurisprudência estável para o país por intermédio do Superior Tribunal de Justiça.

#### **5.- A DISPERSÃO EXPOSITIVA DOS RECURSOS**

---

<sup>12</sup> “A EC n. 45 e o Instituto da Repercussão Geral”, em TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, LUIS RODRIGUES WAMBIER, LUIZ MANOEL GOMES JR, OCTÁVIO CAMPOS FISCHER e WILLIAM SANTOS FERREIRA, Organizadores, “Reforma do Judiciário - Primeiras Reflexões sobre a EC n. 45/2004”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

<sup>13</sup> Sobre “macro-lide”, o termo foi usado pela primeira vez no Direito brasileiro, pelo autor, em escrito de 2006, SIDNEI BENETI, “Assunção de Competência e *Fast-Track* Recursal”, em FLÁVIO YARSHELL e MAURÍCIO ZANOIDE, Coordenadores, “Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover”, Ed. DPJ, 2005. DPJ, 2005, p. 799-799. Na jurisprudência, o termo foi usado também pela primeira vez no julgamento de caso de reposições inflacionárias em Cadernetas de Poupança, diante de Planos Econômicos (REsps n. 1.107.201/DF e 1.147.595/RS – Dje 6.5.2011 – Rel. Min. SIDNEI BENETI).

Constitui verdadeira praga que vem dos séculos a dispersão da caracterização do que se pretende em juízo no Brasil. O problema se inicia em primeiro grau, em que as petições passaram a oferecer ao Poder Judiciário pretensões desprovidas de objetividade concreta, de tal maneira que se implanta no sistema verdadeira opacidade de entendimento das pretensões e de seus fundamentos a partir do momento em que incoada a ação.

Acrescente-se a inexistência de limitação legal à dimensão do escrito recursal<sup>14</sup> disposto e ajunte-se a inexigibilidade de atendimento de regras expositivas formais, apenas o sistema se contentando com determinações genéricas vindas do Código de Processo.

Por exemplo, os pedidos, em grande parte dos processos, não são certos e determinados, mesmo quando deduzidos com essa pretensão. O teste claro se realiza pela resposta à seguinte pergunta: será exequível a sentença que simplesmente transcrever os termos do pedido constantes da petição inicial? Ou: necessitará de mais atividades concretizadoras e determinadoras, que restem ao deslinde jurisdicional e, conseqüentemente, passíveis de dispersão interpretativa? .

Tal opacidade se propaga ao recurso, tornando-o de difícil enfoque. Abandona-se, em inúmeras vezes, o primeiro requisito redacional do recurso, que é a comunicação direta ao julgador, que deve ser facilitada. THEOTÔNIO NEGRÃO já advertiu que o Juiz, sempre sobrecarregado de escritos para ler, não é um bom leitor, de modo que se deve chegar a ele com linguagem direta, simples e clara<sup>15</sup>. E em didática série expositiva, sugestivamente denominada “A Orelha do Juiz”, LOUIS LeBEL explicou como deve ser apresentado o recurso

---

<sup>14</sup> Dimensão excessiva muitas vezes justificada por fundo temor de não conhecimento, devido a incidências de Súmulas restritivas, como as relativas a fatos (Súmula 7/STJ), a matéria contratual (Súmula 5/STJ) e, ainda, à ansiedade de prequestionamento – que, aliás, provoca enorme quantidade de Embargos de Declaração nos Tribunais de origem, tornando mais difícil a compreensão do recurso, dada a quantidade de escritos para confrontar.

<sup>15</sup> THEOTÔNIO NEGRÃO, “A Linguagem do Advogado”, Rev. de Processo, São Paulo, Rev. dos Trib., vol. 49/83.

à Corte Suprema do Canadá, enquanto que LOUISE MAILHOT igualmente o fez relativamente à Corte de Apelação, finalizando, com elegante citação de Voltaire, que “L’oreille est le chemin du coeur”, e que “pour les juges, c’est aussi le chemin du discernement et celui qui mène au jugement”, de modo que “les avocats ont donc avantage à se faire entendre et bien comprendre à toutes les étapes du procès d’appel devant la Cour d’appel s’ils veulent avoir quelque chance de succès”<sup>16</sup>.

Diferentemente dos sistemas mais consistentes e apropriados à formação célere de jurisprudência estável, os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, nas diversas modalidades, não separam a exposição dos fatos daquilo que é essencial ao entendimento e necessário a determinar o extrato da pretensão recursal, que é, recorde-se, a interpretação da Lei nacional – e não o reexame de toda a controvérsia deduzida desde o início do processo<sup>17</sup>.

Repita-se que não se exige que haja, destacadamente, capítulo inicial do recurso, referente à exposição dos fatos<sup>18</sup>, tal como resultam dos julgados, para, em novo capítulo isolado, deduzir-se a confrontação interpretativa dos dispositivos legais.

A exposição recursal termina sendo complexa, sinuosa, passando à mistura da narrativa dos fatos com a referência aos dispositivos legais, e termina com a solicitação da justiça, em vez de findar-se, como se exige em tantos sistemas estrangeiros, que determinadas disposições legais sejam interpretadas na forma resumida pelo recorrente. A diferença é

---

<sup>16</sup> LOUIS LeBEL et PIERRE VERGE, “L’Oreille du juge”, “études à la mémoire de M. Robert P. Gagnon”, Cowansville, Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc, 2007, p. 123.

<sup>17</sup> EGON SCHNEIDER destaca que tantas vezes a própria parte ao ajuizar não imagina as dificuldades do processo que iniciam: “Gerade der Anfänger ahnt nicht, welche Schwierigkeiten sich ihm in den Weg stellen können, wenn er bei Beginn seiner Arbeit den Klageantrag nicht genau prüft” (“Richterliche Arbeitstechnik”, München, Verlag Franz Vahlen, 1991, p. 9-10).

<sup>18</sup> Fatos – “What happened? that is a crucial question, in all cases. If the parties agree on the facts, the judge can apply the law and give a judgement. If, however, the parties disagree on the facts, the method of finding facts that has been developed by the legal system must be used” (FREDERICK G. KEMPIN, JR, “Historical Introduction to Anglo-American Law”, St. Paul, Minn. West Publishing Co, 3ª ed., 1990, p. 48).

marcante se tomarmos, por exemplo, as petições de recursos que vêm para as Cortes Supremas dos Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, a que se agregam os demais países integrantes do mesmo sistema.

Uma petição de recurso para a Corte Suprema desses países obrigatoriamente observa modelo-formulário, em que devem ser expostos, em espaços precisamente determinados e instituídos por norma regulamentar<sup>19</sup>, o resumo de qual foi a interpretação da lei dada ao caso concreto, e isso não raro com número de caracteres obrigatoriamente observável, e, a seguir, em espaço separado, a indicação precisa, também sobre números de caracteres determinados, de como, exatamente, como se fosse um dispositivo preciso de sentença, o recorrente sustenta que deva ser decidido.

Note-se que, em um sistema como esse, a pretensão à proclamação do direito nacional se ajusta, afina-se, não se dispersa, como que conduzindo, afinal, a uma dicionarização de verbetes, que passam, posteriormente, a ser de fácil entendimento para todos os profissionais do Direito – magistrados, advogados e os demais – bem como para todos os cidadãos que se envolvem na prática de atos jurídicos na vida.

A diferença do sistema se torna evidente à simples leitura das petições nacionais e estrangeiras e aludido sistema.

## **6.- A FORMA DAS DECISÕES E “COLAGEM” POR COMPUTADOR**

Notável no Brasil a aptidão dispersiva do resumo final das decisões que constituíam os precedentes dos tribunais. Instituiu-se um sistema

---

<sup>19</sup> Entre os Regulamentos de recursos para as Cortes Superiores, talvez o mais notório e eficiente seja o instituído pela chamada “Reforma TAFT” da Corte Suprema dos Estados Unidos (cf. PETER G. FISCH, “William Howard Taft and Charles Evans Hughes: Conservative Politicians as Chief Judicial Reformers”, em “the Supreme Court Review”, 1975, by Philip B. Kurland (1976), pp. 123-45; Chicago, University of Chicago Press).

por ementas<sup>20</sup>, que, se por um lado facilita o trabalho, por outro se prestam, em nosso sistema, a marcante dispersão, com a gravidade de legalmente remontarem à redação do próprio relator.

As ementas, elaboradas, sob diferentes estilos e enfoques, pelo relator de cada um dos julgados, não se apresentam com redação uniformizada, de maneira que a confrontação das ementas impõe inserção de operação interpretativa entre elas. E elas, as ementas, que deveriam sintetizar os julgamentos, visto que redigidas diferentemente em cada um dos julgados, acabam alimentando a aporia do sistema, servindo de pretexto argumentativo para apresentação como se fossem diferentes de julgados que, no fundo, são idênticos<sup>21</sup>. Mesmo quando constantes da mesma folha de papel dos julgados, como ocorre, por exemplo, nos julgamentos das Cortes Supremas (Federal e Estaduais Norte Americanas), as ementas não podem ser citadas nas pretensões das partes, nem nos Acórdãos dos julgadores – tanto que essa observação vem com todas as letras em cada um dos julgados da Corte Suprema dos Estados Unidos.

O recente fenômeno da “colagem”, de precedentes e de doutrina, nas petições e julgamentos, prejudica em muito a congruência jurisprudencial, pois os casos tantas vezes são tratados desindividualizados, deixando-se de lado o “mergulho” no caso, para a busca do núcleo substancial do caso! A “colagem”, contudo, implantou-se no sistema judiciário da atualidade, tornada imprescindível ante a imensa massa de trabalho que frequenta as mesas de todos os profissionais do Direito – inclusive Advogados e Magistrados.

---

<sup>20</sup> Nas jurisdições estrangeiras, a ementa (“syllabus”, headnote), evidentemente, não integra o julgamento, nem pode ser citada por si só. Os impressos de julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos expressamente advertem: “Note: Where it is feasible, a syllabus (headnote) will be released, as is being done in connection with case, at the time the opinion is issued. The 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 Lumber Co*, U. s. 321.337”.

<sup>21</sup> Ementas nos sistemas mundiais não integram os julgados; são, em verdade, originárias da necessária catalogação dos julgados para busca nos repertórios de jurisprudência; originam-se, portanto, da obra de editores de repertório de jurisprudência, e não de julgadores, de modo que não se aparentam como proclamação estatal de julgamento.

Em verdade, o problema judiciário nacional situa-se na imensa quantidade de processos, sem dúvida, nos Tribunais recursais, a maior do mundo – sendo tudo o mais consequência dessa distorção.

### 7.- DIMENSÕES DAS PETIÇÕES RECURSAIS E ANONIMATO DE PRECEDENTES

Recursos para Tribunais Superiores, nos sistemas recursais mais eficientes, forçosamente obedecem a número limitado de caracteres, estabelecido por lei ou norma regulamentar. Evita-se a dispersão da escrita e a aparência para o leigo de que o escrito longo mais fundamenta, quando, na verdade, é da experiência comum, que mais dispersa e desserve à boa causa, fazendo com que o julgador se perca na análise da questão, valendo muito em Juízo a célebre advertência de HEGEL, de que “quem exagera no argumento perde a causa”.

E, ainda, muitos sistemas estrangeiros prosseguem, obrigando a anexação de apenas extrato de “*leading cases*”, banida, sempre, a transcrição integral de precedentes multitudinários – até porque, afunilada a controvérsia, os precedentes se tornam em número reduzido, de forma que passam a ser conhecidos por todos os usuários do sistema jurídico. Além disso, precedentes para serem atendidos é necessário que se identifiquem de imediato, *icto oculi*, como os seres humanos se identificam por seus nomes. Daí se segue que, em sistemas mais precisos, os precedentes têm realmente nome que são os nomes das partes, reais ou fictícias para o caso, a eles dados<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> V. decisões históricas da Corte Suprema dos Estados Unidos, em JAMES DALEY, “Landmark Decisions of the U.S. Supreme Court, Mineola, NY, Dover Publications, Inc., 2006, com reproduces integrais dos Leading Cases “Marbury v. Madison (1803), Dred Scott v. John E. A. Sandford (1856), “Plessy v. Ferguson” (1896), “Brown v. Board of Education” (1954 e 1955), “Engel v. Vitale (1962), “New York times Co. v. Sullivan” (1964), “Miranda v. Arizona” (1966), “Roe v. Wade” (1973), “Bush v. Gore” (2000) e “Gratz v. Bollinger” (2003). Todos os casos são identificados pelos nomes, o que facilita a memorização pelo meio jurídico e pela população, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que os casos são indicados pelos números do recurso ou do repertório de jurisprudência, tornando-se obscuros e desconhecidos.

É marcante a diferença na opacidade intelectual dos precedentes no caso brasileiro. Os precedentes são referidos por números dos processos ou, por vezes, números de volume e páginas dos repertórios de jurisprudência que os reproduziram. Dificilmente se encontrará quem, de memória, entre os especialistas do assunto, os identifique. É impossível o conhecimento do conteúdo dos precedentes pelos usuários jurídicos comuns não especializados, da mesma forma que inimaginável pensar no conhecimento dos precedentes pela população em geral<sup>23</sup>.

## 8.- DECISÕES UNIPESSOAIS

Impossível exagerar a relevância da atuação do Relator no sistema de julgamento nos Tribunais nacionais<sup>24</sup> – diferentemente do que ocorre em sistemas estrangeiros em que efetivamente nem se destaca a figura do Relator, registrando-se, apenas, o redator final do julgamento, após o debate integral do caso entre todos os julgadores, algo, permita-se a simplificação comparativa, à moda da ata final do julgamento.

O *monocratismo* que veio a se instaurar no sistema dos Tribunais Superiores brasileiros é extremamente nocivo à formação de

---

<sup>23</sup> A identificação pelo nome das partes não interfere em nada no devassamento de privacidade, pois, mesmo nos sistemas mais abertos em que se indicam os nomes das partes em toda e qualquer questão criminal ou cível, inclusive de família, podem, por vezes, ser criados, diante de necessidade específica do caso, nomes fictícios (por exemplo, a Sra. Roe, de Roe versus Wade, pretendente ao aborto, não tinha esse nome).

<sup>24</sup> WANESSA DE CÁSSIA FANÇOLIN detém-se, com o socorro do extraordinário BARBOSA MOREIRA, sobre o fenômeno atual do monocratismo ao analisar o poder do Relator: “Ainda que não fossem as inovações trazidas pela legislação, conferindo poderes ao relator para até mesmo dar ou negar provimento ao recurso, isoladamente, de qualquer maneira a figura do relator é de fundamental importância. Segundo BARBOSA MOREIRA (“Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado”, Revista de Processo, vol. 75, pp. 20-21): “(...) em determinadas hipóteses, a própria escolha do relator já ministra dados para um juízo de probabilidade acerca do futuro resultado (...). Elaborar o relatório, sobretudo em feitos complexos, é tarefa de incedível delicadeza. O relatório pode ser completo ou lacunoso, longo ou breve, minucioso ou resumido, bem ou mal ordenado, cristalino ou obscuro, objetivo ou tendencioso: em qualquer caso marcará de uma forma ou de outra, o julgamento” (“A Ampliação dos Poderes do Relator nos Recursos Cíveis”, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 30).

jurisprudência estável e a tal nocividade não escapa às decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Sem dúvida, nas condições atuais do número gigantesco de processos admitidos no Tribunal, tornou-se indispensável a decisão monocrática, à vista da impossibilidade de submeter a julgamento colegiado todos os recursos apresentados. Mas um bom sistema banirá, um dia, o monocratismo, retornando-se à inexcusável vantagem do julgamento colegiado, em que o pensamento final da Corte certamente difere da opinião individual inicial de cada um de seus componentes – lembrando-se que é para isso, para a coletividade, que os Tribunais são compostos de mais de um julgador, quando, se não fosse para isso, muito mais econômico para o Estado e menos dificultoso para o trabalho, seria o julgamento do recurso por um único julgador.

As sucessivas decisões monocráticas, na verdade dispersam a formação da jurisprudência e o próprio foco do caso – mormente se a elas somadas decisões de Embargos de Declaração. Amadurecidas exclusivamente na consciência de cada julgador, fazem-no depositário de um imenso risco, seja na apreensão individual do caso à única leitura isolada, seja no conhecimento das normas jurídicas, limitado à sua formação especializada e pessoal, seja, por fim, na exposição escrita ou verbal do julgado, com todas as naturais dificuldades de expressão, quer dizer, da tradução do pensamento em palavras.

Quanta dificuldade para a interpretação da jurisprudência nacional não resulta da verdadeira selva monocrática que subjaz nos julgamentos nos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça!

### **9.- CARÁTER DISPERSIVO E FRAGMENTÁRIO DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E AUSÊNCIA DE ESPECIALIZAÇÃO**

A organização interna do Tribunal constitui dado essencial para a formação rápida de jurisprudência segura e estável. A esse respeito,



registram-se no mundo duas espécies de cortes<sup>25</sup>: as Cortes mínimas, de que são exemplo as Cortes Supremas dos Estados Unidos e congêneres de *Common Law*, e as Cortes máximas, de que são exemplo a Corte de Cassação italiana, a Corte de Cassação francesa e o Tribunal Federal alemão.

Nas Cortes mínimas, todos os seus integrantes participam ativamente do julgamento de todas as matérias, de maneira que a decisão tomada adquire admirável consistência, dada a participação de todos os seus integrantes nos debates e na redação final do julgado – redação essa discutida minuciosamente por todos, os quais todos assinam o Acórdão final do julgado.

Nas Cortes maximalistas, entre elas as dotadas de maior eficiência, o mecanismo é o da especialização<sup>26</sup>. Conquanto muito se discuta a respeito da especialização<sup>27</sup> de unidades fragmentárias de tribunais compostos de numerosos integrantes (maximalistas), é ela uma constante nos tribunais que realmente mais se destacam pela qualidade

---

<sup>25</sup> Ver SIDNEI BENETI, “Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária”, em “Processo e Constituição - Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, páginas 473/487.

<sup>26</sup> Por exemplo, na Corte Federal alemã, cada unidade fracionária (“Senado”, equivalente a Câmara ou Turma) especializada julga assuntos específicos, de modo que jamais ocorre a duplicidade de julgamentos concorrentes a respeito da mesma matéria, o que torna impensáveis Embargos de Divergência – e, ainda, por se reduzir o número de casos, não restam pontos passíveis de Embargos de Declaração, sendo raríssimos os casos em que necessária alguma correção (como, por exemplo, erro matemático ou erro de data do julgamento!).

<sup>27</sup> “Most european courts are specialized (labor courts, criminal courts, etc), and specialists tend to share the premises of analyses and decision, enabling them to derive conclusions by logical processes. Specialist courts also do not have to worry about adapting the rules and principles of one area of law to another. American judges at this moment are wrestling with adapting our normal law of criminal procedure to the special challenges presented by the struggle against international terrorism. they are rebalancing public safety and civil liberties in light of the perceived increase in danger. A European nation can if it wants deal with the problem by establishing a special court for terrorist cases. (We could do that too, but it would be a departure from the American tradition of generalist judges.) the judges of such a court could formulate doctrine for their specialized jurisdiction without having to rethink broader principles” (RICHARD A. POSNER, “How Judges think”, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 2008, p. 264).

e celeridade dos julgamentos – como o Bundesgerichtshof alemão – e absoluta necessidade nos tempos atuais, como reconhece, por exemplo, até mesmo um crítico notório, temente da transposição às Cortes colegiadas do personalismo subjetivo no julgamento, ANTOINE GARAPON, histórico professor da Escola Nacional da Magistratura francesa: “Alors qu’en Amérique chaque juge a son nom à l’entrée de sa sale d’audience et sur son bureau, une proposition de loi vient de réclamer en France l’interdiction de mentionner dans la presse le nom des juges pour lutter contra le ‘protagonisme’ judiciaire” (pág. 154) (...) “La justice française résiste beaucoup à la personnalisation de la fonction judiciaire. La conception française de la collégialité – et le resus des dissent opinions – est révélarice de cette méfiance à l’égard de la personnalisation de l’acte de juger. Le mystère et le secret qui entourent le délibéré entreiennent le mythe d’une decision produite par un collègue et non par un home. Mais aujourd’hui, en raison de la surcharge de travail, le délibéré n’existe plus dans les faits dans les juridictions civiles du premier degree: il est devenu un luxe que l’on ne peut se permettre qu’en appel, voire en cassation! Le droit français ne se résout toujours pas à en prendre acte”<sup>28</sup>.

No caso do Superior Tribunal de Justiça, a dispersão é notável. Duas Turmas em cada uma das Seções podem julgar de formas diametralmente opostas, devendo-se aguardar, depois, a interposição de embargos de divergência para que a orientação se estabilize; e, além disso, em algumas situações pode haver julgados da Corte Especial, diferentemente de julgados das Turmas ou Seções, fenômeno correntio em matéria processual, que permeia todas as Seções do Tribunal.

Dessa diversidade de enfrentamento das questões pelo Tribunal por unidades diversas resulta que um caso absolutamente idêntico a outro pode terminar com julgamentos diametralmente opostos se realizado por uma Turma ou outra, e se não interpostos recursos de embargos

<sup>28</sup> ANTOINE GARAPON, “Bien Juger”, Editions Odile Jacob, Paris, 1997, pág. 155.

de divergência, por qualquer motivo, inclusive devido a vicissitudes processuais como a não interposição de recurso devido à perda de prazo ou impossibilidade de pagamento de custas. Daí se segue que, imaginem-se vizinhos com mesma espécie de questão jurídica podem haver recebido julgamento final do mesmo Tribunal de formas diversas; ou, pior, pessoas prisioneiras no mesmo cárcere podem receber penas diferentes, pelos mesmos fatos, inclusive, por vezes, integrando o mesmo grupo delinquencial como coautores do mesmo delito.

Como se vê, a interpretação da lei nacional prejudica-se enormemente pela complexidade justapositiva da organização judiciária interna dos tribunais, como se dá no Superior Tribunal de Justiça<sup>29</sup>.

### **10.- MUDANÇAS DE JULGADORES E “QUORUM” DE JULGAMENTOS**

Mudança de julgadores no colegiado sempre põe em risco a estabilidade da jurisprudência. Com os olhos na Corte Suprema dos Estados Unidos, já se apontou: “There concerns have been made especially timely by the starting (the naive) right turn by the Supreme Court in its latest term (ending June 2007). The turn resulted from the replacement of t a moderately conservative Justice (O’Connor) by an extremely conservative one (Alito), and so underscores the question of the personal and political elements in judging ant thus of the sense in which the nation is ruled by judges rather by law. If changing judges, changes law, it is not even clear what law is”<sup>30</sup>. No Brasil, a mudança de dois Ministros do Supremo Tribunal Federal, com as aposentadorias dos Ministros CÉZAR PELUSO e AYRES BRITTO, veio a ensejar drástica alteração no entendimento da configuração do crime de quadrilha, no

---

<sup>29</sup> Questões semelhantes podem ocorrer também no Supremo Tribunal Federal, mas, naturalmente, em número mais reduzido, devido às dimensões menores no STF, especialmente pelo fato de possuir apenas duas Turmas, no lugar das seis Turmas integrantes do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>30</sup> RICHARD A. POSNER, “How Judges think”, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 2008, Introduction, p. 1.

juízo da Ação Penal n. 470<sup>31</sup>. Devia haver previsão legal de que julgadores participantes do início do julgamento nele permanecessem até o fim, ainda que aposentados – ressalvados apenas, evidentemente, casos de incapacidade física ou moral como ocorria com a vinculação estrita, em obediência ao princípio da identidade física do Juiz, sob o Código de Processo Civil de 1939<sup>32</sup>. E o corolário também devia ocorrer: não admissão de votação no julgamento por parte de integrante da Corte que não houvesse participado de todo o desenrolar da sessão de julgamento, inclusive a ouvida de relatório e sustentações orais, não se admitindo o voto “por julgar-se habilitado para o caso”.

A longa permanência dos Magistrados no cargo, ademais, é essencial à estabilidade da Justiça. Os Estados Unidos prestigiaram a vitaliciedade absoluta, até a morte, incapacidade física ou moral ou aposentadoria voluntária. Mandatos certos ou períodos curtos são um perigo para a sociedade. ALIOMAR BALEEIRO, aliás, relatando a profícua permanência de MARSHALL na Corte Suprema dos Estados Unidos, bem ressaltou a importância da longa duração do exercício do cargo: “Nesses 34 anos, MARSHALL conseguiu aplacar as suscetibilidades e ciúmes dos outros ministros, que aceitaram sua liderança na obra gigantesca e audaz de reivindicar o que se convencionou chamar de ‘supremacia judicial’ e, que, em nosso século, foi estigmatizado como ‘o Governo dos juízes’. Por outras palavras, coube à tenacidade, ao talento, à intuição política e a outros dons raros desse estadista convertido em juiz a tarefa de firmar o papel político da Corte, hoje pacificamente reconhecido, e a glória de, a despeito de todos os pecados dele, haver utilizado esse papel na cimentação da unidade nacional, modificando o próprio espírito da Constituição, a fim de que permitisse o quadro de

<sup>31</sup> Processo de grande notoriedade, conhecido como “Caso do Mensalão”.

<sup>32</sup> CPC/1939, art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento do processo cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentadoria houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo”.

nossos dias – uma potência mundial alicerçada no *motto* ‘*Pluribus in unum*’, a diversidade dentro da unidade”<sup>33</sup>.

Mas a instabilidade jurisprudencial não se dá apenas no caso de aposentadoria ou morte do julgador. Também no decorrer do julgamento pode haver mudanças na composição do colegiado, estas de todo evitáveis, bastando adequada previsão restritiva de mudanças, na organização judiciária ou no Regimento Interno da Corte.

No caso específico do Superior Tribunal de Justiça, ainda, extremamente dispersiva da orientação jurisprudencial é a tomada do julgamento com diferentes integrantes da Turma, Seção ou Corte Especial. A variação de presenças, perfeitamente possível, ante à exigência exclusivamente do “quorum” para julgamento, pode alterar significativamente o resultado final da interpretação da lei.

Ademais, é preciso lembrar que a vontade final do Tribunal não se forma jamais em matéria jurisdicional, pois o Tribunal Pleno (a Plenária, composta dos 33 Ministros) não possui funções jurisdicionais, visto que a última palavra em matéria jurisdicional é reservada à Corte Especial, integrada esta exclusivamente pelos 15 magistrados mais antigos do Tribunal – e sendo possível a substituição eventual por outros. Vem daí perfeitamente possível que questão criminal especializada seja julgada por maioria de magistrados afeiçoados ao dia a dia cível de Direito Privado ou de Direito Público, ou também possível o contrário: que, dada a formação por antiguidade, predomine grupo de magistrados da área criminal ou de Direito Público a julgar questões de família ou contratuais, ou de patentes e direitos autorais.

Sem dúvida, coloca-se aí mais um ponto de relevo na fragilização da formação da vontade colegiada do Tribunal como um todo. Algo

---

<sup>33</sup> ALIOMAR BALEEIRO, ainda, arremata: “Quando ele faleceu no exercício do cargo, aos 80 anos, em 1835, STORY lhe propôs o epitáfio, que o atual presidente da Corte, EARL WARREN, recordou em 1955, quando se celebrou o 2º centenário de nascimento do admirável Chief Justice: ‘Seu orgulhoso epitáfio poderia ser escrito numa linha: Aqui jaz o expositor de nossa Constituição’ (ALIOMAR BALEEIRO, “O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido”, Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 34).

que clama por meditação e reforma se se desejar a estabilidade da jurisprudência da Corte.

Lembre-se ainda que, na mesma Corte e com o mesmo colegiado, é possível criar-se instabilidade mediante pura interpretação do Direito. RICHARD A. POSNER salienta o gosto judicial na realização de distinções interpretativas, que permitem chegar a julgamentos diversos: “Often ‘following’ precedentes really means making a policy-based choice among competing precedentes or a policy-influenced interpretation of a precedent’s scope. Because judges are reluctant to overrule decisions – their preference is for ‘distinguishing’ them to death rather than explicitly overruling them, in order to preserve the appearance of the law’s continuity and stability – the landscape of case law is littered with inconsistent precedents among which current judges can pick and choose, resurrecting if need be a precedent that had died but had not been given a decent burial”. (this may explain why ideology plays a greater role in judicial decision making the more precedents there are in na área of law). The problem is particularly serious in the Supreme Court. As a result of the Court’s long history and sharp ideological swings, there is a large stock of precedents that not having been formally overruled are available for opportunistic rehabilitation”<sup>34</sup>.

## 11.- RECURSOS “TRANSVERSAIS” ENTRE AS UNIDADES JURISDICIONAIS

Ressaltem-se, para não alongarmos considerações, o caráter extremamente nocivo na atualidade do instituto de embargos de divergência ante a divisão das sessões em contraste com a Corte Especial. Isso porque, se trazidos a julgamento na mesma petição precedentes da Corte Especial em contraste com precedentes das três demais Seções e, por outro lado, também precedentes de Turmas da

---

<sup>34</sup> RICHARD A. POSNER, “How Judges think”, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 2008, Introduction, p. 45.

mesma Seção contrastantes entre si, será necessário<sup>35</sup> primeiro trilhar o longo percurso do julgamento perante a Corte Especial, cuja pauta sobrecarregada normalmente alonga a demora, para depois, somente após votados os recursos internos desse julgamento, com sucessivos embargos de declaração, passar-se a julgar o mesmo processo pela Seção correspondente às Turmas que contrastem entre si, novamente um longo percurso, uma longa demora consumida pelos embargos internos à sessão de julgamento.

Admirável a nocividade da dispersão jurisprudencial que se forma nessas hipóteses. Aí está, ademais, nos casos criminais, escancarado caminho para impedir o fim do processo e obter a prescrição.

## **12.- FALTA DA PRÉVIA “CONFERENCE”**

A falta de uma prévia reunião de debates do caso, antes da tomada de votos para o julgamento, pelos integrantes do órgão julgador – Turma, Seção, Corte Especial ou Plenária – conspira contra o aprofundamento das teses e argumentos postos em julgamento.

O sistema nacional não usa da regra de que o colegiado, debatendo, sem o compromisso de entrega imediata do julgamento, julga melhor, porque aprofunda aos argumentos de todos os integrantes do grupo, vindo, daí, a tendência à predominância do ponto de vista do Relator – naquilo em que este autor em outro escrito já denominou “a tirania do Relator”, o qual, se, acertando, agiliza o julgamento, mas se se equivoca, tende a conduzir todo o colegiado julgador ao equívoco, ante a impossibilidade material de pedidos de vista de numerosos processos em grande número de casos, no magno mar do número de processos nas Cortes na atualidade.

A “conference” é assim explicada: “Created by the chief justice, a discuss list – list of the cases he thinks should be looked at by the Court

---

<sup>35</sup> A orientação prevaleceu em julgamento recente, Embargos de Divergência no Recurso Especial 1183134/SP, impondo longo périplo do caso criminal pelas unidades fracionárias do Superior Tribunal de Justiça e consumindo longo tempo – favorecendo a prescrição penal intercorrente.

– is senta round to the associate justices (...) Any justice may ask that a particular case be included on the discuss list and it will be added. If a case doesn't make the discuss list, it will never be reviewed by the court. At conference the justice decide whether to grant or deny review. the business of a conference is strickly between the justice; no outsiders, including law clerks, are presente and no minutes are taken”<sup>36</sup>.

Essa “conference” (entre nós, a “deliberação”, a discussão do caso entre os julgadores) inevitável como processo de debate efetivo do caso antecedentemente ao julgamento, nas Cortes nacionais estrangeiras, parece dificultada, entre nós, pela obrigatoriedade da publicidade das sessões de julgamento judiciais, ante o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Mas assim não é – bastando que as sessões de julgamento se limitassem à ouvida das sustentações orais e discussões entre os Ministros, para, depois, em outra sessão, após elaborado e “estabilizado” o voto, pela útil troca de projetos de voto e considerações, em sessão seguinte proclamar-se o julgamento, que, nesse caso, poderia ser subscrito por todos os integrantes do colegiado, como ocorre nos tribunais nacionais estrangeiros<sup>37</sup>.

### 13.- DESISTÊNCIAS RECURSAIS

A desistência de recursos nos Tribunais Superiores devia ser proibida por lei, porque, quando um recurso é admitido a julgamento por um Tribunal como o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, é porque seu julgamento interessa a toda a sociedade, deixando de estar, por isso, sob a disponibilidade individualística do recorrente – norteadas por diversas ordens de fatores, inclusive a vantajosa transação econômica, oferecida pelo litigante mais forte, para evitar a formação de tese nacional contra si.

<sup>36</sup> (ELLEN GREENBERG, “Supreme Court Explained”, 1997, W.W. Norton & Company, Inc, New York, p. 69).

<sup>37</sup> V. “A Selective Opportunity”, em FRANK M. COFFIM, “On Appeal”, W.W. Norton & Company, New York London, 1994, p. 103.



Um exemplo, entre tantos, vem dos Estados Unidos da América do Norte. O caso já referido “Roe versus Wade”<sup>38</sup>, pelo qual a Suprema Corte julgou, em 1973, o direito ao aborto e as condições em que constitucionalmente exercido, durou mais de dez anos e, naturalmente, a recorrente deu à luz uma criança, mas nem por isso o caso perdeu o objeto ou se tornou passível de desistência: o que importava era julgar um processo muito bem preparado, com debate fundamentado, para nortear toda a sociedade norte-americana.

#### 14.- PAUTAMENTO E INTIMAÇÃO PRÉVIOS DE JULGAMENTOS

Para a formação de jurisprudência consistente, necessária a previsibilidade do caso para todos os integrantes do colegiado, de modo a poderem previamente se preparar para o julgamento, lendo o processo, realizando pesquisas e – talvez o mais importante – meditando sobre o caso e suas conseqüências para as partes, para o Direito e para a sociedade. O mesmo se diga com relação às partes e seus Advogados, que podem contribuir em muito pelo aprofundamento do caso, na sistemática brasileira de oferecimento de memoriais ou mediante sustentação oral nas sessões de julgamento.

Daí se segue que nunca deveria ser admitido o julgamento sem prévio pautamento ou indexação, com antecedência de alguns dias.

Em verdade, todo o esclarecimento possível às partes e seus advogados e aos julgadores, integra o largo elenco de garantias do julgamento justo, objeto, principalmente no Direito anglo-americano, da messe de escritos sobre o “*fair-trial*”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> V. MARIAN FAUX, “Roe v. Wade”, New York, Mentor Book, 1963.

<sup>39</sup> Assunto de ubicação controversa, sem negar a substância e obrigatoriedade, em Civil Law, isto é, no direito europeu continental. Por todos, a síntese de EBERHARD SCHILKEN, “Faires Verfahren (“fair trial”) ist als rechtsbegriff den anglo-amerikanischen Rechten entnommen. Dort ist der “fair trial” in der Tat der Oberbegriff der einzelnen verfahrensrechtlichen Schutzgarantieren zugunsten der Beteiligten. Eine solche Einordnung für das deutsche Recht ist aber schon wegen der abweichenden

## 15.- OBSERVÂNCIA DO JUÍZO NATURAL COLEGIADO SEM SUBSTITUIÇÕES EPISÓDICAS

O julgamento colegiado deve ocorrer com a presença da totalidade de seus membros, não apenas com quórum, tantas vezes circunstancial, formado, inclusive, com substituições de julgadores.

De qualquer forma, como já assinalado, para a estabilidade do julgado e, inclusive, natural prestígio da previsibilidade entre as partes, somente o julgador que houvesse participado de todo o julgamento, ouvindo o relatório e os debates, especialmente a sustentação oral, deveria participar da tomada de votos, evitando-se os julgamentos por estar habilitado a votar.

## 16.- “LEAVE TO APPEAL’ OU FILTROS PROCESSUAIS DE “IRRECEBILIDADE”, RECURSOS REPETITIVOS E O NURER-STJ

Teses já julgadas em definitivo pela Corte de jurisdição nacional não devem, com os mesmos fundamentos, ser admitidas a novo julgamento. A insegurança jurídica é enorme, em decorrência de tal admissão. Seja pelo número avassalador e invencível de casos idênticos que tendem a repetir-se, inviabilizando a dedicação intelectual mais profunda aos casos realmente consistentes em *leading cases*, seja pela possibilidade, sempre presente, de enganos e equívocos na lida com grandes números de processos que se repetem – para não falar das peculiaridades fáticas, que muitas vezes terminam por influenciar o julgamento, levando, infelizmente, a diferenças de conclusões entre processos idênticos, movidos por parentes ou vizinhos – os quais jamais entenderão o porquê da diferença, passando a imaginar julgamentos de “dois pesos e duas medidas”, por razões nutridas de suspeitas.

---

Entwicklung für das deutsche Rechtsprechungsrechte, namentlich des Justizgewährungsanspruchs, problematisch” (EBERHARD SCHILKEN, “Gerichtsverfassungsrecht”, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2ª ed., 1994, p. 70).

No exterior, vale a regra do “leave to appeal”<sup>40</sup>, isto é, a permissão para recorrer no caso, ou a admissão do recurso, qualificando-se para o julgamento de fundo. Essa permissão para recorrer alimpa os casos relevantes para as jurisdições superiores.

Interessante notar que a recebilidade do caso por uma Corte Suprema começa, no exterior, por sumário exame pelo Secretário Geral da Corte, que verifica, por exemplo, se o recurso obedece ao modelo-formulário, à disposição dos dizeres graficamente nas páginas e, inclusive, o número de caracteres permitido. Caso não preenchidos os requisitos formais, o caso é sumariamente rejeitado pelo Secretário Geral e de seu ato não cabe recurso, como no exemplo do Certiorari: “a petition for a writ of certiorari is sent to the clerk of the Court, where it is examined to make sure that it’s in the proper form. Once given the clerk’s okay, the necessary fee of \$300 is paid and the petition is numbered and placed on a docket”<sup>41</sup>.

O conceito de “irrecebilidade” vai além da simples “não admissibilidade” do recurso, ao exame do caso, mas, ao contrário, consiste, antecedentemente, em “irrecebilidade” do recurso – inclusive por deficiência de exposição ou fundamentação, ou por fundamentação menos profunda, com base na qual não deve, evidentemente, ser formada tese estável para toda a sociedade.

Note-se que a “*irrecebilidade*” seleciona o próprio contraditório, que é essencial ao bom julgamento. Questões idênticas devem ser enfrentadas no processo mais bem preparado, com contraditório tônico e forte, o que significa com o mais capacitado patrocínio advocatício.

---

<sup>40</sup> Também denominado “permission pour appeller”, “Zulässigkeit” e outras denominações. Sobre “permission pour appeller”, PERMISSION POUR APPELLER, v. HENRI KÉLADA e SÉLIN NAGUIB, “Les Moyens de se Pourvoir contra les Jugements”, ed. Carswell, Scarborough, Ontario, 1997, p. 131. Sobre “Leave to Appeal” enquanto instrument de jurisdição seletiva, v. J. ERIC SMITHBURN, “Judicial Discretion”, Reno, Nevada, The National Judicial College, 1991.

<sup>41</sup> ELLEN GREENBERG, “Supreme Court Explained”, 1997, W.W. Norton & Company, Inc, New York, p. 68.

Não faz sentido julgar-se, em caráter nacional, com base em contraditório insuficiente, para, depois, não haver possibilidade de retorno a novo sentido do julgamento se sobrevier outro caso com contraditório mais forte.

No instituto do “leave to appeal” encontra-se, “mutatis mutandis”, exemplo estrangeiro para o início de sistema de “irrecebibilidade recursal” do NURER-STJ<sup>42</sup>, para casos de teses multitudinárias já dirimidas centenas ou milhares de vezes, em muitos casos já sumuladas ou julgadas em Recursos Repetitivos que, sem novos argumentos, voltam em novos recursos, ou para recursos a que falte o mínimo de razoabilidade expositiva – não raro sem exposição adequada do que se pretende obter do Tribunal.

O NURER-STJ é fruto da Lei dos Recursos Representativos de Controvérsia (Lei n. 11.672, de 8.5.2008), que, em boa hora, apesar do atraso, inseriu o disposto no art. 543-C no Código de Processo Civil. Relevantíssimo o instituto para a formação de jurisprudência nacional estável, à moda do que ocorre com o Recurso Extraordinário com repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal e com a Súmula Vinculante, no mesmo Tribunal.

### **17.- SELECIONABILIDADE E CARÁTER NACIONAL DO JULGAMENTO DE AÇÃO COLETIVA**

A pretensão coletiva possui extrema relevância na formação de jurisprudência estável. Vê-se no Direito Comparado, que as “Class Actions” são submetidas à seleção da que seja mais bem preparada, para o julgamento único, suspendendo-se ou extinguindo-se as demais. No

---

<sup>42</sup> Sobre o NURER, ver Resoluções: CNJ n. 160, 19.12.2012; STJ n. 2, 14.1.2013, n. 5, 1º.2.2013 e n. 17, 4.9.2013. Posto em prática no dia 9.5.2013, apenas para casos da 2ª Seção (Direito Privado), mais sobrecarregada de recursos, no NURER proferiram-se, até o início do recesso judiciário em 20.12.2013, 4.199 decisões pelo Presidente da 2ª Seção ou pelo Ministro designado (Portaria n. 492, 6.9.2013), autor deste escrito.

Brasil, contudo, ocorre a “multitudinarietà” de ações civis públicas sobre o mesmo tema, o que leva à dispersão jurisprudencial.

Essas ações possuem, em verdade, caráter dúplice, isto é, seja qual for o sentido em que julgadas, desde que atingido o núcleo da pretensão nelas deduzido, vale como regência do julgamento via coisa julgada.

Corolário do prestigiamento da ação coletiva na formação de jurisprudência estável está no reconhecimento de caráter nacional da coisa julgada formada nesse tipo de ação – se julgada, pelo Tribunal Nacional, no caso o STJ, a própria tese de fundo, não valendo, evidentemente, o julgamento fundado em questões incidentais ou meramente processuais.

## 18.- ENCERRAMENTO

Várias outras considerações poderiam ser expostas a respeito da formação de jurisprudência nacional pelo Superior Tribunal de Justiça.

As aperturas do tempo e a premência do atendimento à quantidade do serviço em Tribunal extremamente sobrecarregado tornam impossível ao autor, no momento, aprofundar cada um dos temas e expor numerosos outros.

Fica, contudo, a meditação, para o prosseguimento ulterior. Por ora, o que se deseja é tão somente indicar um vetor para a real preocupação a respeito de medidas efetivas para a melhor solução jurisprudencial para toda a sociedade brasileira. Não se entra, aqui, no debate a respeito de mutabilidade das circunstâncias sócio-político-jurídicas na evolução da interpretação da lei<sup>43</sup>. Mas deixam-se as presentes considerações como

---

<sup>43</sup> “There is an evident and visible tension between the two roles of law. On the one hand, law has to create stability, uniformity, in one word: predictability. On the other hand, law has to be able to adapt in order to answer to social needs and new circumstances” (...) The fact is that law must be prepared paradoxically to face these two challenges: to simultaneously maintain uniformity, stability and predictability and to be flexible enough to promote adaptability. there is no heavy criticism of the change when it is operated by statutes, because no one doubts that the role/function

homenagem ao enorme serviço que, a despeito das falhas estruturais sistemáticas do Direito processual e do meio jurídico nacional, vem o Superior Tribunal de Justiça prestando à sociedade brasileira, com o julgamento de astronômico número de processos, certamente o maior do mundo, à custa de aparelhamento administrativo e funcional exemplar, situados, também, entre os melhores do mundo.

De qualquer forma, vão aqui ideias a serem consideradas se se desejar a formação de jurisprudência nacional estável pelo Superior Tribunal de Justiça para a sociedade brasileira. Uma Corte nacional constitui, na frase lapidar de ANTOINE GARAPON, “um guardião das promessas” de Justiça para a sociedade<sup>44</sup> e a Justiça realiza-se mediante a supressão do tratamento desigual entre todos os jurisdicionados que acorrem ao mesmo Tribunal nacional.

Não podendo perder a oportunidade de expor as presentes considerações – ainda que em redação apressada, em meio à torrente “*tsunâmica*” de recursos por julgar e sem possibilidade de paralisação do serviço por mais tempo – procurou-se acenar com as considerações prospectivas do presente escrito, porque “*scripta manent*”, e porque no “Jubileu de Prata” do extraordinário Tribunal que tanto emociona integrar, vale recordar “a simples e bela inscrição em frente ao Palazzo Tolomei em Siena: *‘Quod potui feci faciant meliora potentes.’*”<sup>45</sup>

---

of the Legislature is to create legal rules. However, with regard to changes in case law, one can easily perceive a group of enthusiastic scholars, saying that case law has to change to adapt legal rules to new social circumstances, and another group of legal writers saying that the role of the Judiciary is to maintain the status quo, leaving changes to the Legislature” (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Changes in Law as the Result of the Work of Judges”, em “Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag”, 2. Teilband, Mohr Siebeck, 2013, p. 1859-1860).

<sup>44</sup> ANTOINE GARAPON, “Le gardien des promesses – Justice et démocratie”, éditions Odile Jacob, Paris, 1996.

<sup>45</sup> JAMES BOSWELL, “An Account of Corsica”, London, Printed for Edward and Charles Dilly, MCCCCLXIX, p. 41.



**REFLEXÕES SOBRE O TERMO INICIAL DA  
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA  
NO DIREITO PENAL**



*Jorge Mussi*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





**REFLEXÕES SOBRE O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA  
PRETENSÃO EXECUTÓRIA NO DIREITO PENAL**

*Ministro Jorge Mussi<sup>1</sup>*

## **1. INTRODUÇÃO**

O tema que intitula o presente artigo tem sido alvo de controvérsias no âmbito dos Tribunais Superiores, sendo merecedor de considerações mais aprofundadas para o fomento do debate.

É imperioso que se esclareça, desde o início, que o termo “prescrição” é utilizado no âmbito jurídico para nomear o instituto destinado a sancionar o titular de um direito pela inércia no seu exercício dentro de um determinado lapso temporal estabelecido em lei. Ou seja, materializa a garantia de que, salvo raras exceções<sup>2</sup>, não existem no ordenamento jurídico direitos absolutos ou perpétuos, funcionando como mecanismo de estabilização das relações sociais pelo decurso do tempo.

No âmbito do Direito Criminal, a prescrição é disciplinada nos artigos 109 e seguintes do Código Penal, sendo certo que a doutrina

---

<sup>1</sup> Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>2</sup> Art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal de 1988.

se encarregou de segregar o instituto em duas partes, nomeando-as de “prescrição da pretensão punitiva” e de “prescrição da pretensão executória”. Tal divisão tem como referencial a formação do título condenatório: da prática do delito até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória fala-se em prescrição da pretensão punitiva; a partir deste último marco são aplicáveis as regras da prescrição da pretensão executória.

O que se propõe no presente estudo é uma análise dos dispositivos legais que disciplinam a prescrição da pretensão executória à luz dos princípios introduzidos no ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial o da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, como preferem alguns autores, insculpido no seu artigo 5º, inciso LVII<sup>3</sup>.

## **2. A DISCIPLINA NORMATIVA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA**

Como já referido, o legislador ordinário, na reforma da Parte Geral do Código Penal empreendida pela Lei n. 7.809/1984, estabeleceu a disciplina da prescrição nos artigos 109 e seguintes, cingindo-se a estabelecer regras para a referida causa de extinção da punibilidade antes e depois da sentença final condenatória, cabendo à doutrina nomeá-las de “prescrição da pretensão punitiva” e “prescrição da pretensão executória”.

Para estes dois subgrupos foram estabelecidos marcos iniciais e interruptivos, a partir dos quais começam ou recomeçam a fluir os prazos previstos no artigo 109 do Estatuto Repressor, de acordo com o máximo da pena abstratamente prevista ou concretamente aplicada.

---

<sup>3</sup> 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:

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O Estado dispõe, então, de um determinado prazo para envidar os esforços necessários para a análise do mérito acusatório, observadas as garantias constitucionais processuais, consistente no exercício do seu poder-dever punitivo. Formado o título condenatório imutável, o ordenamento jurídico concede ao Estado, então, outro prazo para a sua execução coercitiva, consistente no exercício do seu poder-dever executório.

Assim, como o pressuposto para o exercício da pretensão executória é a existência de uma sentença condenatória, o lapso temporal necessário para a verificação da prescrição é determinado pela reprimenda concretamente aplicada no âmbito do exercício da pretensão punitiva, conforme estabelece o artigo 110, *caput*, do Código Penal<sup>4</sup>.

A questão que vem sendo alvo de debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial e motiva o presente estudo é a fixação do termo inicial da prescrição da pretensão executória, previsto no artigo 112 do Estatuto Repressor<sup>5</sup>.

Conforme se infere da leitura do referido dispositivo normativo, o legislador ordinário de 1984 estabeleceu como marco inicial da prescrição da pretensão executória o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação; a sentença que revoga a suspensão condicional da pena; ou a sentença que revoga o livramento condicional.

Da forma como redigida a norma em análise, vislumbra-se a possibilidade da fluência concomitante da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória, caso a defesa não se conforme com

---

<sup>4</sup> Art. 110 – A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

<sup>5</sup> Art. 112 – No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:  
I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;  
II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

os termos da sentença condenatória e interponha o recurso de apelação cabível, circunstância que para alguns é tratada como uma antinomia a ser resolvida com recurso aos meios de resolução de conflitos aparentes de normas, e para outros se trata de um benefício posto pelo legislador ao condenado como corolário do princípio do favor rei.

A solução encontrada pela primeira corrente reside, em síntese, em interpretar a primeira parte do inciso I do artigo 112 do Código Penal como a regra da chamada prescrição da pretensão punitiva intercorrente, a qual é verificada de acordo com a pena concretamente aplicada – que não pode ser tornar mais gravosa ante a impossibilidade de mudança com o trânsito em julgado para a acusação.

Já para a segunda corrente o legislador fixou os parâmetros da própria prescrição da pretensão executória, a qual teria o seu curso iniciado mesmo na pendência de julgamento de eventuais recursos interpostos pela defesa contra a sentença condenatória. Embora a execução propriamente dita só seja possível com o trânsito em julgado para ambas as partes, o lapso prescricional seria apurado desde o momento em que a acusação se resignou com o édito repressivo.

Longe de apresentar uma solução definitiva para o impasse, é imperioso que se proceda a um histórico acerca da execução da pena no ordenamento jurídico brasileiro para demonstrar que a coesão que existia no sistema estabelecido pelo legislador de 1984, com destaque para a possibilidade de execução provisória da pena, foi quebrada com o advento da Carta Magna de 1988, especialmente com a introdução do princípio da presunção de inocência.

### **3. A MUDANÇA NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E AS CONSEQUÊNCIAS NO TRATO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA**

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, o sistema processual penal pátrio era dotado de regras recursais consentâneas com os direitos e garantias então previstos na ordem constitucional vigente,

dentre as quais merecem destaque as normas contidas nos já revogados artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal<sup>6</sup>.

Da análise dos referidos dispositivos legais, infere-se que o acesso da defesa ao duplo grau de jurisdição era condicionado, em regra, ao recolhimento à prisão do acusado condenado por sentença desprovida do atributo da definitividade, admitindo-se o que a doutrina convencionou denominar de “execução provisória da pena”.

Ou seja, para prosseguir na defesa de seus direitos mediante a provocação da jurisdição da instância superior, o acusado era obrigado a se recolher à prisão, dando início, assim, à execução da reprimenda que lhe fora provisoriamente imposta pela sentença condenatória ainda pendente de revisão pela Corte *ad quem*. E ainda, caso empreendesse fuga da prisão, seu recurso seria julgado deserto, antecipando, portanto, o trânsito em julgado da condenação.

Note-se que tais regras, por mais absurdas que possam parecer no atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, estruturada sobre as bases de um Estado Democrático de Direito, guardavam coerência com a disciplina da prescrição da pretensão executória contida no Código Penal, cuja normatização, repise-se, remonta ao ano de 1984, época na qual o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo XI, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, não havia sido internalizado no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, excepcionadas as hipóteses legais, a execução da reprimenda imposta na sentença condenatória se dava logo após a sua prolação, pois, se não houvesse irresignação defensiva, seria alcançada pelo trânsito em julgado; e, no caso de inconformismo defensivo, o seu conhecimento era condicionado ao recolhimento do réu à prisão, dando-se início à execução da pena.

---

<sup>6</sup> Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto (Redação dada pela Lei nº 5.941/73)

Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.

Por esta razão é que se afirma que o termo inicial da prescrição da pretensão executória previsto no artigo 112, inciso I, do Código Penal é coerente com a sistemática recursal vigente à época da sua promulgação, pois, mesmo diante da interposição de apelação defensiva, apta a postergar o trânsito em julgado da sentença condenatória, era possível o exercício da pretensão executória estatal mediante a imposição do recolhimento do acusado ao cárcere como condição para o conhecimento da insurgência.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, e a consequente internalização do princípio da presunção de inocência, insculpido no seu artigo 5º, inciso LVII, doutrina e jurisprudência passaram a dar tratamento distinto à referida sistemática recursal, não mais admitindo o recolhimento do acusado ao cárcere como requisito de admissibilidade da apelação, sem que a mesma atenção tenha sido dispensada para o marco inicial da prescrição da pretensão executória.

Isto porque se o Poder Constituinte Originário estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, tornou-se inviável a partir de então a imposição da prisão antecipada fora das hipóteses constitucional e legalmente previstas, atualmente restritas às prisões em flagrante, temporária e preventiva (artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal).

E nas hipóteses em que não seja cabível qualquer das chamadas prisões processuais, eventual cumprimento coercitivo da reprimenda imposta na sentença condenatória está condicionado ao seu trânsito em julgado, não só para a acusação, mas também para a defesa.

Neste ponto é que se revela a incongruência da norma prevista no artigo 112, inciso I, do Código Penal com aquela introduzida pelo Poder Constituinte Originário no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988: embora não seja possível exercer a pretensão executória no decorrer da tramitação dos recursos defensivos, até mesmo daqueles desprovidos de efeito suspensivo, o prazo para o Estado exercê-la já se encontra em curso e somente será interrompido com a efetiva prisão do

acusado, após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa, nos termos do artigo 117, inciso V, do Código Penal<sup>7</sup>.

Aliás, é imperioso consignar que, não obstante a clareza solar com que se expressa a norma contida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, apenas em 2009, por ocasião do julgamento do HC n. 84.078/MG<sup>8</sup>, é que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”, firmando o posicionamento no sentido de que qualquer prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ser determinada a título cautelar, observados os requisitos previstos em lei.

Assim, a aplicação literal da norma contida no artigo 112, inciso I, do Código Penal, em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência, cria um verdadeiro hiato no sistema prescricional estabelecido no ordenamento jurídico pátrio, pois embora o Estado não seja legitimado a executar a reprimenda imposta na sentença penal condenatória que tenha sido alvo de recurso pela defesa (efeito do princípio da presunção de inocência), pode ver extinta a sua pretensão executória por uma pseudo-inércia no seu exercício, já que o respectivo prazo prescricional teve o seu curso iniciado (efeito da interpretação dada à norma contida no artigo 112, inciso, do Estatuto Repressor).

A título de ilustração, tome-se como exemplo uma condenação pelo delito de lesão corporal gravíssima, na qual fixou-se ao acusado a pena no seu mínimo legal (dois anos). Irresignada com o édito repressivo, a defesa interpõe recurso de apelação, ao passo que o órgão acusatório, satisfeito

---

<sup>7</sup> Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se:  
(...)

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

<sup>8</sup> HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 5.2.2009, DJe-035 publicado em 26.2.2010.



com a prestação jurisdicional e não havendo qualquer sucumbência que revele o seu interesse recursal, deixa transcorrer *in albis* o prazo previsto em lei, sobrevivendo o trânsito em julgado. Neste panorama fático-processual temos: a) a interrupção da prescrição da pretensão punitiva com a publicação da sentença condenatória recorrível (artigo 117, inciso IV, do Código Penal), com o reinício de sua contagem pela pena concretamente aplicada (artigo 110, § 1º, do Código Penal); e b) o início da prescrição da pretensão executória a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, a ser calculada também pela pena concretamente aplicada (artigo 112, inciso I, combinado com o artigo 110, *caput*, ambos do Código Penal).

Suponhamos, ainda no exemplo proposto e de uma forma bastante otimista no atual cenário do Poder Judiciário brasileiro, que a apelação defensiva e os respectivos recursos de natureza extraordinária sejam julgados no período de 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 25 (vinte e cinco) dias, ou seja, dentro do lapso temporal colocado à disposição do Estado para o exercício da sua pretensão punitiva, sobrevivendo, então, o trânsito em julgado também para a defesa.

Entretanto, caso o condenado tenha êxito em retardar o cumprimento do mandado de prisão por apenas 5 (cinco) dias, o Estado estará impossibilitado de executar a reprimenda imposta de acordo com o devido processo legal, já que configurada a prescrição da pretensão executória, a qual teve início, sem interrupção, com o trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público.

Ou seja, o Estado é sancionado com a perda do seu poder-dever de executar uma sentença condenatória formal e materialmente consentânea com as garantias constitucionais em razão de uma inércia que, na verdade, nunca existiu, já que no decorrer da tramitação dos recursos defensivos esteve impossibilitado de dar cumprimento provisório à condenação em razão do óbice que lhe é imposto pelo princípio da presunção de inocência.

#### 4. CONCLUSÃO

É cediço que as normas que compõem um ordenamento jurídico não devem ser interpretadas isoladamente, pois nele estão inseridas para a formação de um conjunto harmônico destinado à tutela de valores eleitos pelo legislador no momento da sua elaboração.

Na questão em exame, o que se constata é a existência de uma norma infraconstitucional que não se compatibiliza com uma garantia constitucional, pois o princípio da paridade de armas, na maioria das vezes invocado pela defesa em busca de um tratamento igualitário, é igualmente aplicável ao Estado-acusador, representado pelo Ministério Público.

Defende-se, por tais razões, a não recepção do artigo 112, inciso I, do Código Penal pela Constituição Federal de 1988, pois se com o advento do princípio da presunção de inocência a execução da pena, salvo nas hipóteses de prisão cautelar justificada, somente pode ser iniciada com o trânsito em julgado da sentença condenatória, é inviável que a prescrição da pretensão executória tenha seu curso iniciado a partir do momento em que o órgão acusatório se mostre resignado com a prestação jurisdicional, sob pena de se malferir um princípio de hermenêutica constitucional, o da proporcionalidade, na sua vertente da proibição da proteção deficiente do corpo social, que não sentirá quaisquer dos efeitos da finalidade da pena criminal, seja a prevenção geral ou a especial.



**O REGIME DA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE  
DE BENS NOS DOMÍNIOS DA LEI DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA E A HERMENÊUTICA FORMADA  
PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



*Og Fernandes*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**O REGIME DA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS NOS DOMÍNIOS DA LEI  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A HERMENÊUTICA FORMADA PELO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
*Ministro Og Fernandes*

Recentemente, foi levado a julgamento pela Colenda Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça recurso especial repetitivo, pelo qual se debateram aspectos relacionados à exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa.

Aludida via especial foi submetida à Primeira Seção, por decisão dos ilustres Ministros da Primeira Turma daquele Tribunal, na medida em que o tema, para além da notória importância, encontrava-se, ainda, em dissenso pelas Cortes do país.

Não há dúvidas de que a iniciativa em pacificar tema de tamanha relevância foi louvável, sobretudo pelo dimensionamento jurisprudencial próprio das vias representativas de controvérsia (art. 543-C do CPC).

O Superior Tribunal de Justiça, a meu ver, procedeu de forma perfeitamente adequada, tendo em vista seu papel uniformizador, mas, principalmente, pela necessidade de se estabelecer um critério hermenêutico que afastasse a possibilidade de se dispensar, no âmbito ordinário, tratamentos desiguais em situações fático-jurídicas idênticas.

Entre os vários pontos permeados pelo julgamento, estava a possibilidade de se decidir, em sede repetitiva, matéria correlata à

cautelaridade da ação de improbidade administrativa, uma vez que, tal como os demais provimentos de urgência consolidados por nossa legislação, o exame da extensão do provimento cautelar passaria, em regra, pela análise dos fatos, a ponto de aferir se estariam presentes, na espécie, os requisitos autorizadores à concessão da liminar.

Não era, entretanto, essa a questão.

O entendimento amplo formado é no sentido de que o requisito do *periculum in mora* é indispensável. A necessidade de fixação de tese, na realidade, incidia sobre a forma de preenchimento do mencionado requisito.

O objetivo do julgamento, portanto, tal como ficou definido na própria ementa do acórdão, era estabelecer “(...) a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário”.

Para que se conheçam os limites da questão, trago a lume a redação do dispositivo sob exame:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A questão em tela já havia transitado inúmeras vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive pela respectiva Primeira Seção, *verbi gratia*: Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012); Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel.

Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011.

Posteriormente, a Primeira Seção voltou a se reunir, desta feita em torno do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, reafirmando, por maioria, a compreensão de que a cautelaridade, nos domínios da ação fundada na Lei de Improbidade Administrativa, constitua regime acautelatório próprio, principalmente em razão das peculiaridades e dos objetivos da referida ação.

Após o julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, cuja relatoria coube ao Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 7/6/2013), a questão foi novamente conduzida à Seção pelo Recurso Especial 1.366.721/BA, sob a relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, e a teor do procedimento preconizado pelo art. 543-C do Código de Processo Civil.

Na ocasião, várias questões foram colocadas pelos Ministros que compuseram o julgamento, destacando-se o confronto entre as particularidades ínsitas à Lei de Improbidade Administrativa e as prerrogativas constitucionais e processuais da parte demandada contra a qual instaurada a medida processual em tela.

Ao deliberar aquele agravo regimental nos embargos de divergência no recurso especial, a Primeira Seção concluiu, por maioria, que, “(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que 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, segundo a qual ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido a preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”.

Ponderaram os Ministros que aludida legislação estabelece regime acautelatório singular – próprio a assegurar o ressarcimento dos cofres públicos, em casos de improbidade administrativa –, sendo necessária a existência de fortes indícios de responsabilidade do promovido pela prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário.

Tal posicionamento já havia sido sufragado no julgamento proferido para o Recurso Especial 1.135.548/PR, de relatoria da em. Ministra Eliana Calmon, no qual se consignou que “o requisito cautelar do *periculum in mora* está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de bloqueio de bens, uma vez que visa a ‘assegurar o integral ressarcimento do dano’” (DJ 22/6/2010).

De fato, é de se notar que o *periculum in mora* está implícito no próprio comando do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 – que, por sua vez, atende à determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição da República, assim redigido:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, **a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível**". - grifos acrescidos

No ponto, há referências doutrinárias em idêntica direção. Rogério Pacheco Alves, em seu livro *Improbidade Administrativa* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 919/920) salienta que:

(...) parte da doutrina se inclina no sentido de sua implicitude, de sua presunção pelo art. 7º da Lei de Improbidade, o que dispensaria o autor de demonstrar a intenção de o agente dilapidar ou desviar seu patrimônio com vistas a afastar a reparação do dano. Neste sentido, argumenta Fábio Osório Medina que "o *periculum in mora* emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário", sustentando, outrossim, que a "indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz consequência jurídica do processamento da ação, forte no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. De fato, exigir a prova, mesmo que indiciária, da intenção do agente de furtar-se à efetividade da condenação, representaria, do ponto de vista prático, o irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida em nível constitucional e legal. Como muito bem percebido por José Roberto dos Santos Bedaque, a indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade é uma daquelas hipóteses nas quais o próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano. Desse modo, em vista da redação imperativa adotada pela Constituição Federal (art. 37, § 4º) e pela

própria Lei de Improbidade (art. 7º), cremos acertada tal orientação, que se vê confirmada pela melhor jurisprudência”.

Ainda:

(...) a lei presume esses requisitos a autorizar a indisponibilidade, porquanto a medida acautelatória tende à garantia da execução da sentença, tendo como requisitos específicos evidências de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, sendo indiferente que haja fundado receito de fraude ou insolvência, porque o perigo é ínsito aos próprios efeitos do ato hostilizado. Exsurge, assim, indisponibilidade como medida de segurança obrigatória nessas hipóteses.

(Wallace Paiva Martins Júnior, Probidade Administrativa, 2001, Saraiva, pp. 325/330)

Em idêntica direção, lições voltadas a uma axiologia constitucional:

(...) estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. (*In* Curso de Direito Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 2 ed., Saraiva, p. 118)

Nessa linha de raciocínio, é de se considerar que a decretação de indisponibilidade dos bens não estaria condicionada à comprovação de que os réus estariam a dilapidar o patrimônio ou de que estariam na iminência de fazê-lo, a ponto de se tornar insolvente diante de eventual condenação na ação de improbidade administrativa.

Desse modo, “o que se deve garantir é o integral ressarcimento ao erário. Assim, o patrimônio do réu da ação de improbidade fica, desde logo, sujeito às restrições do art. 37, parágrafo 4º, da Magna Carta, pouco importando, nesse campo, a origem lícita dos bens” (Fábio Osório. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 241).

Prossegue o autor, salientando que “trata-se de execução patrimonial decorrente de dívida por ato ilícito. Prepondera, aqui, a análise do requisito da fumaça do bom direito. Se a pretensão do autor da *actio* se mostra plausível, calcada em elementos sólidos, com perspectiva concreta de procedência e imposição das sanções do art. 37, parágrafo 4º, da Carta Constitucional, a conseqüência jurídica adequada, desde logo, é a indisponibilidade patrimonial e posterior seqüestro dos bens” (Fábio Osório. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 241).

Nessa mesma linha de entendimento, ressaltou o em. Ministro Herman Benjamin, ao relatar o Recurso Especial 1.115.452/MA (DJ 20/4/2010), que “(...) a indisponibilidade dos bens visa, justamente, a evitar que ocorra a dilapidação patrimonial. Não é razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dissipação. Exigir a comprovação de que tal fato esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da Medida Cautelar em foco e, muitas vezes, inócua”.

Portanto, pontificou a Primeira Seção que, se se constatam indícios que expressem violação capitulada pela legislação de regência, o interesse público impõe o respectivo exame judicial, o qual deve ocorrer de forma acautelada, em prol da eficácia do próprio processo.

Por óbvio, não se está a defender sejam ignorados princípios essenciais ao Estado Democrático de Direito, principalmente a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência. É o que se pode deprender do item 5 da ementa atribuída ao acórdão proferido para o Recurso Especial 1.366.721/BA, redigida nestes termos: “Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside

a referida ação, **fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa**”. – grifos acrescidos

Com base nessas premissas, considerou a Col. Primeira Seção que o sistema de tutelas cautelares instituído pela Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a subsistência de via cautelar específica.

O disposto no art. 7º da legislação em referência demanda, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, em cognição sumária, de que o ato de improbidade tenha causado lesão ao patrimônio público ou de que tenha ensejado enriquecimento ilícito:

4. É desnecessária a prova do *periculum in mora* **concreto**, ou seja, de que os réus estariam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade.  
Precedentes.

(REsp 1.203.133/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 28/10/2010)

Desse modo, a axiologia a ser aplicada ao *periculum in mora*, no campo da Lei de Improbidade Administrativa, para além de constitucional, deve ser fixada, segundo o entendimento deste Tribunal, tendo em vista os critérios teleológicos do processo e em favor do interesse social, a qual estaria representada pela entidade que postulou a aplicação da medida de bloqueio de bens.

Por outro lado, assentou esta Corte a compreensão de que a referida medida cautelar constritiva de bens não apresentaria índole sancionadora, tampouco anteciparia juízo de culpabilidade do agente, “até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir” (Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, cuja relatoria coube ao Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013).

Nesse sentido, essencial trazer a lume os fundamentos que constaram do julgamento do Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012):

Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

A improbidade administrativa é a caracterização atribuída pela Lei n. 8.429/92 a determinadas condutas praticadas por qualquer agente público e também por particulares contra *“a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”* (art. 1º). As definições de tais condutas estão previstas nos artigos 9º (Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito), 10 (Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário) e 11 (Atos de Improbidade Administrativa que atentam Contra os Princípios da Administração Pública) da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Pela Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa busca-se, além da punição do agente, o ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, bem como a reversão dos produtos obtidos com o proveito do ato ímprobo.

Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei n. 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Elas estão descritas nos artigos 7º, 16 e 20 do referido diploma legal, a saber: a indisponibilidade, o sequestro de bens e o afastamento cautelar do agente público. No presente caso, abordaremos a indisponibilidade de bens.

De início, é importante ressaltar que não existe qualquer pré-julgamento a respeito da culpa ou não dos agentes em relação às irregularidades na decretação da indisponibilidade dos bens, não

ostentando qualquer caráter sancionatório, pois, como já dito, o que se busca com essa medida é a futura reparação do danos.

O art. 7º da Lei 8.429/92 (LIA) dispõe:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

Ocorre que, no caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio visando frustrar a reparação do dano e sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º).

A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

Nessa linha, vejamos trecho do texto "*As medidas cautelares previstas na lei de improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório*", de autoria do Procurador da República Ronaldo Pinheiro de Queiroz, *in verbis*:

(...)

A tutela de urgência foi criada para preservar o bem da vida quando a demora na prestação jurisdicional cria o risco de sua inutilidade

prática. Já a *tutela de evidência* prestigia as situações em que há uma grande probabilidade de o autor ter razão, bem como o bem da vida tutelado tem grande relevância social e, por eleição do legislador, confere-se-lhe a possibilidade de fruição imediata e provisória do bem ou que o mesmo seja desde logo resguardado.

Adroaldo Furtado Fabrício traz exemplos de tutela de urgência e de tutela de evidência. Para o renomado autor, quando o juiz concede uma produção antecipada de provas, está privilegiando o critério urgência em detrimento de qualquer outro interesse, sem se precisar cogitar da maior ou menor probabilidade de ter razão o requerente. Já a tutela de evidência pode ser visualizada no deferimento de uma liminar possessória, para a qual basta uma presunção de veracidade do alegado baseada em um dado objetivo, independente de qualquer urgência. Outro exemplo é o caso de tutela antecipada em razão do abuso do direito de defesa (CPC, art. 273, II).

O enfrentamento desta questão é importante porque repercute, ainda que indiretamente, no princípio do contraditório, já que, sendo uma *tutela de urgência*, o âmbito de *reação* do réu volta-se para a negação do *fumus boni juris* e/ou do *periculum in mora*, ao passo que, diante de uma *tutela de evidência*, a sua contrariedade restringe-se aos fatos apontados pelo autor e que a lei considera suficiente para demonstrar a plausibilidade do direito.

Dentro dessa linha de raciocínio, José Roberto dos Santos Bedaque efetuou um corte metodológico nas duas medidas cautelares patrimoniais, no qual conseguiu apontar diferenças ontológicas e de finalidade.

Para o professor da Universidade de São Paulo, a indisponibilidade prevista no art. 7º da LIA está restrita ao valor do dano causado ou ao acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita. Necessita a parte apontar o valor do suposto dano ou do acréscimo patrimonial e pleitear a indisponibilidade sobre os bens suficientes ao ressarcimento a ser decidido em outra sede. Aqui basta que se demonstre a verossimilhança. Desnecessário comprovar o perigo de dano, pois o legislador contentou-se com o *fumus boni juris*, tendo em vista a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público.

Adverte o mencionado autor, contudo:

(...) que a tutela sumária fundada na evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse



elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessária a presença do perigo de dano. O poder geral de concessão de tutelas sumárias está relacionado à urgência e à evidência.

(...)

Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que 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, segundo a qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92.

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

(...)

Desse modo, como afirmado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, no REsp 1.315.092/RJ, DJe 14/6/2012, “é importante reiterar e salientar essa circunstância: a indisponibilidade de bens é medida que, por força do art. 37, § 4º da Constituição, decorre automaticamente do ato de improbidade. Daí o acertado entendimento do STJ no sentido de que, para a decretação de tal medida, dispensa-se a demonstração do risco de dano (**periculum in mora**), que é presumido pela norma, bastando ao

*demandante deixar evidenciada a relevância do direito (**fumus boni iuris**), ou seja, a configuração do ato de improbidade e a sua autoria”.*

Ressalta-se que a decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa 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.

(...)

Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes pelo valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).

Assim, aplica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, até a liquidação, devem permanecer bloqueados quantos bens foram bastantes para dar cabo da execução em caso de procedência da ação.

Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

(...)

Nessa linha, a constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no

enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sus subsistência.

Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma *tutela de evidência*, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora.

(...)

Aliás, nem a constrição provoca qualquer situação de dano irreparável para a parte. No curso da instrução do feito, se for o caso, a medida pode ser levantada, no todo ou em parte. Reitere-se que o magistrado de 1º grau proferiu apreciação bem fundamentada e concluiu que há indícios convincentes de atuação problemática do agravante. No mínimo teria ocorrido a falta de planejamento adequado e falta de cuidado na aplicação de recursos públicos.

(...)

Ora, pela leitura do trecho acima, verifica-se que houve pela Corte de origem conclusão pela existência do ***fumus boni iuris***, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram supostamente realizadas de forma fraudulenta.

Ora, estando presente o ***fumus boni iuris***, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (***periculum in mora***), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.

De fato, a nossa jurisprudência notabiliza-se pelo reconhecimento de peculiaridades no âmbito do sistema acautelatório das ações de improbidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA. ASSUNÇÃO ILEGAL DE DÍVIDAS PELO MUNICÍPIO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. ART. 10 DA LEI 8.429/1992. ELEMENTO SUBJETIVO. CULPA DEMONSTRADA. NEGLIGÊNCIA DO EX-PREFEITO. OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. PREMISSA FÁTICA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967.

1. Inexiste litisconsórcio passivo necessário (art. 47 do CPC) com partes não atingidas pelo provimento judicial almejado.

2. O posicionamento firmado pela Primeira Seção é que se exige dolo, ainda que genérico, nas imputações fundadas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992 (enriquecimento ilícito e violação a princípio), e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10 da mesma norma (lesão ao erário).

3. Inviável a modificação da premissa fática estabelecida pela instância ordinária, referente à ocorrência de lesão patrimonial ao erário, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. Precedentes.

5. Agravo em recurso especial conhecido para negar provimento ao recurso especial.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ASSUNÇÃO ILEGAL DE DÍVIDAS PELO MUNICÍPIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. SÚMULA 284/STF. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DANO PATRIMONIAL AO ERÁRIO RECONHECIDO. DEFERIMENTO DA MEDIDA JUSTIFICADA. *PERICULUM IN MORA* IMPLÍCITO. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DE BENS. MULTA CIVIL INAPLICÁVEL. PRESCRIÇÃO DAS DEMAIS SANÇÕES DA LIA.

1. Ao alegar violação ao art. 535 CPC, deve o recorrente indicar com precisão em que consiste a omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Aplica-se a Súmula 284/STF quando forem genéricas as alegações.

2. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um

juízo político, enquanto a segunda submete-os ao juízo pela via judicial, pela prática do mesmo fato. Precedentes.

**3. O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano material ao Erário.**

**4. O *periculum in mora* está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de indisponibilidade, uma vez que visa a “assegurar o integral ressarcimento do dano”.**

5. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, 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*.

6. A medida constritiva em questão deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa, 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. Precedentes do STJ.

7. Considerando a ocorrência da prescrição punitiva em relação às demais sanções da LIA, como é o caso da multa civil, a indisponibilidade de bens deve apenas assegurar a recomposição do dano.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp 1.256.232/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO.

1. Trata-se, originariamente, de Ação que visa ao reconhecimento de improbidade administrativa por irregularidade na prestação de contas referentes ao repasse de recursos financeiros de verbas destinadas a custear transporte escolar e merenda (PNAE E PNATE), com prejuízo de aproximadamente R\$ 500 mil (valores de outubro de 2009). A indisponibilidade de bens foi indeferida na origem, por ausência de

*periculum in mora.*

**2. Assente na Segunda Turma do STJ o entendimento de que a decretação de indisponibilidade dos bens não está condicionada à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Posição contrária tornaria difícil, e muitas vezes inócua, a efetivação da Medida Cautelar em foco. O *periculum in mora* é considerado implícito. Precedentes: Edcl no REsp 1.211.986/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 9.6.2011; REsp 1319515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 21/09/2012; REsp 1.205.119/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28.10.2010; REsp 1.203.133/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.161.631/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 24.8.2010; REsp 1.177.290/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 1.7.2010; REsp 1.177.128/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 16.9.2010; REsp 1.134.638/MT, Segunda Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, DJe 23.11.2009.**

3. Recurso Especial provido para conceder a medida de indisponibilidade de bens.

(REsp 1.343.371/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013) – grifos acrescidos

ADMINISTRATIVO. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. PRECEDENTES. FUMUS BONI IURIS.** ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(AgRg no AREsp 197.901/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012) – grifos acrescidos

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ENTENDIMENTO DO STJ**

DE QUE É POSSÍVEL ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL. SUFICIÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (FUMAÇA DO BOM DIREITO). PERIGO DA DEMORA IMPLÍCITO. INDEPENDÊNCIA DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. INCIDÊNCIA TAMBÉM SOBRE BENS ADQUIRIDOS ANTES DA CONDUTA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE INDIVIDUALIZA AS CONDUTAS E INDICA DANO AO ERÁRIO EM MAIS DE QUINHENTOS MIL REAIS. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Hipótese na qual se discute cabimento da decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

2. O acórdão recorrido consignou expressamente “haver prejuízo ao erário municipal”, bem como que “estariam presentes os requisitos necessários (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*) (...) limitado ao valor total de R\$ 535.367.50”.

**3. O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do *fumus boni iuris*; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes: REsp 1.115.452/MA; REsp 1.194.045/SE e REsp 1.135.548/PR.**

4. Ademais, a indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, afere receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (AgRg na MC 11.139/SP).

5. Destarte, para reformar a convicção do julgador pela necessidade da medida em favor da integridade de futura indenização, faz-se impositivo revolver os elementos utilizados para atingir o convencimento demonstrado, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 20.853/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012) – grifos acrescidos

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. REVISÃO. FATOS. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 07/STJ.

**1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de *periculum in mora* concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade.** Precedentes: REsp 1.203.133/MT, Rel. Ministro Castro Meira, REsp 967.841/PA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 8/10/2010, REsp 1.135.548/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 22/6/2010; REsp 1.115.452/MA, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 20/4/2010.

2. O Tribunal de origem, porém, em nenhum momento manifestou-se sobre a plausibilidade da responsabilidade imputada ao recorrido.

3. É vedada a imersão no conjunto fático-probatório da demanda, nos termos da Súmula 07/STJ, para a apreciação das provas documentais apontadas pelo recorrente, a fim de aferir se o recorrido incorreu ou não em dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Precedentes.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.190.846/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) – grifos acrescidos

Há de ser mencionado, ainda, que, a teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a indisponibilidade pode alcançar tantos bens quantos forem necessários a garantir as consequências financeiras da prática de improbidade, mesmo os adquiridos anteriormente à conduta ilícita (Nesse sentido: REsp 637.413/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/5/2009, DJe 21/8/2009; e AgRg no REsp 895.608/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/5/2008, DJe 27/5/2008).



Sendo assim, a jurisprudência deste Tribunal formada em torno do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 sagrou o entendimento de que a medida cautelar instituída pela Lei de Improbidade Administrativa apresenta-se com caráter especial – que realça a necessidade de segurança jurídica, não estando submetida, por essa razão, à compreensão geral das cautelares, sob pena de serem suplantados os próprios propósitos da tutela a ser alcançada pela ação de improbidade administrativa. Exige-se, entretanto, que a indisponibilidade de bens cautelarmente decretada esteja fundamentada em indícios da prática de atos capitulados pela referida legislação específica.

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A  
PREPARAÇÃO/FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO**



*Luis Felipe Salomão*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PREPARAÇÃO/FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO**  
*Ministro Luis Felipe Salomão*

## **1. INTRODUÇÃO**

O estágio atual da preparação e formação de juízes no Brasil é tema por demais desafiador.

Vem a calhar a obra imortal de Kafka, que superou o seu tempo e apresenta um painel rico em várias questões da vida moderna. Direito, psicanálise, religião, são assuntos tratados com absoluta transparência e objetividade.

O percurso surrealista de Joseph K, no magnífico texto de “O Processo”, homem indefeso e incrédulo dentro de um sistema judicial anacrônico e corrupto, hierarquizado e inacessível, cruel e injusto, é o pano de fundo de uma ampla reflexão sobre o Judiciário que se iniciou no segundo pós-guerra e ainda não terminou.

Por isso, a importância da preparação do magistrado, de grande relevância para o processo de *mundialização* vivenciado pela sociedade pós-moderna.

## **2. ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

No Brasil, a partir da Constituição de 1988, quando se redemocratizou o País, é que o Judiciário começou a ser demandado

pela maioria da população brasileira. Essa explosão de demandas judiciais, funcionando como verdadeiro conduto de cidadania, teve reflexo imediato: a crise do Poder Judiciário.

Na verdade, essa plethora de novas ações representa uma medalha de duas faces. Por um lado, é bem verdade que nunca o Judiciário teve tanta visibilidade; por outro, também é verdadeiro que a qualidade dos serviços prestados decaiu muito, e a demora para a solução dos litígios constitui o que se denomina de *eternização das demandas*.

Ademais, surge o fenômeno da judicialização das relações políticas e sociais, assim também o tema da democratização do acesso à Justiça.

Acesso à Justiça - e não apenas ao Poder Judiciário - implica a garantia de acesso ao justo processo, sem entraves e delongas, enfim, garantia de ingresso em uma máquina apta a proporcionar resolução do conflito trazido, com rapidez e segurança.

No Brasil, 25 anos após a Constituição de 1988, o número de casos novos multiplicou-se mais de 80 vezes.

Em 1988, houve ajuizamento de cerca de 350 mil novas ações em todos os segmentos da justiça. Em 2012, último levantamento do “Justiça em números” (CNJ), foram mais de 28 milhões, com crescimento anual de cerca de 9%. Há próximo de 92 milhões de processos em andamento, com uma taxa de 70% de congestionamento.

Nada obstante, os juízes brasileiros ocupam o terceiro lugar no mundo em termos de maior produtividade, com carga de trabalho de cerca de 5.000 processos por ano para julgamento.<sup>1</sup>

Os números revelam 1 processo para cada 2 habitantes no Brasil - o que presume uma grande concentração de casos em poucos litigantes -, enquanto na Austrália existe 1 processo para cada 6,4 mil habitantes.

---

<sup>1</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Brasília, 2011.

Na verdade, apesar de realizados há mais de 20 anos, foi a partir dos primorosos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (“Acesso à Justiça”, Editora Sergio Antonio Fabris, 2002) que inúmeras contribuições para enfrentar o grave problema aperfeiçoaram-se, dentre as quais se destacam: a) a assistência judiciária gratuita; b) as ações coletivas; c) as soluções alternativas à jurisdição.

Entre nós brasileiros, a Constituição Federal (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV) estabelece o princípio geral do amplo, gratuito e democrático acesso à Justiça. Além disso, a Lei da Assistência Judiciária (nº 1.060/50), a Lei da Ação Popular (nº 4.717/65), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a Lei dos Juizados Especiais (nº 9.099/95) e a Lei da Arbitragem (nº 9.307/96), dentre outras, são exemplos reais de tais preocupações.

De fato, o crescimento da sociedade e sua complexa estruturação num mundo globalizado orientou a adoção de modelo temperado de divisão de tarefas, no sentido de facilitar aos cidadãos o acesso à justiça, bem como de conferir alternativas confiáveis para a solução de conflitos.

### **3. FORMAS DE SELEÇÃO DA MAGISTRATURA**

#### **3.1. A função judicial**

Está aceito que não há sociedade sem direito. O conjunto normativo, escrito ou não, exerce função ordenadora da sociedade.

Enquanto inexistente o Estado organizado, prevalecia a Justiça privada. Vale dizer, os conflitos de interesses surgidos no seio social eram resolvidos pela autotutela (ou autodefesa), equivalente à lei do mais forte ou do mais astuto. Se isso não ocorresse, sobrevinha a autocomposição, quando ambas as partes em conflito, ou uma delas, abria mão do interesse, ou parte dele, advindo a desistência (renúncia à pretensão), submissão (aceitação plena da pretensão, sem resistência) ou transação (mútuas concessões).

A partir do surgimento efetivo do Estado, já no direito romano, ele próprio chama para si a função de dizer a jurisdição, a missão de resolver os conflitos da sociedade, de modo a restabelecer a paz social abalada com a pendência. Desloca-se o eixo: a Justiça, antes em regra de natureza privada, passa a ser pública.

Evidentemente, todas essas transformações não ocorreram instantaneamente, de um momento para o outro. Ao contrário, os fatos aconteceram com as vicissitudes e a velocidade normal das ocorrências históricas.

Portanto, dentre as principais funções do Estado moderno (*v.g.*, administrar, legislar), avulta a missão de prestar jurisdição como garantidora dos direitos individuais e coletivos, sempre na pretensão de zelar pela convivência harmoniosa dos integrantes da sociedade.

### **3.2. A independência dos juízes**

A questão da independência dos juízes tem íntima ligação com o que se denomina de controle de constitucionalidade das leis.

No caso dos Estados Unidos da América, a partir da Constituição de 1787, surgiu fenômeno que logo ganhou o mundo, denominado supremacia da Constituição (a “lei das leis”). Os americanos, após a luta sangrenta pela independência, compreenderam bem o grande desafio do homem contra o tempo e contra a morte e trataram de inserir na Constituição os *valores* principais da sociedade que pretendiam ver construída. As leis passam e podem ser revogadas, mas a Constituição fica.

A sociedade americana incumbiu os seus juízes de interpretar esses *valores* da Carta Constitucional, fazendo com que eles se tornem perenes, imutáveis, mas adaptados à realidade moderna. Na luta contra o tempo, são os magistrados os encarregados de dizer se uma lei fere ou não os princípios constitucionais.

Por isso mesmo, a Suprema Corte decide as grandes causas que envolvem a cidadania americana, tais como o fim da discriminação racial, permissão para o aborto, dentre outros tantos temas relevantes.

É o movimento descrito na doutrina constitucional como *judicial review*, pois a sociedade confiou aos juízes, pela força de seus julgamentos, a concretização das normas (*valores*) constitucionais.

Percebe-se claramente a diferença do sistema francês. No berço da revolução que modificou o mundo, os franceses pós-revolucionários passaram a nutrir desconfiança em relação aos juízes, um dos poucos cargos de funcionários públicos que não foram *decapitados* pelo *nouveau regime*.<sup>2</sup>

Talvez por isso, também, tomando o paradigma francês, a maioria dos países europeus tenha constituições flexíveis - que podem ser alteradas por legislação menor -, criando o que se denominou chamar de supremacia do parlamento.

Como havia desconfiança na atuação do Judiciário sob o velho regime francês, melhor seria não lhe confiar a guarda absoluta dos valores constitucionais, nem tornar imutáveis ou perenes as Constituições.

No Brasil, desde a primeira Constituição Republicana de 1891, os juízes gozam das principais garantias, como a vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, o que coloca o Poder Judiciário em um estágio avançado em relação aos vizinhos latino-americanos.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. *Revista jurídica virtual*. Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_05/evol\\_historica.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm)>. Acesso em 9/11/2013. NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil: crônica dos tempos coloniais*. v. 1. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000. NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. v. 2. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.



Vale lembrar, no particular, a sempre lembrada lição de Calamandrei<sup>4</sup>, mencionada pelo grande jurista Mauro Cappelletti: “Não é honesto refugiar-se atrás da cômoda frase feita de quem diz que a magistratura é superior a toda crítica e a toda suspeita: como se os magistrados fossem criaturas sobre-humanas, não tocados pela miséria dessa terra, e por isso intangíveis. Quem se satisfaz com estas vãs adulações ofende a seriedade da magistratura: a qual não se honra adulando-a, mas ajudando-a, sinceramente, a estar à altura de sua missão.”

### **3.3. Formas de recrutamento no mundo**

Um dos problemas contemporâneos mais complexos, em um mundo sem fronteiras e cada vez mais conectado em razão da revolução ocorrida - sobretudo nos últimos vinte anos -, nos meios e modos de comunicação, é, sem dúvida, descobrir a “forma” correta de seleção dos juízes.

Vale dizer, diversos países debatem sobre a maneira de melhor recrutar o corpo de magistrados encarregados de prestação estatal da jurisdição, de maneira a atender às exigências da sociedade moderna.

Há um consenso de que não basta um candidato que domine puramente a ciência jurídica, do ponto de vista exclusivamente técnico.

Os desafios do mundo atual para o exercício de tão relevante mister exigem a escolha de jurista com sensibilidade e inteligência emocional, além de formação humanística que lhe permita conhecer noções gerais acerca de sociologia, filosofia, ética, deontologia, liderança, administração, micro e macroeconomia, relacionamento com os outros Poderes e com a mídia, dentre outros atributos.

Não é tarefa fácil estabelecer uma forma de seleção que possa aferir tantos predicados, de modo a buscar o perfil de juiz desejado pela sociedade, sobretudo os mais vocacionados, compatibilizando a escolha com os requisitos da impessoalidade e moralidade previstos na Constituição Federal.

---

<sup>4</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Na maioria dos países – incluindo o Brasil –, o recrutamento para a magistratura tem como base, em regra, o ingresso pela via do concurso público.

Alemanha, França, Portugal e Espanha possuem “escolas de magistratura” com longa experiência, e nenhum magistrado começa a trabalhar sem que tenha passado, pelo menos, um longo período em treinamento. Na verdade, e em regra, o concurso público é realizado para ingresso nas próprias escolas, e as provas no curso ali ministrado têm caráter eliminatório.

Com efeito, no sistema alemão, a sua principal característica está na necessidade de os candidatos ao exercício de uma profissão jurídica frequentarem uma mesma formação, composta por duas fases: formação *universitária* e formação *prática*. O curso universitário dura entre 3 anos e meio e 5 anos e meio, após o aluno é submetido a um rigoroso exame final. Uma vez aprovado, segue para a fase prática, com duração de 2 anos, sendo obrigatória a realização de estágios obrigatórios – em jurisdição civil, penal, na Administração Pública e em escritório de advocacia – e de outros de caráter facultativo. Ao final dessa segunda fase, o aluno é submetido às provas escritas (*Klausurem*) e à oral, incluindo um trabalho sobre um caso concreto (*Aktenvortrag*). Após a nomeação, existe um período probatório que pode variar entre 3 e 5 anos, com a aplicação de avaliações semestrais nos 2 primeiros anos, em que o presidente do Tribunal de Recurso pode dispensar o novo magistrado, sem justificativa e, a partir do terceiro ano, somente por inaptidão. Findo o período probatório, a nomeação é definitiva e vitalícia para a carreira jurídica.

Na França, o ingresso à magistratura é realizado junto à *École Nationale de la Magistrature* (ENM), cujo acesso não é restrito aos bacharéis em direito, sendo porém, amiúde, a maioria dos alunos. A ENM organiza 3 concursos de recrutamento por ano: o primeiro, para bacharéis com idade até 27 anos; o segundo, reservado aos funcionários

com pelo menos 4 anos de serviço e idade até 40 anos; o terceiro (instituído pela Lei Orgânica de 1992), para candidatos com pelo menos 8 anos de atividade profissional e idade máxima de 40 anos. Além desses concursos, está prevista a seleção “sur titres”, limitada a 20% do número de auditores de justiça recrutados por concurso e dirigida a candidatos entre 27 e 40 anos de idade, com experiência profissional mínima de 3 a 4 anos, reduzindo-se o período de formação para 27 meses. As provas dividem-se em *provas escritas de admissibilidade* e *provas orais de admissão*. A lei orgânica de 2001 criou também um concurso complementar destinado a recrutar magistrados de primeiro e de segundo grau, postos mais elevados na hierarquia judiciária. Para o segundo grau, é necessária idade mínima de 35 anos e 10 anos de atividade profissional; para o primeiro grau, 50 anos de idade e 15 anos de experiência profissional. Os admitidos devem cursar 1 mês de formação na ENM antes de um estágio de 5 meses em atividade jurisdicional.

No modelo espanhol, os candidatos à magistratura judicial ou do Ministério Público (*fiscal*) devem se submeter ao concurso público. A opção por uma ou outra carreira será definida pela pontuação obtida no rigoroso certame, abrindo acesso às escolas de formação: a *Escuela Judicial*, para juízes (criada em 1944, recebendo formandos a partir de 1960 e refundada em Barcelona em 1997), e o *Centro de Estudios Jurídicos*, para os *fiscales*. O plano de formação da *Escuela Judicial*, aprovado anualmente pelo *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ), exige o preenchimento de lacunas formativas não detectadas pelo concurso, aberto à pluridisciplinaridade e à realidade social, com uma duração de 2 anos. No primeiro ano, o curso envolve aulas teóricas e casos práticos, objetivando o desenvolvimento da capacidade de análise. No segundo ano, os alunos realizam estágios práticos nos tribunais de Primeira Instância e em de Instrução, permitindo contato direto com o direito, com os princípios processuais e com regras de procedimento. Em ambas as fases, a avaliação é feita continuamente, principalmente pelas informações prestadas pelo juiz orientador. Objetiva-se, dessa forma, estimular a percepção dos problemas jurídicos, aprofundar e

complementar o conhecimento acerca da realidade social, dentro da perspectiva local, continental e internacional.<sup>5</sup>

Também de modo geral, na Europa Continental, sempre que uma lei entra em vigor, os juízes inicialmente a debatem, estudam-na e entendem adequadamente seu alcance, pois se acredita que o magistrado bem capacitado faz a lei ter eficácia plenamente, impedindo aquele chavão de que o texto legal é bom, “mas não pegou”.

## 4. A PREPARAÇÃO E FORMAÇÃO DOS JUÍZES NO BRASIL

### 4.1. Introdução

Introduzir é conduzir de um lugar para outro, fazer entrar num lugar novo.

Adquirindo por empréstimo a belíssima imagem de Michel Miaille<sup>6</sup>, a visita a uma casa, com a orientação de um *guia*, é sempre uma experiência diferente.

A visão que se tem dos cômodos da casa, as fachadas, seus ambientes e interiores, é a de uma terceira pessoa, e não do próprio visitante.

Visitar a construção *sozinho*, sem o *guia*, implica outra forma de observação, descobrindo as divisões internas, os quartos fechados, a lógica do edifício.

---

<sup>5</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico); GOMES, Conceição (Coord.). In: *O sistema judicial e os desafios da complexidade social: novos caminhos para o recrutamento e a formação de magistrados*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. Disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio\\_Formacao\\_16Jun.pdf](http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Formacao_16Jun.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2013. SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.). In: *O recrutamento e a formação de magistrados: análise comparada de sistemas em países da União Europeia*. Disponível em <[http://opj.ces.uc.pt/pdf/ORFM/Recrutamento\\_formacao\\_magistrados.pdf](http://opj.ces.uc.pt/pdf/ORFM/Recrutamento_formacao_magistrados.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2013. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Secretaria de Documentação. *Subsídios à implantação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados/ENFAM no Superior Tribunal de Justiça*. V. I e IV. Brasília, 2006.

<sup>6</sup> *Introdução Crítica ao Direito*, 2ª edição, Editora Estampa.

Há ainda a visão daquele que é um *habitante* da casa, que conhece os relatos familiares, as escadas ocultas, a atmosfera íntima dos ambientes.

Para logo se verifica que um mesmo fenômeno permite uma diversidade de percepções, dependendo do ângulo que o observador o examine.

Assim também é a preparação que se deve realizar do magistrado recém-ingresso; permanente, continuada, para que a “seleção” se conecte à “preparação”, em seguida ao exercício da função e depois ao constante “aperfeiçoamento” do juiz.

É como se, prosseguindo na mesma imagem do “visitante e da casa”, além de se procurar um panorama geral da construção, ainda venha a se examinar as suas estruturas.

Por outro lado, qualquer estudo do direito não pode ser minimamente compreendido, senão em relação a tudo que permitiu sua existência, vislumbrando-se, em seguida, um futuro possível.

É dizer, devemos projetar o direito no mundo real onde ele encontra o seu lugar e a razão de ser, vinculando-o a outros fenômenos da sociedade, solidário com o tempo passado, presente e futuro.

O conjunto das normas jurídicas é, antes de mais nada, uma visão generosa de um povo, buscando reduzir os antagonismos sociais.

O juiz é o grande artífice dessa obra de engenharia social, o guardião das promessas constitucionais, e a democracia exige seu adequado preparo para bem e fielmente cumprir sua missão, o que faz lembrar a figura festejada por Hélio Tornaghi:

É utilíssimo para um povo ter boas leis; mas é melhor ainda ter bons juízes.

Há, na verdade, duas maneiras de conceber a função do juiz.

A primeira é a descrita com tanta finura por Kantorowicz, reproduzida mais tarde por Calamandrei, lembrando a figura do juiz funcionário público, armado com aquela máquina de pensar que o prende aos grilhões da letra estreita da lei.

O segundo é a do juiz que sente e pensa como qualquer pessoa normal, que não é peça de uma engrenagem; que vivifica a lei como o oxigênio da realidade.

Esse é o bom juiz, que tem a firmeza no agir e a suavidade no trato.

O bom juiz é, antes de mais nada, um justo.

#### 4.2. Perfil de ingresso na magistratura brasileira

A última pesquisa sobre o tema, extensa e detalhada, foi realizada em 2005 pela Professora Maria Tereza Sadeck (USP), uma das maiores especialistas em estudos sobre Poder Judiciário, apontando o perfil dos juízes que ingressam na magistratura brasileira.<sup>7</sup>

Conforme o estudo, 96,5% dos juízes ativos exerceram atividade profissional anterior ao ingresso na magistratura, contra apenas 3,5% que não a realizaram, o que descaracteriza a ideia de que o juiz ingressa sem experiência. O tempo médio de formatura até o ingresso na magistratura é 7,2 anos, reforçando essa tese.

Quanto ao exercício de atividades acadêmicas, 4,8% dos magistrados lecionam em faculdade de direito pública, 20,3% em faculdade de direito privada, 17,1% ministram aulas em escolas de magistratura e 10,3% atuam em outras instituições. Nítido, portanto, que a maioria dos juízes tem dedicação exclusiva à missão de julgar.

A tendência, no Brasil e no mundo, é o recrutamento de candidatos mais jovens, ainda não inseridos completamente no mercado de trabalho.

Esse fenômeno da *juvenilização* é comum na Europa, especialmente na França, Itália, Portugal, Espanha e Alemanha.

Em todos os casos, é a democracia de acesso que a induz.

---

<sup>7</sup> SADECK, Maria Tereza (Coord.). *Magistrados brasileiros: caracterização e opiniões*. 2005. Disponível em <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acesso em 9/11/2013. SADECK, Maria Tereza (Coord.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: editora FGV, 2006.

No sistema da *common law*, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, o recrutamento é diferente. Em regra, não há concursos públicos, e a seleção é realizada ora por eleição, ora por indicação da Corte ou do Presidente da República, apontando os advogados mais antigos e experientes e, claro, profissionais com idades mais avançadas.

Os dados de 2005 permitem uma útil comparação com os elementos extraídos da significativa e pioneira pesquisa “O perfil do magistrado brasileiro”, do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), em conjunto com a Associação de Magistrados Brasileiro (AMB), realizada em 1996 pelos sociólogos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos.<sup>8</sup>

O exame comparado dos números permite um olhar generoso quanto à evolução da magistratura nos últimos anos.

No estudo do IUPERJ, indagou-se a opinião dos magistrados acerca da forma de ingresso na carreira. Dentre os juízes de primeiro grau em atividade, 98,2% acreditam que o sistema de concurso público melhor assegura o estado democrático de direito, contra 1,8% que pensa ser o processo eletivo um meio de aproximar o Poder Judiciário aos valores da comunidade de maneira mais efetiva.

A pesquisa apontou também que, para 62,9% dos juízes de primeiro grau e 58% dos magistrados de segundo grau, o concurso público para ingresso na magistratura, na forma pela qual vem sendo realizado, tem facultado o acesso de todos os profissionais do direito aos seus quadros, possibilitando o recrutamento de pessoas de variadas faixas etárias, de diferentes regiões e com formações culturais diversas.

A assertiva de que as Escolas da Magistratura devem servir como instrumento que favoreça uma melhor seleção dos futuros juízes, oferecendo ensino especializado àqueles que pretendem concorrer à

---

<sup>8</sup> VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: AMB:IUPERJ, 1996.

magistratura e prevendo concessão de bolsas de estudo para os seus melhores alunos, conta com a concordância de 59,1% dos juízes de primeiro grau e 63,3% dos de segundo grau.

Um dado muito relevante, que já despontava em 1996, é o de que os magistrados de primeiro e segundo grau, na proporção de 45% e 54,2%, respectivamente, afirmam ser importante a passagem dos futuros juízes pela Escola da Magistratura.

Naquela época, dentre os magistrados que ingressaram na carreira mediante concurso, 32% dos juízes de primeiro grau e 6,6% dos de segundo grau frequentaram Escola da Magistratura.

A experiência profissional anterior na área de Direito era vista como condição indispensável para ingresso na carreira por 74,4% dos juízes de primeiro grau e 71,2% dos de segundo grau.

A maioria dos entrevistados (58,3% dos juízes de primeiro grau e 58,9 dos de segundo grau) avaliaram que, nos dias atuais, a capacitação do magistrado, para além de seu talento, está associada à qualificação técnica, perícia científica e formação especializada. Concordaram que a carreira do juiz, para se fazer independente de avaliações subjetivas, deve ser institucionalizada pelo Poder Judiciário, segundo critérios de titulação como ocorre em outras profissões, a partir da criação de cursos orientados para qualificação progressiva dos magistrados.

### **4.3. As Escolas de Magistratura no Brasil**

Há grande diversidade em relação às escolas em funcionamento, algumas se voltando para a formação de juízes, outras se dedicando à preparação, seleção e aperfeiçoamento.

De acordo com os dados colhidos da pesquisa realizada pela juíza Maria Inês Correa de Cerqueira César Targa<sup>9</sup>, realizada no ano de 2005,

---

<sup>9</sup> *Diagnóstico das Escolas de Magistratura existentes no Brasil* – revista ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, nº 10, p. 21-22.



dentre as Escolas do País, 54,54% são vinculadas a Tribunais e 27,27%, a associações de magistrados; 18,18% não têm vínculos.

Analisando ainda os números, majoritariamente (68,18%) as escolas brasileiras exploram dúplice atividade: formação do candidato à magistratura e formação inicial e continuada do magistrado já empossado. Dedicam-se apenas ao aprimoramento do magistrado 22,72% das escolas e, somente à formação do candidato, 9,09%.

A maior parte das escolas (72,72%) tem cursos regulares para candidatos à carreira e 13,63% ministram cursos regulares aos magistrados já empossados. Em regra, os juízes que ingressaram na carreira recebem cursos esporádicos (68,18%).

A pesquisa também revela que a atividade de formação do candidato à magistratura tem sido desenvolvida de forma mais organizada do que aquela destinada aos magistrados. A média dos cursos preparatórios é de 703,56 horas-aula, ao passo que à formação inicial e continuada dos magistrados empossados são destinadas, em média, 133,50h e 22h, respectivamente.

Aponta o estudo que o corpo docente das Escolas é formado, em grande parte, por juízes (60,75%), advogados (17,89%) e membros do Ministério Público (13,01%). Apenas 8,35% dos docentes não integram essas carreiras.

O grupo de professores inseridos nas Escolas é composto de 10,46% de doutores, 22,14% de mestres e 29,31% de especialistas.

É relevante o fato de que mais da metade das escolas (59,09%) obtém suas receitas dos cursos preparatórios que ministram.

## **5. A ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM)**

### **5.1. Histórico**

Não obstante a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35/1979) contemplese em seu texto a possibilidade de a lei exigir dos

candidatos à magistratura – para a inscrição no concurso – e dos juízes – para fins de acesso aos Tribunais por merecimento – a habilitação em curso oficial de preparação e aperfeiçoamento (arts. 78, § 1º, 87, § 1º), a primeira experiência de escola de magistratura de âmbito nacional nasceu do movimento associativo: a Escola Nacional da Magistratura (ENM) da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Instituída há cerca de 50 anos, a ENM tornou-se a única entidade do gênero em torno da qual diversas escolas – estaduais, trabalhistas e federais – passaram a debater questões comuns às suas necessidades e novos rumos para a magistratura, tornando-se um fórum único de abrangência nacional. A ENM promoveu a realização de vários cursos no Brasil e no exterior.<sup>10</sup>

## 5.2. A criação da Enfam

A Constituição de 1988 avançou e estabeleceu a previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira (art. 93, IV, da redação anterior).

Porém, a grande inovação foi trazida pela Reforma do Judiciário, engendrada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, prevendo a criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), vinculada ao Superior Tribunal de Justiça. Assim dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 105 da Constituição da República de 1988:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Parágrafo único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>10</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Secretaria de Documentação. *Subsídios à implantação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados/ENFAM no Superior Tribunal de Justiça*. V. I e IV. Brasília, 2006.

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

[...]

Tal comando revela-se consonante com a nova redação conferida pela mesma Emenda ao inciso IV do art. 93 da Carta Maior, no sentido de se contemplar uma escola nacional de formação e aperfeiçoamento para reconhecer e certificar cursos ministrados no país para fins de vitaliciamento de magistrados.

Confira-se o texto da Constituição:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IV previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

[...]

A instituição da Escola Nacional ocorreu com a publicação da Resolução nº 3, de 30 de novembro de 2006<sup>11</sup>, alterada pela Resolução nº 5, de 1º de julho de 2008<sup>12</sup>, ambas da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, em que foram estabelecidos, como objetivos da novel instituição, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira da Magistratura.

Na sessão realizada em 20 de fevereiro de 2013, o Pleno do Superior Tribunal de Justiça aprovou - por aclamação - a incorporação à Enfam

---

<sup>11</sup> Publicada no Diário da Justiça da União de 4/12/2006, Seção 1, p. 158.

<sup>12</sup> Publicada no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça de 1º/7/2008.

do nome do saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, um dos idealizadores do projeto que instituiu a Escola de Formação.

Estão inseridas as seguintes atribuições para consecução desses objetivos:

(a) definir as diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento de magistrados;

(b) fomentar pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciários e da prestação jurisdicional;

(c) promover a cooperação com entidades nacionais e estrangeiras ligadas ao ensino, pesquisa e extensão;

(d) incentivar o intercâmbio entre a Justiça brasileira e a de outros países;

(e) promover, diretamente ou mediante convênio, a realização de cursos relacionados com os objetivos da Enfam, dando ênfase à formação humanística;

(f) habilitar e fiscalizar, nos termos do art. 93, II, “c”, e IV, e 105, parágrafo único, da Constituição da República, os cursos de formação para ingresso na magistratura e, para fins de vitaliciamento e promoção na carreira, os de aperfeiçoamento;

(g) formular sugestões para aperfeiçoar o ordenamento jurídico;

(h) definir as diretrizes básicas e os requisitos mínimos para a realização dos concursos públicos de ingresso na magistratura estadual e federal, inclusive regulamentar a realização de exames psicotécnicos;

(i) apoiar, inclusive financeiramente, a participação de magistrados em cursos no Brasil ou no exterior indicados pela Enfam;

(j) apoiar, inclusive financeiramente, as escolas da magistratura estaduais e federais na realização de cursos de formação e de aperfeiçoamento.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Art. 2º da Resolução nº 3, de 30 de novembro de 2006, alterada pela Resolução nº 5, de 1º de julho de 2008, ambas da Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

Por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), observa-se, por um lado, a Resolução nº 159, de 12 de novembro de 2012, que incursiona no tema para regulamentar os cursos oficiais de ingresso, formação inicial e aperfeiçoamento de magistrados; por outro lado, a Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, que, a pretexto de regulamentar os concursos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário, cria, na verdade, inúmeras dificuldades para os diversos atores do processo seletivo.<sup>14</sup>

Desde a sua instituição, a Enfam – diretamente ou por acordo de cooperação – tem cumprido sua missão constitucional ao promover os mais variados cursos de formação e de aperfeiçoamento de magistrados. De dezembro de 2008 a outubro de 2012, foram oferecidos 65 cursos, que contaram com mais de 2.600 inscritos – magistrados, servidores, diretores e coordenadores das Escolas, dentre outros.

Os cursos à distância (EaD) também têm se revelado um canal com elevado potencial, mercê de oferecer uma plataforma eficiente e interativa de capacitação, possibilitando a participação daqueles que se encontram afastados dos grandes centros urbanos. Entre 2010 e junho de 2012, a Enfam oferecia 4 cursos, concluídos por 709 dos inscritos; de junho de 2012 a outubro de 2013, a quantidade saltou para 8 tipos de cursos, os quais foram concluídos por 987 dos inscritos.

Em relação ao credenciamento de cursos, entre 2008 e 2009, foram habilitados 391; porém, de janeiro a outubro de 2013, 406 novos cursos foram credenciados, com duração que varia de 16 horas/aula a 2.386 horas/aula.

## 6. CONCLUSÃO

Destarte, é urgente e importante pensar na formação do juiz do futuro, adequando-a às aspirações da sociedade.

---

<sup>14</sup> Confira-se o artigo “*Deus e o Diabo*” na forma de seleção de juizes. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/deus-diabo-forma-recrutamento-juizes>>. Acesso em 9/11/2013.

O pleno desenvolvimento das escolas oficiais criadas pelos arts. 105, parágrafo único, I, e 101-A, I, da CF/88, junto ao Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho, contando com a participação das escolas existentes e com as sugestões da base da magistratura, é ponto relevante no atual estágio de evolução quanto à melhor formação dos juízes brasileiros. Ressalte-se que esses são os únicos órgãos vocacionais e com assento constitucional para estabelecer políticas públicas de seleção, formação e aperfeiçoamento de juízes.

O trabalho da Enfam, nessa perspectiva, não se resume em cancelar os cursos de formação mediante uma análise meramente burocrática, mas a de empreender e formular diretrizes que tenham por foco a seleção de magistrados, as quais servirão de base para as demais escolas de formação.

Dentro de um ambiente de formação e de aperfeiçoamento, os magistrados, além de reforçarem seu conhecimento técnico e atualizarem-se acerca das inovações legislativas, poderão refletir e discutir ideias para o enfrentamento dos reais desafios do Poder Judiciário no século XXI, a partir de um enfoque multidisciplinar – e não apenas jurídico –, que valorize princípios éticos e sopesa as necessidades de cada região do País.

Urge também que os concursos públicos para seleção de magistrados tenham a participação ou sejam realizados pelas Escolas de Magistratura, de modo a que o recrutamento obedeça à mesma diretriz da preparação.

Parece importante, ademais, a inserção de mecanismos de seleção que contemplem a busca dos mais vocacionados para a carreira, elementos que devem se somar ao conhecimento técnico indispensável ao exercício da profissão.

Além disso, primordial que haja um peso específico para os aspectos humanísticos da formação dos quadros da magistratura.

Igualmente relevante é conferir autonomia administrativa e financeira às Escolas de Magistratura, pois, somente com a possibilidade de planejar seus objetivos estratégicos, a magistratura ampliará o acesso dos cidadãos a uma justiça ágil, mais bem aparelhada, informatizada e, portanto, transparente e capaz de cumprir plenamente sua função social.

**O DIREITO DO MENOR SOB GUARDA  
À PENSÃO POR MORTE, NA JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



*Mauro Campbell Marques*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





**O DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE,  
NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
*Ministro Mauro Campbell Marques*

A hermenêutica previdenciária deve ser dedicada à melhor entrega da prestação jurisdicional previdenciária, o que implica a proteção social adequada e a perene busca do completo abrigo social, muito embora o Estado Social Subsidiário, sucessor do Estado Social ou do *Welfare State*, inspirado na teoria do chanceler Otto Von Bismark, já tenha identificado que não é fácil a tarefa da ampla e perfeita correção dos desvios sociais.

O sistema jurídico que comporta o direito social está comprometido com a proteção social adequada, superando a simples técnica protetiva. Tem por núcleo a preocupação com o direito social subjetivo a ser garantido de forma eficaz.

Segundo acentua Fábio Zambitte Ibrahim<sup>1</sup>, a dicotomia clássica entre os direitos público e privado continua válida, mas, em razão das novas premissas normativas, tendo o Direito alcançado o *status* de ciência normativa orientada a valores, é cada vez mais difícil evidenciar a distinção entre os seus ramos tradicionais, à medida que vão sendo repensados dentro do novo arcabouço constitucional.

---

<sup>1</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposeñação**: o caminho para uma melhor aposentadoria. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 11; 20-22.

Conclama Fábio Zambitte Ibrahim<sup>2</sup>, portanto, para a reflexão de que as normas de Direito Social são objeto de perquirição científica diferenciada.

O presente artigo tem por objeto de estudo a antinomia aparente entre a força normativa do artigo 33, § 3.º, da Lei 8.069/1990<sup>3</sup> (Estatuto da Criança e do Adolescente) — que confere à criança e ao adolescente, sob guarda, a condição de dependente para fins previdenciários — e a do § 2.º do art. 16 da Lei 8.213/1991, segundo alteração trazida pela Lei 9.528/1997, que retirou o menor sob guarda do rol de dependentes dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, cotejando isso com a jurisprudência do STJ, privilegiando o enfoque de que a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras e princípios constitucionais sobremaneira consagradas no art. 227.

Confira-se, de início, o teor do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º (...)

Apesar de ainda persistir a redação expressa desse preceito legal, saliente-se que, diante da modificação realizada no § 2º do art. 16 da

---

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

Lei 8.213/1991, trazida pela Lei 9.528/1997 — no que foi seguida por diversos regimes próprios de previdência social dos entes federativos, observada a competência constitucional concorrente da União e Estados-Membros para legislar sobre previdência social —, surgiu a controvérsia acerca do direito ou não de a criança ou adolescente, sob guarda, permanecer como segurado e potencial beneficiário de pensão por morte.

A esse respeito, diga-se que a pensão por morte, conforme elucida Oscar Valente Cardoso<sup>4</sup>, tem fundamento constitucional no art. 201, V, da Constituição Federal, está prevista nos arts. 74 a 79 da Lei 8.213/1991 e regulamentada nos arts. 105 a 116 do Decreto 3.048/1999.

O benefício pensão por morte possui, por via de regra, três requisitos para a sua concessão: 1º) óbito do segurado; 2º) qualidade de segurado, não necessariamente na data do falecimento; 3º) qualidade de dependente do postulante ao benefício.

Relativamente ao requisito dependente do segurado, o art. 16 da Lei 8.213/1991 estabelece três classes distintas, a saber: 1ª) cônjuge, companheiro (a) e filho (a) não emancipado (a), de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou, ainda, que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; 2ª) os pais; 3ª) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

O § 2º do citado art. 16 da Lei 8.213/1991<sup>5</sup> equipara ao filho o enteado e o menor *tutelado*, desde que comprovada a dependência

---

<sup>4</sup> CARDOSO, Oscar Valente. Direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte. **Revista CEJ**, v. 14, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

econômica da forma estabelecida no Regulamento, mas retirou, em razão de alteração legislativa, o menor sob guarda desse rol.

A condição de dependente, seja da criança ou do adolescente, sob guarda, gera controvérsia provocada pela alteração promovida pela Lei 9.528/1997, de 11/12/1997 sobre o § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, que excluiu do rol de dependentes a criança ou o adolescente sob guarda.

Como bem pontua Oscar Valente Cardoso<sup>6</sup>, a dificuldade em resolver a questão está no fato de que duas leis específicas, de igual hierarquia, abordam o assunto, uma de natureza previdenciária, outra destinada à proteção da criança e do adolescente, o que serve à conclamação da comunidade jurídica a refletir acerca da proteção à criança e ao adolescente sob a guarda de segurado da previdência.

Por um lado, não se pode ignorar a possibilidade da utilização irregular do instituto da guarda com o fito precípua de obtenção do benefício previdenciário fraudulento. Todavia, conforme adverte Oscar Valente Cardoso<sup>7</sup>, eventual desvirtuação do instituto da guarda não pode servir como fulcro de discriminação odiosa que acaba por excluir o menor sob guarda da proteção previdenciária.

Cumprido, então, definir os institutos da guarda e da tutela.

A tutela, na lição do professor doutor da UFMG Cesar Fiuza<sup>8</sup>, consiste no encargo cometido a certa pessoa, a fim de que gerencie a vida pessoal e patrimonial de menor incapaz, sobre o qual não se exerça poder familiar. Assim, estarão submetidos à tutela todos os menores incapazes cujos pais não possam exercer o poder familiar, seja por terem sido dele privados, seja por estarem mortos.

---

<sup>6</sup> CARDOSO, Oscar Valente. Direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte. *Revista CEJ*, v. 14, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> FIUZA, Cesar. **Direito civil**: curso completo de acordo com o Código civil de 2002. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1000.

A guarda de menores, de acordo com o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas<sup>9</sup>, é deferida pelo juiz à pessoa notoriamente idônea da família em caso de separação judicial ou divórcio em que forem culpados ambos os cônjuges, ou de suspensão ou extinção do pátrio poder do pai e da mãe do menor.

De acordo com o Código Civil de 2002 a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar<sup>10</sup>.

Embora o menor sob guarda tenha sido excluído do rol de dependentes da previdência social, quem defende que deve o mesmo ser beneficiado no âmbito previdenciário, o faz em atendimento ao disposto nos arts. 6º e 227 da Constituição<sup>11</sup>, os quais dispõem *in verbis*:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

Aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

---

<sup>9</sup> DICIONÁRIO jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 381.

<sup>10</sup> BRASIL. **Código civil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

obediência aos princípios de brevidade de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente ou abandonado;

programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

o plano nacional da juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Destaque nosso)

A jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, hoje, observa o Regime Geral da Previdência Social em detrimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, não reconhecendo ao menor sob guarda o direito à pensão por morte.

A Quinta Turma do STJ tinha precedentes no sentido de que a alteração na lei não excluiu o direito à pensão por morte da criança e do adolescente sob guarda, diante da proteção específica ainda conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a exemplo do REsp 727.716/CE<sup>12</sup>, de Relatoria do Ministro Gilson Dipp, DJe 16/5/2005.

Posteriormente, a mesma Quinta Turma passou a seguir o entendimento da Sexta Turma, e, finalmente, rendeu-se ao entendimento uniformizado pela Terceira Seção no sentido de que a lei previdenciária de natureza específica deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do ECA. Confirmam-se os EREsp 844.598/PI<sup>13</sup>, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 17/2/2009, e os EREsp 696.299/PE<sup>14</sup>, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJe 4/8/2009.

Registre-se que nos autos dos EREsp 727.716/CE<sup>15</sup>, a Terceira Seção do STJ, por intermédio do Relator Ministro Desembargador Convocado do TJ/SP Celso Limongi, afetou questão de ordem arguida pelo Ministério Público Federal à Corte Especial, que decidiu não

---

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de inconstitucionalidade nos embargos de divergência em recurso especial 2005/0098940-3. AI nos EREsp 727716 / CE. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, 16 de fevereiro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 maio 2011.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial 2007/0001419-5. EREsp 844598 / PI. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 26 de março de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 fev. 2009a.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial 2005/0082135-6. EREsp 696.299 / PE. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 23 de abril de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 04 ago. 2009b.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de inconstitucionalidade nos embargos de divergência em recurso especial 2005/0098940-3. AI nos EREsp 727716 / CE. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, 16 de fevereiro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 maio 2011.



acolher a preliminar de inconstitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, na redação da Lei 9.528/1997, na medida em que a lei superveniente não teria negado o direito à equiparação do menor sob guarda, tendo apenas se omitido em prevê-lo.

Registre-se, ainda, que no âmbito da Terceira Seção, o Ministro Desembargador Convocado do TJ/PR Campos Marques, proveu o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, autos da Petição nº 7.425/PE, reafirmando a jurisprudência no sentido de não ser possível a concessão de pensão por morte ao menor sob guarda, após a alteração legislativa.

Deslocada a competência da Terceira Seção para a Primeira Seção, para julgamento dos feitos em direito previdenciário, a Primeira Seção do STJ vem aplicando o entendimento uniformizado pela Terceira Seção do STJ.

Talvez seja, então, o momento adequado para outra reflexão acerca da jurisprudência do STJ, principalmente em observância ao aludido princípio da proteção integral do menor, consagrado no art. 227 da Constituição Federal de 1988<sup>16</sup>.

Conforme enfatizado por Fábio de Lucca Seghese<sup>17</sup>, trata-se de conferir máxima eficácia ao princípio constitucional da prioridade absoluta, que se projeta, no plano interpretativo, no sentido de exigir do operador jurídico uma leitura menos programática e mais garantista dos direitos da criança e do adolescente.

Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente não é uma simples lei, senão representando política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, mercê do art. 227 da Constituição Federal de 1988 que dispõe acerca

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

<sup>17</sup> SEGHESE, Fábio de Lucca. A guarda e seus reflexos previdenciários: vigência do art. 33, § 3º do ECA. **Boletim dos Procuradores da República**, v. 5, n. 63, jul. 2001.

do dever do Estado em assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em observância à proteção dos direitos da criança e do adolescente, o Ministério Público Federal, por intermédio do Procurador-Geral da República, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade, autuada sob o nº ADI 4.878/DF<sup>18</sup>, distribuída ao Ministro Gilmar Mendes, autos conclusos para decisão acerca do pedido de liminar, em que se requer a interpretação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 conforme à Constituição, merecendo destaques as seguintes razões sustentadas na petição inicial da referida ação, *in verbis*:

4. Após a alteração legislativa levada a cabo pela MP nº 1.596/97, convertida na Lei nº 9.528/97, os menores sob guarda, equiparados aos filhos na redação original, deixaram de constar expressamente do rol de beneficiários contido na Lei nº 8.213/91.

5. Diante disso, o Instituto Nacional do Seguro Social passou a entender que as crianças e adolescentes sob guarda não possuem o direito à pensão por morte, posição confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados.

6. Esta, contudo, não é a interpretação adequada a ser dada à nova redação do dispositivo impugnado.

7. A Constituição consagra o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhe os direitos fundamentais com absoluta prioridade.

8. E, no §3º do art. 227, arrola sete normas a serem seguidas pelo legislador ordinário, entre as quais se destacam aquelas que asseguram,

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4878. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 239, 06 dez. 2012.

a crianças e adolescentes, garantia de direitos previdenciários e o estímulo do Poder Público, inclusive mediante incentivos fiscais e subsídios, ao acolhimento, sob a forma de guarda, dos órfãos ou abandonados.

9. Em casos em que as normas infraconstitucionais possuem múltiplos significados, faz-se necessário encontrar aquele que se amolde ao conteúdo da Constituição.

10. No caso do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, existem duas possibilidades interpretativas: uma, segundo a qual a criança ou adolescente sob guarda perderam a condição de beneficiários da Previdência Social, ante a posterioridade e especificidade da lei previdenciária frente ao ECA, que a previa; e outra, que, apesar da omissão na legislação previdenciária, continua a encará-los como beneficiários.

11. Parece bastante evidente que a primeira interpretação é materialmente incompatível com os princípios constitucionais da proteção integral da criança e do adolescente e da isonomia. Quanto a este último, quando faz uma distinção injustificável entre o menor sob guarda e o menor sob tutela, ao preservar ao segundo a possibilidade de constar como dependente, excluindo o primeiro. Afinal, a dependência econômica do menor em relação ao segurado mostra-se invariável, seja ele enteado, tutelados ou menor sob guarda.

Aprende-se, a partir dessas premissas, que o menor sob guarda encontrar-se-ia, na atual interpretação do STJ acerca da legislação aplicável, em situação de vulnerabilidade porquanto aventadamente incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Assim, haveria verdadeiro direito social subjetivo a ser garantido de forma eficaz.

Na lição de Marcelo Novelino<sup>19</sup>, crianças e adolescentes passaram a ser considerados pela Constituição titulares dos direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar

---

<sup>19</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

e comunitária. E esclarece o doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)<sup>20</sup> *in verbis* “Em harmonia com este tratamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90) substituiu o antigo modelo da ‘situação irregular’ pelo da ‘proteção integral’, no qual as crianças e adolescentes são vistos como titulares de direitos e deveres”.

Conforme adverte o juiz federal do TRF-3ª Região Otávio Henrique Martins Port<sup>21</sup>, Mestre em Direito pela PUC/SP, ao se tratar dos dispositivos constitucionais definidores de direitos sociais, é preciso dar a adequada interpretação, isto é, ao direito social está relacionado um dever correlato exigível direta e imediatamente do Estado.

Confira-se a lição de Otávio Henrique Martins Port<sup>22</sup> *in verbis*:

Observe-se ainda que a responsabilidade em assegurar esses direitos à criança e ao adolescente é solidária, tendo sido distribuída igualmente entre família, sociedade e Estado, de modo que a assunção da responsabilidade por um deles não exclui a responsabilidade dos demais, cada um atuando no seu respectivo âmbito de competências, tudo voltado à ampla e irrestrita garantia de proteção ao menor.

De outra parte, no âmbito da Seguridade Social, que também constitui indissociável exemplo de direito social, sobreleva assentar que um dos seus objetivos é justamente assegurar a universalidade da cobertura e do atendimento, obedecendo à seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, de acordo com o art. 194, parágrafo único, incisos I e III da Lei Maior.

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 877.

<sup>21</sup> PORT, Otávio Henrique Martins. O direito à pensão por morte previdenciária do menor sob guarda sob a óptica do princípio constitucional da proteção especial ao menor. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

<sup>22</sup> PORT, Otávio Henrique Martins. O direito à pensão por morte previdenciária do menor sob guarda sob a óptica do princípio constitucional da proteção especial ao menor. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 253.

Vê-se, portanto, que, no âmbito constitucional, não há qualquer antinomia principiológica. Tanto os princípios que regem o subsistema da Seguridade Social como aqueles que informam o subsistema da proteção da criança e dos adolescentes apontam no mesmo sentido, vale dizer, na cobertura do atendimento aos menores e adolescentes, representada pela garantia de seu direito básico, qual seja, o direito à subsistência.

Sobre a antinomia em si, parece que o critério da especialidade não é hábil a dirimir a controvérsia. O magistrado, ao prestar a atividade jurisdicional, deve atender ao fim social a que se destina a lei; o fim social da lei previdenciária é abarcar as pessoas que foram acometidas por alguma contingência da vida.

Nesse aspecto, o Estado deve cumprir seu papel de assegurar a dignidade da pessoa humana a todos, em especial ao menor, cuja proteção tem absoluta prioridade.

A qualificação dos princípios como norma jurídica, conforme acentua Gisela Gondin Ramos<sup>23</sup>, é importante na medida em que, com a evolução do pensamento jurídico, eles deixaram de ser postulados meramente indicativos, quando muito subsidiários, ou simplesmente supletivos do ordenamento, para se tornarem verdadeiramente indispensáveis, vinculantes, o que significa dizer com capacidade de impor obrigações e direitos no mundo fático.

E é esta reconhecida e festejada juridicidade dos princípios que vai lhes permitir, segundo a lição da doutrinadora da qual compartilhamos, alcançar genuína efetividade e eficácia.

Com efeito, o art. 33, § 3º, da Lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, determina que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Conforme elucidado pela Segunda Turma do STJ, nos autos do RMS 33.620/MG, de Relatoria do Ministro Castro Meira, não é dado

---

<sup>23</sup> RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34-35.

ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, na medida que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Conforme bem ponderado por Gisela Gondin Ramos<sup>24</sup>, o Direito não se interpreta isolando o texto do contexto, o que negaria a própria unidade do ordenamento jurídico.

Se realmente há conflito de leis e se a lei previdenciária é a lei específica para embasar a concessão de pensão por morte ao menor sob guarda do segurado, não é menos certo que a criança e o adolescente têm norma específica, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, norma que representa a política pública de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal de 1988, que consagra a proteção integral à criança e ao adolescente.

Acrescente-se um dos pilares do Estado Democrático de Direito que é o princípio da igualdade ou princípio da isonomia.

Nesse aspecto, merece menção a doutrina de Paulo Leandro Silva<sup>25</sup>, *in verbis*: “Tanto a guarda como a tutela encontram-se disciplinadas na Lei 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, na seção que trata da família substituta”.

A doutrina conceitua a tutela como um instituto de nítido caráter assistencial e que visa a substituir o pátrio poder em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram suspensos ou destituídos do poder paternal<sup>26</sup>.

A guarda teve seu conceito ampliado e aperfeiçoado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda que não importe na

---

<sup>24</sup> RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 157.

<sup>25</sup> SILVA, Paulo Leandro. Menor sob guarda e dependentes da lei previdenciária. **Scientia FAER**, v. 1, 2º sem. 2009.

<sup>26</sup> RODRIGUES, 1991 apud SILVA, Paulo Leandro. **Menor sob guarda e dependentes da lei previdenciária**. Scientia FAER, v. 1, p. 336, 2º sem. 2009.

destituição do pátrio poder, obriga o guardião à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros inclusive aos pais (art. 33 – ECA).

Importante ressaltar que na esteira dos preceitos constitucionais que conferem direitos e garantias à criança e ao adolescente, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece, expressamente, a condição de dependente do menor sob guarda, para todos os fins e efeitos de direito, **inclusive previdenciários** (art. 33, § 3º do ECA<sup>27</sup>, grifo nosso), o que não pode ser desconhecido.

Com a exclusão do menor sob guarda e a manutenção do menor sob tutela, teria havido clara violação ao princípio em questão, pois não há motivo algum para diferenciar o menor que se encontra em uma ou outra situação.

Cumprindo ainda apontar que o art. 26 da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos da Criança, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 99.710/1990, assim prescreve *in verbis*: “Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desses direitos, em conformidade com sua legislação nacional”.

Acrescente-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, comprometendo-se com a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas sociais.

Esses ajustes internacionais são compromissos assumidos pelo Estado brasileiro que não permitem o retrocesso social.

Destarte, ao menor sob guarda parece ser devida a proteção previdenciária, ora representada pela concessão do benefício

---

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

previdenciário pensão por morte de seu guardião, sob pena de ser um menor órfão e faminto, assim por que, comprovadas a guarda e a dependência econômica do menor em relação ao segurado, deve ser garantido o benefício pensão por morte, nesse contexto devendo prevalecer o Estatuto da Criança e do Adolescente, em observância ao princípio da proteção integral do menor.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de inconstitucionalidade nos embargos de divergência em recurso especial 2005/0098940-3. AI nos EREsp 727716 / CE. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, 16 de fevereiro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial 2007/0001419-5. EREsp 844598 / PI. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 26 de março de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 fev. 2009.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial 2005/0082135-6. EREsp 696.299 / PE. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 23 de abril de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 04 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4878. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 239, 06 dez. 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte. **Revista CEJ**, v. 14, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010.

DICIONÁRIO jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 381.

FIUZA, Cesar. **Direito civil**: curso completo de acordo com o Código civil de 2002. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1000.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**: o caminho para uma melhor aposentadoria. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 11; 20-22.

NOVELINO, Marcel. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

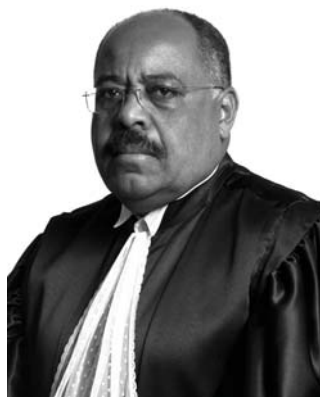
PORT, Otávio Henrique Martins. O direito à pensão por morte previdenciária do menor sob guarda sob a óptica do princípio constitucional da proteção especial ao menor. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34-35.

SEGHESE, Fábio de Lucca. A guarda e seus reflexos previdenciários: vigência do art. 33, § 3º do ECA. **Boletim dos Procuradores da República**, v. 5, n. 63, jul. 2001.

SILVA, Paulo Leandro. Menor sob guarda e dependentes da lei previdenciária. **Scientia FAER**, v. 1, 2º sem. 2009.

**CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ  
COM SUBSÍDIO DE MANDATO ELETIVO**



*Benedito Gonçalves*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM  
SUBSÍDIO DE MANDATO ELETIVO  
*Ministro Benedito Gonçalves*

O benefício de natureza previdenciária denominada aposentadoria por invalidez é devido ao segurado que for considerado totalmente incapaz para o exercício de suas atividades habituais, mediante perícia médica, e insusceptível de recuperação para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta subsistência.

Wladimir Novaes Martinez define o mencionado benefício:

Aposentadoria por invalidez é benefício substituidor dos salários, de pagamento continuado, provisório ou definitivo, pouco re-editável, devido ao segurado incapaz para o seu trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade garantidora de sua subsistência (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Previdência Social*. São Paulo: LTr: 1998., p. 654).

No mesmo sentido, vejamos a definição de João Ernesto Aragonês Vianna:

A aposentadoria por invalidez é tratada nos arts. 42 e seguintes da lei n. 8.213/91. Será devida ao segurado que, estando ou não no gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á

paga enquanto permanecer nesta condição (VIANNA, João Ernesto Aragonês. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr: 2006, p. 238).

No plano infraconstitucional, a Lei 8.213/91 dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, disciplinando a concessão do benefício a partir do artigo 42, que assim dispõe:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

[...]

Por sua vez, o artigo 46 da referida lei determina que o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá seu benefício automaticamente cancelado, a partir da data de retorno. Registra-se, ainda, que o cancelamento nunca poderá ser automático, uma vez que é preciso respeitar o devido processo legal e o direito da ampla defesa.

Contudo, na prática, alguns casos de retorno às atividades laborativas devem ser analisados com maior parcimônia, levando em conta especificamente a natureza da atividade desenvolvida, como é o caso do segurado do INSS, aposentado por invalidez, que assume mandato eletivo por tempo determinado.

Como se sabe, o agente político (Presidente da República, Governador, Prefeito, Ministro, Secretário, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e vereador) não mantém vínculo profissional com a Administração Pública, sendo o exercício de suas atividades um *munus* público, ainda que considerada, para fins previdenciários, de contribuição obrigatória.

Como ensina Bandeira de Mello, para o exercício das atividades políticas não há necessidade de capacitação técnica ou profissional. Assim, o exercício da atividade temporária de mandato eletivo não pressupõe a aptidão do agente político para o exercício das atividades laborais antes desempenhadas.

A propósito, transcrevo trecho da obra:

**São agentes políticos** apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os **Vereadores**.

O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado **não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um munus público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da sociedade.**

A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. Donde, são por elas modificáveis, sem que caiba procedente oposição às alterações supervenientes, *sub color* de que vigoram condições diversas aos tempo das respectivas investiduras (Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores. 2003, P. 229/230) (grifos nosso).

Dessa forma, não há que se falar em vedação da percepção conjunta do subsídio da atividade eletiva com os proventos de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho, uma vez que, sendo os vínculos de naturezas distintas, a incapacidade para o trabalho não significa, necessariamente, incapacidade para os atos da vida política, direito este constitucionalmente assegurado.

Sobre o tema, apesar da jurisprudência ter oscilado ora no sentido da possibilidade de se manter a percepção do benefício em concomitância com o recebimento do subsídio do cargo eletivo, ora pela possibilidade de cessação nos termos do art. 46 da Lei 8213/91, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça recentemente sedimentou entendimento, nos autos do Resp 1.377.728-CE, de minha relatoria, no sentido da possibilidade de percepção conjunta do subsídio da atividade eletiva com os proventos de aposentadoria por invalidez.

Eis a ementa do referido precedente:

**PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CUMULAÇÃO COM SUBSÍDIO DECORRENTE DO EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO. POSSIBILIDADE.**

1. É possível a percepção conjunta do subsídio decorrente do exercício de mandato eletivo (vereador), por tempo determinado, com o provento de aposentadoria por invalidez, por se tratarem de vínculos de natureza diversa, uma vez que a incapacidade para o trabalho não significa, necessariamente, invalidez para os atos da vida política.

2. Recurso especial não provido (REsp 1377728/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 02/08/2013).

Considerando que a aposentadoria por invalidez e a atividade eletiva apresentam vínculos de naturezas distintas, conclui-se pela possibilidade de cumulação do recebimento do benefício de aposentadoria por invalidez com o subsídio do cargo eletivo, sem que isso importe em ofensa ao princípio da isonomia.

**BIBLIOGRAFIA**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 15ª edição. São Paulo: Forense, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Previdência Social. São Paulo: LTr: 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

VIANNA, João Ernesto Aragonês. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr: 2006.

*PUNITIVE DAMAGES* E SUA  
APLICABILIDADE NO BRASIL



*Raul Araújo Filho*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





*PUNITIVE DAMAGES* E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL  
Ministro Raul Araújo Filho

## 1. INTRODUÇÃO

As tormentosas questões erguidas em torno do dano moral e sua reparabilidade sempre marcaram presença na evolução do ordenamento jurídico dos povos civilizados e só gradualmente foram sendo superadas pelo advento de manifestações favoráveis, que se somaram, até alcançar preponderância, mais recentemente.

Entretanto, mesmo resolvida a questão pela possibilidade da reparação, nem assim se pode considerar pacificado o tema, em razão dos múltiplos e complexos aspectos que o circundam. Como adverte AGUIAR DIAS, “*com os danos não patrimoniais todas as dificuldades se acumulam, dada a diversidade dos prejuízos que envolvem (...) e impõem a maior variedade nos meios de reparação, acontecendo, mesmo, que, às vezes, nem se apresente modo de fazê-lo*”<sup>1</sup>.

No Brasil o contexto acima se repete. Embora a reparabilidade do dano moral tenha-se tornado indiscutível com a Constituição Federal de 1988, que, nos incisos V e X do art. 5º, expressamente assegura *o direito a indenização pelo dano material ou moral*, os impasses persistem.

---

<sup>1</sup> AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. XI ed., ver., atual. e amp. por Rui Berford Dias, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 993.

Prevista a reparação do dano extrapatrimonial mediante indenização, termo que sugere o total ressarcimento do dano sofrido pelo ofendido, emerge, dentre outros, amplo debate acerca da possibilidade de aplicação, no direito pátrio, de *punitive damages*, ou seja, de indenização punitiva, a qual majora o ressarcimento, pois importa em indenização imposta ao ofensor também com sentido de reprovar sua conduta.

O presente estudo examina a questão considerando o enfoque dado pelo Superior Tribunal de Justiça em recentes julgados.

## 2. DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO

Importantes juriconsultos vislumbraram óbices, que consideravam intransponíveis, ao ressarcimento do dano moral, merecendo destaque os argumentos que apontam: *a)* a dificuldade ou impossibilidade de sua avaliação em dinheiro; *b)* a imoralidade de se compensar com moeda o sofrimento, a dor; e *c)* o arbítrio conferido ao julgador na fixação do valor da reparação.

São argumentos, de fato, relevantes e robustos, que explicam a árdua tarefa enfrentada pelos juristas que, no polo oposto, defendem a viabilidade e a necessidade de ressarcimento do dano moral.

Para formação da corrente doutrinária brasileira que, gradativamente, venceria a resistência oposta à reparação do dano moral, também contribuíram diversos juízes. Dentre estes, destaca WILSON MELO DA SILVA a figura de PEDRO LESSA, que, em julgamento sobre o tema, reconhecendo a dificuldade de se compensar a vida de um extinto, assim se pronunciou:

(...) nem a saúde perdida, nem os prazeres da amizade mutilados, nem as grandes recordações desfeitas; e se verdadeira é a sentença de FOSCOLO de que a riqueza é tida em maior estima do que todas as coisas que ela pode proporcionar-nos e em menor do que aquelas que não pode dar uma soma em dinheiro, por maior que seja nunca pode ser compensação adequada a um dano moral. Mas segue-se disso que o dano moral não deva ser calculado na indenização? Quem assim conclui emite um raciocínio muito semelhante ao daquele mutuário que, devendo restituir mil liras, e possuindo apenas cem, se recusasse a

restituir até essas mesmas cem, por serem insuficientes para a extinção do débito. Se o dano moral não se pode compensar completamente, por não haver preço suficiente que o pague, indenizem-no ao menos nos limites do possível, dando-se uma soma que, se não é um perfeito ressarcimento, representa todavia aquela compensação que comportam as forças humanas<sup>2</sup>.

A evolução prosseguiu e, já na década de 40 do século passado, pode-se identificar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a predominância de decisões concedendo indenização por dano moral, embora acompanhada da tese de impossibilidade de cumulação de indenização por danos materiais e morais.

A controvérsia ficou superada, de vez, com a previsão de reparabilidade do dano moral, cumulável com o ressarcimento do dano material, pela Constituição de 1988 (art. 5º, V e X), o que rendeu ensejo à edição da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça. As normas constitucionais também possibilitaram previsões legais expressas, pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII) e pelo Código Civil de 2002 (art. 186).

Enfrentando o mais ácido argumento contrário à reparação do dano moral – *a impossibilidade de se estabelecer equivalência entre o dano e o ressarcimento* –, AGUIAR DIAS registra que, mesmo no dano patrimonial, o que se alcança sempre é, no máximo, uma aproximação com a situação ideal de recompor a vítima no *status* anterior, e nem por isso se irá deixar de indenizar o dano material. Nas palavras extraídas de sua clássica obra:

Entre todas as objeções ao dano moral, a que experimentou maior fortuna foi a da impossibilidade de estabelecer equivalência entre o dano e o ressarcimento. Sua inexatidão nos parece estar hoje firmemente demonstrada, porque equivalência, em matéria de

---

<sup>2</sup> Apud MELO DA SILVA, Wilson. **O Dano Moral e sua Reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 407.

reparação do dano, não significa perfeita igualdade entre indenização e o prejuízo. O jurista já se dá por satisfeito, mesmo em relação ao dano patrimonial, em conseguir uma aproximação do estado ideal, que seria a restituição da vítima à situação anterior. Quando não é possível a reposição da coisa subtraída, opera-se a compensação, substituindo-a, ou por outra, igualmente apta a proporcionar ao credor a satisfação que ela assegurava, ou pelo dinheiro com que poderá adquiri-la, se quiser. O impedimento físico ou moral que causa dano se repara, naturalmente, pela sua remoção ou pela satisfação que se equiparar imperfeitamente, está claro, ao bem lesado. Para transformar-se em indenização, quando a restituição natural não se possa fazer, é inevitável ocorrência de duas operações de aproximação, uma tendente a relacionar o direito de ressarcimento às consequências diretas do dano, outra destinada a procurar a possibilidade material de uma compensação que se avizinha, tanto quanto possível, do estado anterior à lesão. Nunca existe, pois, perfeita correspondência entre o dano e o ressarcimento. Prova-o, praticamente, o fato de que ninguém, de mentalidade normal, aceitaria sofrer novamente o dano físico, em troca da compensação que lhe tenha sido outorgada, ainda que a indenização haja compreendido o sofrimento moral, apesar de ter considerado satisfatório o ressarcimento porventura recebido. Se assim acontece com o dano patrimonial, não se descobre por que só em relação ao dano moral há de haver essa perfeita equivalência, exatamente para negar o ressarcimento. A condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo.

Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas.<sup>3</sup>

Esses insuperáveis argumentos permitem a conclusão deste tópico.

### 3. DOCTRINA DO *PUNITIVE DAMAGES*

Os autores apontam diferentes origens para o *punitive damages* recuando alguns a eventos passados na antiguidade clássica, desde o Código de Hamurabi (aprox. 1.700 a.C.).

---

<sup>3</sup> Ob. cit., pp. 1.003-1.004.

Porém, as feições atuais que guarda o instituto são, de modo geral, assemelhadas a aplicações concebidas na Inglaterra do *Common Law*, por volta do século XVIII, as quais viriam a ser transplantadas para os Estados Unidos, onde ganhariam maior desenvolvimento teórico, à semelhança do que também sucedeu com o princípio do *due process of law* (devido processo legal) que, por concepção estatunidense, ganharia dimensão substantiva.

Ampliando a tendência dos países do sistema *Common Law*, as cortes norte-americanas passaram a adotar reparações vultosas com caráter punitivo e pedagógico, desenvolvendo, pois, a referida doutrina. Como esclarece JOÃO CASILLO, “*numa sociedade bastante complexa e interligada como é a norte-americana, já se fazia absolutamente necessária uma maior proteção às vítimas de atos ilícitos, isto porque quanto maior o relacionamento entre os indivíduos, quanto mais sofisticados os elementos materiais colocados à sua disposição, tanto maior o risco, e uma das soluções por certo é, ao invés de dar proteção paternalista ao ofensor, demonstrar-lhe que as conseqüências do seu ato danoso serão pesadas*”.<sup>4</sup>

Nos termos em que formulada, a doutrina do *Punitive Damages* informa que a reparação decorrente do dano moral deve alcançar duas finalidades: uma de compensar a ofensa causada à vítima, e outra de punir o autor da lesão, desestimulando-o, de modo a não mais praticar semelhante conduta lesiva e, ainda, servindo de exemplo à sociedade, a fim de que nenhum outro integrante se sinta encorajado a praticar conduta de mesmo jaez. Assim, por meio de um acréscimo econômico significativo no valor da reparação do dano moral, busca-se, além de satisfazer o sofrimento do lesado, punir o ofensor com o pagamento de elevada quantia pecuniária, dando à reparação nítido caráter punitivo-pedagógico.

SALOMÃO RESEDÁ apresenta como conceito de *Punitive Damages*:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai

<sup>4</sup> CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 61.

além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil.<sup>5</sup>

#### 4. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DOCTRINA DO *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO

Na doutrina brasileira há muita discussão a respeito da possibilidade de adoção do *punitive damages*, nos moldes norte-americanos, pelo ordenamento jurídico pátrio.

Para alguns doutrinadores, a aplicação da Teoria do Valor do Desestímulo, como também é chamada, afronta o art. 5º, V e X, da Constituição Federal<sup>6</sup> que autoriza apenas a indenização dos danos moral e material, na exata medida da lesão sofrida, não permitindo a *indenização punitiva* ou *exemplar*, a qual enseja enriquecimento indevido da vítima, pelo acréscimo da indenização, que proporciona ao ofendido a percepção de valor vultoso que ultrapassa a normal compensação do dano experimentado.

Nesse sentido, SÉRGIO PINHEIRO MARÇAL:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a tentativa de se punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total

---

<sup>5</sup> RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225.

<sup>6</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL:

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:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

distorção do sistema de reparação dos danos morais, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

(...)

Quando se fixa a indenização tendo por referência a capacidade financeira do ofensor, há um total desvirtuamento do nosso sistema de responsabilidade civil. Deixa-se de ter em consideração o dano, para se considerar a punição pretendida. Devemos ter em mente, entretanto, que a punição e o exemplo à sociedade, no nosso ordenamento, é privilégio do Direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema civil que não tenha embasamento legal. É princípio consagrado no Direito brasileiro que não há pena sem lei prévia que a estabeleça.<sup>7</sup>

Interpretando a regra do art. 5º, X, da Carta Magna, para concluir pela incompatibilidade da teoria com a ordem constitucional, sustenta RODRIGO MENDES DELGADO:

Portanto, o que o dispositivo constitucional permite é que se defira uma indenização, por danos morais ou materiais, podendo ser concedidos ambos, cumulativamente, pois, a Súmula n.º 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permite essa cumulação. Todavia, em momento algum o permissivo constitucional menciona uma verba a ser concedida a título de danos punitivos, ou danos exemplares, porquanto isso feriria de forma brutal a Carta Republicana de 1988. No Brasil, essa teoria é, destarte, impraticável. Para sua implantação, seria necessário que se elaborasse uma nova Constituição. Caso contrário, qualquer pretensão neste sentido, já nasce fadada à inconstitucionalidade, uma vez que não se coaduna com o sistema constitucional em vigor.

Ademais, consoante já dito, a teoria do valor do desestímulo cria um ilegal sistema híbrido, mesclando o Direito penal e o Direito civil.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Reparação de danos morais – teoria do valor do desestímulo**. N.º 7. Juris Síntese. CD-ROM.

<sup>8</sup> DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: Como chegar até ele. Teoria e Prática: Teoria do Valor do Desestímulo**, 3ª ed., rev., atual. e amp. São Paulo: HH Mizuno, 2011, p. 316.



Noutro giro, em defesa da adoção da Teoria do Valor do Desestímulo no Direito brasileiro, é oportuno citar a lição do jurista CARLOS ALBERTO BITTAR:

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive* ou *exemplar damages* da jurisprudência daqueles países.

Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.<sup>9</sup>

Também favorável à adoção da doutrina do dano moral punitivo, SERGIO CAVALIERI FILHO, invocando lições de ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e MOREIRA ALVES, afirma que *“Doutrina e jurisprudência, com respeitosa exceções, admitem hoje o caráter punitivo do dano moral, pelo menos em determinadas circunstâncias”*.<sup>10</sup>

Entende que a reparação punitiva do dano moral deve ser adotada *“quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave - e, ainda, nos casos em que, independentemente de*

---

<sup>9</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pp. 232-233.

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, p. 98.

*culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita”.*<sup>11</sup>

Realmente, há casos em que a conduta do agente, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade. Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular o autor à prática de novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam. A vítima de dano provocado dolosamente por outrem sofre dano moral mais intenso do que o experimentado por pessoa ofendida por ato meramente culposos.

A reparação do dano moral, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e a regra de vedação do enriquecimento sem causa da vítima (CC/2002, art. 884) dá-se por compensação, atenuando, de forma indireta, as consequências do dano causado à vítima, e não por equivalência - *restitutio in integrum* -, conforme ocorre normalmente com o dano material.

O Código Civil atual, ao tratar da indenização de dano (arts. 944 a 954), possibilita o atendimento do caráter compensatório do dano moral, ao prever: a) indenização que leve em conta: a.1) a extensão do dano; a.2) gravidade das culpas da vítima e do ofensor, postas em confronto; b) no caso de homicídio, *indenização* patrimonial, sem excluir outras *reparações*; e c) que a forma mais adequada de fixação do valor pecuniário será por arbitramento, ensejando ao juiz, de acordo com seu prudente arbítrio, estimar a quantia a título reparatório.

Acerca da delicada tarefa de fixação do valor do dano moral, CAIO MÁRIO ensina que “*na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido*

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 99.

*um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança. A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima*<sup>12</sup>.

Adverte, porém, para a necessidade de o arbitramento ser moderado e equitativo, para que, sob o pálio da dor moral, não se busque e obtenha captação de lucro.

Na aferição do valor da reparação do dano moral, deve, pois, o magistrado, seguindo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito.

De fato, adotada com razoabilidade e proporcionalidade, a aplicação da doutrina do *Punitive Damages* não se mostra ofensiva à Constituição da República. As garantias tratadas nos incisos V e X do art. 5º têm por destinatário o titular do direito à honra, à imagem e à privacidade, expressões do direito fundamental à dignidade humana e dos direitos da personalidade, a quem, em caso de violação, a Carta Magna assegura indenização por dano moral e material. Mas, ao assegurar a indenização, com total ressarcimento do dano sofrido, não proíbe seja também proporcionada à vítima reparação, pelo ofensor, considerando-se o aspecto punitivo-pedagógico com majoração do valor reparatório.

Nesse contexto, a reparação punitiva deverá ser aplicada quando a conduta do agente que ocasionou o dano for considerada extremamente reprovável, caracterizando-se como dolosa ou praticada com culpa grave, o

---

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, atualizador Gustavo Tepedino, 10ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: GZ, 2012, pp. 413-414.

que exclui sua aplicação para os casos em que, embora configurado o dano moral, a conduta do agente não tiver tal gravidade ou reprovabilidade.

## 5. ENFOQUE DADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECENTES JULGADOS

São ainda escassos os precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema objeto deste estudo. Porém, pelos precedentes a seguir destacados, percebe-se a inclinação da Corte em adotar a Teoria do Valor do Desestímulo, com as adaptações necessárias à observância dos princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis.

No julgamento do Recurso Especial 210.101/PR, a Quarta Turma, por unanimidade, decidiu:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.

1. É presumível a ocorrência de dano moral aos filhos pelo falecimento de seus pais, sendo irrelevante, para fins de reparação pelo referido dano, a idade ou estado civil dos primeiros no momento em que ocorrido o evento danoso (Precedente: REsp n.º 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 26/08/2002).

2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das “*punitive damages*” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

5. Assim, cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

6. *In casu*, o tribunal *a quo* condenou os recorridos ao pagamento de indenização no valor de 10 salários mínimos a cada uma das litisconsortes, pela morte do pai e esposo das mesmas que foi vítima fatal de atropelamento pela imprudência de motorista que transitava em excesso de velocidade pelo acostamento de rodovia, o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente ínfimo.

7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora.

8. Encontra-se sedimentada a orientação desta Turma no sentido de que inexigível a prova da realização de despesas de funeral, em razão, primeiramente, da certeza do fato do sepultamento; em segundo, pela insignificância no contexto da lide, quando limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária; e, em terceiro, pelo relevo da verba e sua natureza social, de proteção à dignidade humana (Precedentes: REsp n.º 625.161/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 17/12/2007; e REsp n.º 95.367/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 03/02/1997).

9. Recurso especial provido.

(REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008)

Na ocasião, o eminente relator, Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, fez importantes considerações, *in verbis*:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional)

da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos.

Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

Como fixar a reparação? Quais os indicadores?

Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos *"punitive damages"*.

*'Punitive damages'* (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam.

Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as *"punitive damages"* como a *"teoria do valor do desestímulo"* posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção.

No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo.

Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das *"punitive damages"* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Noutro caso, a mesma Quarta Turma entendeu:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO.

AGRESSÃO FÍSICA AO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE COLIDIU COM O DOS RÉUS. REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS. ELEVAÇÃO. ATO DOLOSO. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito.

2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima.

3. Na hipótese dos autos, os réus espancaram o autor da ação indenizatória, motorista do carro que colidira com a traseira do veículo que ocupavam. Essa reprovável atitude não se justifica pela simples culpa do causador do acidente de trânsito. Esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida.

4. Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte *a quo*, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais.

5. Considerando o comportamento altamente reprovável dos ofensores, deve o valor de reparação do dano moral ser majorado para R\$50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios.

6. Recurso especial provido.

(REsp 839.923/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/5/2012, DJe de 21/5/2012)

O recurso especial acima, como se vê, relaciona-se a ação indenizatória ajuizada em decorrência de agressões físicas sofridas pelo autor após envolver-se em acidente de trânsito, no qual o veículo do promovente colidiu com a parte traseira do veículo ocupado pelos réus. Na ocasião, os promovidos agrediram violentamente o autor, retirando-o à força de seu carro e espancando-o com socos e chutes em várias partes do corpo, além de bater sua cabeça contra uma grade, sendo que os réus ficavam revezando entre quem segurava a vítima e quem a agredia. Segundo informaram as instâncias ordinárias, a agressão ocasionou, além de sequelas de ordem emocional e psíquica, inúmeras lesões no corpo do autor, especialmente em sua face, tendo sido o nariz quebrado em três partes, com visíveis cortes no supercílio direito e na base esquerda do nariz, além de grandes hematomas nos olhos.

A Turma julgadora considerou o espancamento público do motorista conduta dolosa reprovável, não se justificando, nem mesmo, pela eventual culpa do autor pela ocorrência do acidente de trânsito, tampouco por sua alegada embriaguez. Ao contrário, entendeu que esse tipo de acidente é comum na vida diária, fato corriqueiro, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio do emprego de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida.

Nesse contexto, concluiu-se que o montante de R\$ 13.000,00 a título de danos morais, fixado pela Corte *a quo*, para os dois réus, mostrava-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autorizava a intervenção do Tribunal Superior para a revisão do *quantum* arbitrado. O valor do dano moral foi, então, em atendimento ao caráter punitivo-pedagógico e compensatório da reparação, majorado para o montante de R\$ 50.000,00, a ser suportado por cada um dos réus, com a devida incidência de juros moratórios e de correção monetária.

Por sua vez, na hipótese do REsp 1.300.187/MS, assim deliberou a Turma:



RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ATOS DOLOSOS. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO DA REPARAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 475-J DO CPC. VIOLAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado.

2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação.

3. Nesse contexto, mostra-se adequada a fixação pelas instâncias ordinárias da reparação em 950 salários mínimos, a serem rateados entre os autores, não sendo necessária a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais, salvo quanto à indexação.

4. É necessário alterar-se o valor da reparação apenas quanto à vedada utilização do salário mínimo como indexador do *quantum* devido (CF, art. 7º, IV, parte final). Precedentes.

5. A multa do art. 475-J do CPC só pode ter lugar após a prévia intimação do devedor, pessoalmente ou por intermédio de seu advogado, para o pagamento do montante indenizatório. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.300.187/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/5/2012, DJe de 28/5/2012)

O recurso especial originou-se em ação de reparação dos danos morais advindos da morte do filho e irmão dos autores, em decorrência de homicídio doloso cometido pelo réu.

Com base nesse suporte fático, as instâncias de origem condenaram a parte ré ao pagamento da reparação por danos morais no valor de 950 (novecentos e cinquenta) salários mínimos.

Analisando o montante fixado, a Corte entendeu que a conduta do agente fora dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, atuando com dolo, o que tornou seu comportamento particularmente reprovável. Nessa perspectiva, concluiu que o arbitramento do dano moral pela instância ordinária alicerçava-se no caráter punitivo e pedagógico da compensação, considerando a brutalidade e a futilidade da conduta do réu. Considerou, então, que o montante reparatório não destoava da proporcionalidade e da razoabilidade, tampouco dos critérios adotados pela jurisprudência do Tribunal Superior.

Na manutenção da condenação, foram consideradas as circunstâncias do caso concreto, sopesadas a gravidade do ato ilícito e do dano causado, as condições econômicas das partes envolvidas e o grau de reprovabilidade da conduta, não se mostrando necessária nova adequação da verba indenizatória, na via estreita do recurso especial.

## 6. CONCLUSÃO

Assim como sucedeu com a reparabilidade do dano moral que, ao longo do tempo, encontrou ponderáveis e sólidas resistências na doutrina e na jurisprudência até, gradativamente, afirmar-se de forma prevalente, a aplicabilidade da Teoria do Valor do Desestímulo ou *Punitive Damages* no ordenamento jurídico pátrio também enfrenta consistentes argumentos formulados por talentosos juristas.

Contudo, as concepções doutrinárias favoráveis vêm somando pontos de vista valiosos, que indicam a tendência de formação de uma maioria afirmativa, talvez já reunida no presente.

Os precedentes jurisprudenciais expostos refletem o caminhar no sentido de se ter como aplicável no ordenamento jurídico brasileiro o *Punitive Damages*, ou Teoria do Valor do Desestímulo, quando se tratar de conduta dolosa ou praticada com culpa grave, mostrando-se o comportamento do agente especialmente reprovável, com as adaptações necessárias à observância dos princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis, inclusive da premissa da vedação ao enriquecimento sem causa.



**CLÁUSULA GERAL DE RISCO E  
A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**



*Paulo de Tarso Vieira Sanseverino*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



CLÁUSULA GERAL DE RISCO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES  
*Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

A norma insculpida no parágrafo único do art. 927 do CC/2002, estatuinto uma cláusula 17 geral de risco, representou um grande avanço no sistema jurídico brasileiro, pois, além dos casos de responsabilidade objetiva regulados por leis especiais, passou a permitir que, em outros setores da responsabilidade civil, em que não existe legislação especial, possa ser aplicada também a teoria do risco.

O objeto da presente exposição é verificar como essa cláusula geral de responsabilidade objetiva tem sido apreciada pela jurisprudência, especialmente do STJ e do TST.

Assim, na primeira parte será analisada a configuração da cláusula geral de risco, enquanto, na segunda parte, será examinada a jurisprudência dos tribunais superiores.

---

<sup>1</sup> - 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.

## 1ª PARTE) CONFIGURAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE RISCO

Após um breve histórico da teoria do risco, será examinada a configuração da cláusula geral de risco.

### 1.1) Histórico da Teoria do Risco

O surgimento da teoria do risco ocorreu no Direito Francês no final do século XIX, competindo, de forma praticamente simultânea, aos juristas franceses Raymond Saleilles e Louis Josserand desenvolverem e sistematizarem um novo fundamento para a responsabilidade civil<sup>2</sup>.

A inspiração foi o *Affaire Teffaine* julgado, em 16/06/1896, pela **Corte de Cassação francesa** em que se discutia a responsabilidade civil do proprietário de um rebocador pela morte de um mecânico decorrente da explosão de uma caldeira. Reconheceu-se a responsabilidade civil do proprietário independente de ser provado o defeito de construção da caldeira ou a culpa do fabricante da máquina.

**Saleilles**, em 1897, preocupado com os graves danos ensejados pelos acidentes de trabalho, lidera o movimento em favor da responsabilidade objetiva através de duas obras: *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile* e *Essai d'une Théorie Générale de l'Obligation d'après le Projet du Code Allemand*. Propugna pela substituição da ideia de culpa pela de causalidade objetiva, através de uma nova interpretação da palavra *faute* contida no art. 1382 do Código Civil francês, afirmando que ela se refere apenas ao próprio fato causador do dano sem qualquer indagação do elemento psicológico. Critica a ideia de culpa, qualificando-a como falsa e humilhante e sugerindo que, em atenção à dignidade humana,

---

<sup>2</sup> - GENY, 1954. p. 627. Embora manifeste a sua concordância com o novo fundamento da responsabilidade objetiva, discorda da forma como Saleilles e Josserand pretendem extrai-lo do *Code Civil*, que não permitiria, na extensão pretendida, as novas interpretações dos artigos 1382 e 1384, I.

cada um assuma os riscos de sua atividade<sup>3</sup>, transformando, em síntese, *faute* em *fait*<sup>4</sup>.

**Josserand**, através de sua obra *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, concentra a sua atenção em torno da responsabilidade civil por fato de coisas inanimadas a partir da interpretação conferida pela jurisprudência francesa à regra do artigo 1384, I, do Código Civil francês, estabelecendo que a presunção legal de culpa seria absoluta e cederia apenas diante da força maior e da culpa da vítima. Após ampla análise do adelgaçamento da noção de culpa, sugere o seu banimento completo do domínio da responsabilidade civil, já que “somos responsáveis não apenas pelos nossos atos culposos, mas pelos nossos atos que causarem dano injusto e anormal a outrem”. A noção de culpa deve ser substituída pela de risco, pois “quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as conseqüências”<sup>5</sup>.

Surge, assim, um novo fundamento para a responsabilidade civil: **o risco**<sup>6</sup>.

Como a liberdade de iniciativa capitalista, necessária ao progresso econômico, continha uma grande dose de risco inerente à própria

---

<sup>3</sup> - SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1925. p. 438; VINEY, 1982. p. 65; DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. 1, p. 70; SILVA, W., 1974. p. 51.

<sup>4</sup> - DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rosseau et Cie, 1925. t. 3, p. 451; LIMA, 1998. p. 117; SILVA, W., 1974. p. 51. Os autores fazem uma interessante análise da evolução do pensamento de Salleiles, passando de uma abordagem inicialmente moderada (*Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand*), em 1889, para uma fase de maior radicalismo, quando lança a sua obra mais importante (*Les accident de travail et la responsabilité civile*), em 1897, e retornando para uma concepção mais moderada, em 1911, quando comenta uma decisão da Suprema Corte do Canadá a respeito da responsabilidade pelo fato da coisa (*La Responsabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada*).

<sup>5</sup> - JOSSERAND, 1941. p. 555-556.

<sup>6</sup> - No Brasil, destacam-se Alvinio Lima (*Situação atual no direito civil moderno das teorias da culpa e do risco e Da Culpa ao Risco*), Wilson Melo da Silva (*Responsabilidade sem culpa*); Orlando Gomes (*Culpa x Risco*) e, naturalmente, José Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*).



atividade, o titular do empreendimento, que objetivava o seu lucro pessoal, deveria responder pelo risco de sua atividade (*ubi emolumentum, ibi onus*)<sup>7</sup>.

Desse modo, a responsabilidade civil, em alguns casos determinados, passou a ser considerada objetiva, conferindo-se maior importância ao dano sofrido pela vítima, como fator de desequilíbrio social, e dispensando-se a presença de culpa no fato gerador da obrigação de indenizar.

A responsabilidade objetiva fundamenta-se, assim, na noção de risco social, que está implícito em determinadas atividades, como a indústria, os meios de transporte de massa, as fontes de energia.

A noção de risco é bastante antiga, tendo sido desenvolvida, no Direito Civil, para resolver situações em que ocorre a destruição ou deterioração de um determinado bem por caso fortuito ou força maior. Nessas hipóteses, quando não há identificação de comportamento culposo de outrem, o risco é atribuído ao titular do direito incidente sobre o bem atingido. No Direito das Coisas, os riscos correm por conta do titular do direito real, normalmente o proprietário. No Direito das Obrigações, os riscos são atribuídos, em regra, ao credor<sup>8</sup>.

Na responsabilidade pelo risco, há uma socialização dessa noção, estabelecendo-se que o dano vai ser suportado por pessoa diversa da que resultaria da aplicação da regra geral acima indicada<sup>9</sup>. Em vez de se atribuir as consequências do fato danoso, em que não se conseguiu apontar a ocorrência de culpa, à própria vítima, imputa-se a responsabilidade ao titular do empreendimento que desencadeou a ocorrência do evento.

---

<sup>7</sup> - CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 141-155. Faz uma síntese das diversas teorias justificadoras da responsabilidade extracontratual objetiva pelo risco (risco-proveito, risco profissional, risco excepcional, risco criado e risco integral).

<sup>8</sup> - CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986 (reimpressão). v. 2, p. 368.

<sup>9</sup> - CORDEIRO, 1986. p. 369.

Assim, a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Imputa-se a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade<sup>10</sup>.

A doutrina de Saleilles e Josserand não obteve um reconhecimento imediato. Pelo contrário, os partidários da doutrina da culpa reagiram fortemente, provocando um vivo debate no direito francês, com destaque, na defesa do princípio da culpa como fundamento da responsabilidade civil, para Henri Capitant e os irmãos Mazeaud<sup>11</sup>.

Esse intenso debate permite, de certa forma, compreender porque o Código Civil brasileiro, em 1916, ignorou completamente a responsabilidade objetiva pelo risco. Embora tivéssemos no Código Civil de 1916 alguns casos apontados pela doutrina e pela jurisprudência como de responsabilidade objetiva, pois a presunção de culpa seria absoluta (artigos 1521, IV, 1522, 1527, 1528 e 1529), não há qualquer referência à doutrina do risco<sup>12</sup>.

O interessante é que, na época da tramitação entre nós do Projeto de Código Civil de 1916, já havia sido editada, na França, a Lei de 09/04/1898, consagrando a responsabilidade objetiva nos acidentes do trabalho. Mesmo aqui no Brasil, em 1912, o Decreto 2681/12, que

---

<sup>10</sup> - LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. II, p. 664.

<sup>11</sup> - VINEY, 1982. p. 67; MAZEAUD, L, 1940. Este autor, através de seu trabalho *H. Capitant e a Elaboração da Teoria Francesa da Responsabilidade Civil*, que é uma conferência proferida em 21/12/1937, na Faculdade de Direito da Universidade Imperial de Tóquio, fornece uma amostra da veemência dos argumentos dos defensores da doutrina da culpa (Revista Forense de 1940).

<sup>12</sup> - LIMA, 1998. p. 279-302. Analisa todas essas hipóteses, entendendo que se tratam de modalidades de responsabilidade subjetiva, pois exigem a presença de culpa, ainda que presumida.

regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro, já estabelecera, em seu artigo 26, a obrigação de as empresas indenizarem todos os danos causados aos proprietários marginais pela exploração de suas linhas sem fazer qualquer referência à necessidade de culpa. Entende-se que esta é a primeira hipótese de responsabilidade objetiva consagrada pelo direito brasileiro<sup>13</sup>.

A consequência da resistência do Código Civil, no direito brasileiro, ensejou um movimento paralelo de reconhecimento de casos de responsabilidade objetiva mediante leis especiais, estabelecendo um regime especial de responsabilidade civil para determinados setores<sup>14</sup>.

Esse fato mereceu, de Orlando Gomes, a seguinte observação:

“Com a teoria da responsabilidade objetiva se está reproduzindo este espetáculo. Os Códigos resistem às suas investidas, ciosos de sua intangibilidade fátua. Mas, os fatos se revoltam contra os Códigos e, se não o dominam no primeiro arremesso, inspiram leis especiais, que quebram o monopólio do princípio geral. As relações especializam-se para exigir preceitos especiais, até o momento fatal em que o princípio geral rege número tão reduzido de relações que a regra passa a exceção. Este fenômeno se está processando com a teoria objetiva da responsabilidade. Precisando vencer um princípio estratificado pela ação dos séculos, encontrou um princípio estratificado pela ação dos séculos, que não pôde ser eliminado no primeiro golpe. Mas, voltou à carga pelo sistema das guerrilhas, penetrando na legislação através de preceitos contidos nas leis especiais, destinadas a reger grupos de relações para as quais se faz sentir mais necessária a adoção de novas idéias”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> - Ibidem. p. 313.

<sup>14</sup> - Além do Decreto n. 2681/1912 (art. 26), podem ser apontadas, atualmente, algumas hipóteses de responsabilidade objetiva previstas por leis especiais, como: a) Lei n. 8213/91 (acidente de trabalho – teoria do risco integral); b) Leis 6194/74 e 8441/92 (seguro obrigatório de veículos – DPVAT – teoria do risco integral); c) Lei n. 7565/86 (Código Brasileiro do Ar – artigos 268 e 269 – terceiros na superfície); d) Lei n. 8935/94 (Serviços notariais e registrais – art. 22 – teoria do risco da atividade); e) Constituição Federal de 1988 (art. 37, § 6º - responsabilidade do Estado – teoria do risco administrativo).

<sup>15</sup> - GOMES, 1940. p. 383.

Com isso, embora a regra do sistema comum de responsabilidade civil no Código Civil de 1916 fosse a responsabilidade subjetiva calcada no princípio da culpa, conforme previsto pelo seu artigo 159, diversas leis especiais passaram, expressamente, a estabelecer casos de responsabilidade objetiva para determinados setores da atividade econômica (ferrovias, meio ambiente, consumidor).

Além do Decreto n. 2681/1912 (art. 26), podem ser apontadas, atualmente, algumas hipóteses de responsabilidade objetiva previstas por leis especiais, como: a) Lei n. 8213/91 (acidente de trabalho – teoria do risco integral); b) Leis 6194/74 e 8441/92 (seguro obrigatório de veículos – DPVAT – teoria do risco integral); c) Lei 6453/77 e CF, art. 21, XXIII, letra “c” (dano nuclear); d) Lei 6938/81 (dano ambiental, art. 14, § 1º); e) Lei n. 7565/86 (Código Brasileiro do Ar – artigos 268 e 269 – terceiros na superfície); f) Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor – arts. 12 e 14); g) Lei n. 8935/94 (serviços notariais e registrais – art. 22 – teoria do risco da atividade); h) Constituição Federal de 1988 (art. 37, § 6º - responsabilidade do Estado – teoria do risco administrativo – instituída na Constituição Federal de 1946).

O Código Civil de 2002 foi além dessa orientação, pois, embora mantendo a responsabilidade civil subjetiva, em seu art. 186, estatuiu, em seu parágrafo único do art. 927, a inovadora cláusula geral de risco, consagrando de forma ampla a responsabilidade objetiva.

## 1.2) A cláusula geral de risco

A teoria do risco como cláusula geral de responsabilidade civil restou consagrada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, assim dispôs:

**Parágrafo único** - *Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

Essa norma, a par dos casos de responsabilidade objetiva pelo risco acolhidos por leis especiais, representa um grande avanço, pois permitirá que outros setores da responsabilidade civil passem a ser incluídos no universo da teoria do risco.

**Miguel Reale** explica que essa norma foi inserida na perspectiva da diretriz da sociabilidade, que ensejou uma apreciação diferente da responsabilidade civil. Após a reprodução da norma fundamental da responsabilidade por culpa, a comissão elaboradora do Projeto de Código Civil preocupou-se com aquelas situações em que “aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma **estrutura social** que, por sua própria natureza, é capaz de por em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais apenas subjetiva.” E a identificação concreta dessa estrutura sócio-econômica de risco deverá ser feita pelo juiz, pela doutrina e pela jurisprudência<sup>16</sup>.

O próprio Miguel Reale, após a aprovação do Código Civil de 2002, voltou a enfatizar esse aspecto:

*“Pois bem, quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico, como o de transporte ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem tira dela proveito, haja ou não culpa.”<sup>17</sup>*

Enfim, elaborou-se uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva pelo risco, permitindo que, além dos casos já expressamente previstos pelas leis especiais, o juiz, na apreciação de casos concretos, identifique novas hipóteses.

Os principais elementos da cláusula geral de risco, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, são os seguintes:

- a) Cláusula geral;

---

<sup>16</sup> - REALE, 1986. p. 10-11.

<sup>17</sup> - REALE, 2005. p. 235.

- b) Atividade normalmente desenvolvida;
- c) Independente de culpa;
- d) Risco da atividade.

Trata-se, inicialmente, de uma **cláusula geral**, contendo, em seu enunciado normativo, conceitos jurídicos indeterminados.

A cláusula geral constitui uma técnica legislativa de elaboração dos enunciados normativos com uma estatuição aberta, evitando a estatuição fechada ou casuística, deixando aos operadores do direito a sua complementação, com permanente atualização do texto legal.

Assim, a cláusula geral é uma técnica legislativa em que a formulação da hipótese legal é feita em termos de grande generalidade de tal modo que a norma respectiva abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos<sup>18</sup>.

Judith Martins-Costa, após referir que é mais fácil delinear os seus traços característicos em confronto com a técnica da enumeração casuística, em que a hipótese legal é claramente definida pelo legislador, explica com precisão que “a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”<sup>19</sup>.

As cláusulas gerais são, portanto, normas que carecem, para sua aplicação concreta, de preenchimento conceitual e valorativo pelo juiz, que se utilizará de princípios não codificados e com vinculação a critérios extralegais<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> - ENGISCH, 1983. p. 229: “Havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e **submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos**”.

<sup>19</sup> - MARTINS-COSTA, 1999. p. 299; MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção – as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, São Paulo, v. 35, n. 139, p. 5-32, jul./set. 1998. p. 7.

<sup>20</sup> - ESSER, 1961, p. 195.

Como exemplo clássico de cláusula geral tem-se, no direito alemão, a norma do § 242 do BGB, que consagrou a cláusula geral de boa-fé. Aliás, a grande virtude apontada no BGB é exatamente a prodigalidade em cláusulas gerais, que tem permitido sua permanente atualização pela jurisprudência.

Outro exemplo tem-se na norma do artigo 1132 do *Code Napoléon*, que, não precisando o conceito de *faute*, permitiu a construção pela jurisprudência de toda a rica doutrina francesa da responsabilidade civil.

Igualmente, no direito brasileiro, a norma do artigo 186 do Código Civil, ao deixar em aberto o conceito de culpa, apresenta-se como uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva<sup>21</sup>.

Nesse ponto, deve-se destacar a importância da atuação do Professor Miguel Reale na coordenação da comissão elaboradora do Anteprojeto do Código Civil de 2002, especialmente no que se refere a sua técnica legislativa, com a farta adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

A sua intenção foi não apenas elaborar um Código Civil de fácil compreensão para correta aplicação pelos operadores do Direito de todas as regiões do Brasil, como já ocorria com o CC/16, mas que tivesse também uma capacidade permanente de atualização frente aos novos fatos e situações jurídicas surgidos na sociedade.

Essa técnica legislativa tem sido muito útil no enfrentamento dos novos casos pela jurisprudência.

O elemento central dessa cláusula geral é a **expressão “atividade normalmente desenvolvida”**, pois vai estabelecer a amplitude do seu âmbito de incidência.

Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, cuja complementação do conteúdo é atribuída aos operadores do direito.

Relembre-se que os conceitos jurídicos indeterminados abrangem aqueles termos da norma jurídica em que o conteúdo e a extensão são

---

<sup>21</sup> - SILVA, C., 1988. p. 49; AGUIAR JÚNIOR, 1994. p. 14.

em larga medida incertos, apresentando um núcleo conceitual definido e um halo conceitual impreciso.

Exemplo disso são os conceitos normativos, em oposição aos descritivos, que exigem do intérprete a busca do seu significado<sup>22</sup>.

No CDC, v.g., ao tratar da responsabilidade por acidentes de consumo, o legislador utiliza a expressão “segurança legitimamente esperada” (art. 12, § 1º). Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que exige do juiz a busca do seu significado para identificar quando um produto ou serviço, que não a apresenta, deve ser considerado defeituoso.

Têm-se duas opções hermenêuticas para a expressão “**atividade normalmente desenvolvida**”: uma interpretação extensiva ou restritiva.

A interpretação extensiva permite incluir toda atividade normalmente desenvolvida por uma pessoa que possa ser considerada de risco.

Uma interpretação aberta desse conceito jurídico indeterminado pode criar problemas, pois parte significativa das atividades que executamos na vida em sociedade são de risco, bastando lembrar os acidentes de trânsito.

Dirigir um automóvel hoje, por exemplo, é uma atividade de alto risco. Com isso seria, em tese, enquadrável nessa cláusula geral de risco qualquer dano que alguém viesse a sofrer em decorrência de um acidente automobilístico, mesmo que o motorista tenha agido dentro das normas de trânsito, isto é, sem qualquer culpa para ocorrência do evento danoso.

Essa interpretação mais radical da teoria do risco poderá ser viável no futuro e talvez venha a ser uma das soluções para o grave problema que o trânsito hoje representa em nosso país. Não se tem, no entanto, no momento atual, maturidade para uma exegese tão abrangente.

---

<sup>22</sup> - ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. p. 208.



Tem prevalecido, por isso, uma interpretação restritiva da expressão atividade normalmente desenvolvida, limitando a sua abrangência para aqueles fatos que o agente realiza com a finalidade de obter vantagem econômica. Resultam de uma atividade organizada, cujo desenvolvimento também apresenta riscos.

Na precisa lição do Prof. Miguel Reale, conforme já aludido, a concepção liga-se à ideia de estrutura social: *“quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico, como o de transporte ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem tira dela proveito, haja ou não culpa.”*<sup>23</sup>

Outro elemento relevante é a dispensa de culpa no fato gerador da responsabilidade.

O Código Civil fala textualmente que a responsabilidade civil objetiva é atribuída **independentemente de culpa**.

Esse elemento-chave também exige cuidado, pois é confundido muitas vezes com culpa presumida ou com inversão do ônus da prova da culpa.

Tanto a culpa presumida, como a inversão do ônus da prova da culpa, previstas em determinadas situações, ocorrem no âmbito da responsabilidade subjetiva, sendo ainda aplicação do princípio da culpa.

O Código Civil é claro (“haverá obrigação de reparação de danos independentemente de culpa”), dispensando o elemento culpa do suporte fático do fato gerador da responsabilidade civil.

Na demanda indenizatória, basta a vítima, como autor do processo, provar o fato, o dano e o nexo causal entre eles, não havendo necessidade da demonstração da culpa do ofensor.

Enfim, a responsabilidade objetiva, atualmente prevista de forma ampla no ordenamento jurídico brasileiro, com a adoção de uma

---

<sup>23</sup> - REALE, 2005, p. 235.

cláusula geral, constitui uma ferramenta fundamental para a solução de graves problemas no plano da responsabilidade civil, restando saber como ela tem sido aplicada pela jurisprudência brasileira.

## **2ª PARTE) JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA CLÁUSULA GERAL DE RISCO**

Destacam-se na aplicação da cláusula geral de risco o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho, especialmente em relação à responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho.

No Superior Tribunal de Justiça, o principal precedente, tendo por objeto a utilização da cláusula geral de risco, é um acórdão da Ministra Nancy Andrighi acerca da responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho, que constitui um paradigma acerca do tema.

O caso envolvia uma ação indenizatória por acidente de trabalho movida por um empregado rural contra o seu empregador por terem sido decepados a sua mão e seu antebraço durante o uso de máquina agrícola. A demanda fora julgada improcedente em primeiro e segundo grau pelo Tribunal de Justiça de Goiás, sendo interposto recurso especial pelo autor.

Perante a Terceira Turma do STJ, o relator original era o Min. Sidnei Beneti, que, por questões formais (Súmula 07/STJ), negava provimento ao recurso especial, ensejando pedido de vista da Ministra Nancy Andrighi. Após o voto da Ministra Nancy, o próprio relator reconsiderou o seu voto e a decisão da Terceira Turma foi unânime no sentido do provimento do recurso especial. A ementa do acórdão, sintetizando com precisão o seu conteúdo, foi a seguinte<sup>24</sup>:

*DIREITO CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NATUREZA. PRESERVAÇÃO*

---

<sup>24</sup> - REsp 1.067.738/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 25/06/2009.

*DA INTEGRIDADE FÍSICA DO EMPREGADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.*

- O art. 7º da CF se limita a assegurar garantias mínimas ao trabalhador, o que não obsta a instituição de novos direitos – ou a melhoria daqueles já existentes – pelo legislador ordinário, com base em um juízo de oportunidade, objetivando a manutenção da eficácia social da norma através do tempo.

- A remissão feita pelo art. 7º, XXVIII, da CF, à culpa ou dolo do empregador como requisito para sua responsabilização por acidentes do trabalho, não pode ser encarada como uma regra intransponível, já que o próprio caput do artigo confere elementos para criação e alteração dos direitos inseridos naquela norma, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador.

- Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho.

- A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade.

Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo.

- O contrato de trabalho é bilateral sinalagmático, impondo direitos e deveres recíprocos. Entre as obrigações do empregador está, indubitavelmente, a preservação da incolumidade física e psicológica do empregado no seu ambiente de trabalho.

- Nos termos do art. 389 do CC/02 (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/16), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.

*Recurso especial provido.*

Observa-se, tanto na ementa, como no corpo do acórdão, a utilização de dois fundamentos distintos para o reconhecimento da responsabilidade civil do empregador pelo acidente de trabalho.

De um lado, a responsabilidade objetiva do empregador, com aplicação da cláusula geral de risco do art. 927, § único, do Código Civil de 2002, que claramente é a concepção principal esposada pela redatora do acórdão.

De outro lado, houve também a utilização da regra do art. 389 do Código Civil de 2002, relativa a responsabilidade contratual do devedor pelo inadimplemento de suas obrigações, exigindo-se apenas o fato do descumprimento das obrigações nascidas do contrato de trabalho, invocada como reforço argumentativo para obtenção do provimento do recurso especial pelo colegiado.

Posteriormente, essa orientação foi seguida por decisão da Quarta Turma do STJ em outro caso de acidente de trabalho<sup>25</sup>.

Além disso, a jurisprudência do STJ tem aplicado a teoria do risco nos mais diferentes setores em que está ela prevista em leis especiais.

Um exemplo, na seara da responsabilidade civil por acidentes de consumo (CDC), tem-se em caso julgado pela Quarta Turma do STJ, referente aos graves danos sofridos por passageiro de veículo em decorrência de acidente de trânsito causado por defeito de fabricação de

---

<sup>25</sup> - *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE. TEORIA DO RISCO CRIADO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA N. 54/STJ. DISSÍDIO NÃO-COMPROVADO. 1. O Tribunal de origem decidiu com base nas provas apresentadas. Rever tal posicionamento implicaria reexame do conjunto fático-probatório, o que é inadmissível em recurso especial. Súmula n. 7/STJ. 2. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, a incidência dos juros de mora deve iniciar-se na data do evento danoso. Súmula n. 54/STJ. 3. O dissídio jurisprudencial não restou comprovado nos termos exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafo 2º, do Regimento Interno do STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 633.235/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 13/10/2009).*

pneu, ilustrando bem a responsabilidade pelo fato do produto (art. 12 do CDC)<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO OCASIONADO POR DEFEITO NO PNEU DO VEÍCULO - VÍTIMA ACOMETIDA DE TETRAPLEGIA - CORTE LOCAL QUE FIXA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FABRICANTE DO PRODUTO.

1. INSURGÊNCIA DA FABRICANTE.

1.1 Não conhecimento do recurso especial pela divergência (art. 105, III, “c”, da CF). Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Ausência de cotejo analítico entre os julgados e falta de similitude fática entre os casos em exame.

1.2 Inocorrência de violação ao artigo 535 do CPC. Acórdão hostilizado que enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide.

1.3 Nulidade da prova pericial não configurada. Inocorrendo as causas de suspeição ou impedimento sobre o profissional nomeado pelo juízo para realização de prova pericial, torna-se irrelevante o fato de ter sido ele indicado por uma das partes, mormente quando não evidenciada, tampouco alegada, de modo concreto, eventual mácula nos trabalhos do expert.

1.4 Demonstrada a ocorrência do acidente em virtude de defeito do pneu, fato do produto, esgota-se o ônus probatório do autor (art. 333, I, do CPC), cabendo à fabricante, para desconstituir sua responsabilidade objetiva, demonstrar uma das causas excludentes do nexo causal (art. 12, § 3º, do CDC).

Fixada pela Corte de origem a existência de nexo causal entre o defeito de fabricação que causou o estouro de pneu e o acidente automobilístico, inviável se afigura a revisão de tal premissa de ordem fática no estrito âmbito do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

1.5 Danos morais arbitrados em 1.000 salários mínimos. Valor insuscetível de revisão na via especial, por óbice da Súmula n. 7/STJ. A tetraplegia causada ao aposentado em razão do acidente automobilístico, que transformou inteiramente sua vida e o priva da capacidade para, sozinho, praticar atos simples da vida, cuida-se de seríssima lesão aos direitos de personalidade do indivíduo. A indene fixada para tais hipóteses não encontra parâmetro ou paradigma em relação aos casos de morte de entes queridos.

2. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

2.1 O art. 950 do Código Civil admite ressarcir não apenas a quem, na ocasião da lesão, exerça atividade profissional, mas também aquele que, muito embora não a exercitando, veja restringida sua capacidade de futuro trabalho.

Havendo redução parcial da capacidade laborativa em vítima que, à época do ato ilícito, não desempenhava atividade remunerada, a base de cálculo da pensão deve se restringir a 1 (um) salário mínimo.

Precedentes.

2.2 Não acolhimento do pedido de majoração do valor arbitrado a título de danos morais, em razão da incidência da súmula 7/STJ.

Razoabilidade do quantum estipulado em 1.000 salários mínimos.

2.3 Inviável a cobrança de juros compostos quando a obrigação de indenizar resultar de ilícito de natureza eminentemente civil.

3. Recurso da fabricante conhecido em parte, e na extensão, não provido. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido. (REsp 1281742/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 05/12/2012).

No plano do Direito Ambiental, um importante precedente foi um caso do dano ambiental ocorrido na Baía de Paranaguá, no Estado do Paraná, causando graves prejuízos a pescadores, julgado pela Segunda Seção, relatoria do Ministro Sidnei Beneti<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO. 1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas. 2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio «N-T Norma», a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa ad causam.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo

Na mesma linha, outro precedente em que houve a correta aplicação da responsabilidade civil por dano ambiental ocorreu em outro caso de prejuízos a pescadores atingidos pela construção de uma usina hidrelétrica<sup>28</sup>.

A Justiça do Trabalho, especialmente a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, ampliando significativamente a sua competência para julgar as demandas versando acerca da responsabilidade civil do empregador, inclusive por acidente de trabalho (Súmula Vinculante nº do STF), tem também feito uso frequente da teoria do risco.

---

*que não se redistribuem os ônus da sucumbência. 3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem. (REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012).*

<sup>28</sup> - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. 1. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, haja vista que os fatos já restaram delimitados nas instâncias ordinárias, devendo ser revista nesta instância somente a interpretação dada ao direito para a resolução da controvérsia. Precedentes. 2. Tratando-se de dissídio notório, admite-se, excepcionalmente, a mitigação dos requisitos exigidos para a interposição do recurso pela alínea “c” “quando os elementos contidos no recurso são suficientes para se concluir que os julgados confrontados conferiram tratamento jurídico distinto à similar situação fática” (AgRg nos EAg 1.328.641/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 14/10/11). 3. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste. 4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região. 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento. (AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013).

O destaque é a jurisprudência do TST, que gradativamente tem-se utilizado da cláusula geral de risco para reconhecer a responsabilidade civil dos empregadores pelos danos sofridos por seus empregados decorrentes de acidente de trabalho.

Com efeito, o exame da jurisprudência do TST, a partir de 2008, permite observar uma gradativa acolhida da teoria do risco para a responsabilidade civil por acidente de trabalho, inicialmente para as atividades empresariais de elevado risco<sup>29 30</sup>.

---

<sup>29</sup> - ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA DO EMPREGADOR. **TEORIA SUBJETIVA DO RISCO. TEORIA OBJETIVA.** No Direito Brasileiro, a responsabilidade indenizatória pressupõe a ocorrência concomitante do dano, do nexo causal e da culpa do empregador. Sem a conjugação de todos esses requisitos, não se há falar em responsabilidade. **Regra geral, a análise dos pleitos relativos à indenização por danos morais e materiais se dá à luz da responsabilidade subjetiva,** pois é imprescindível a comprovação da culpa do empregador. É o que se extrai da exegese dos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil. **Em se tratando de atividade empresarial que implique risco aos empregados, a responsabilidade é objetiva,** isto é, independe de culpa do empregador, porquanto, em tais hipóteses, a exigência de que a vítima comprove erro na conduta do agente quase sempre inviabiliza a reparação. **A responsabilidade objetiva tem lugar somente quando o risco é inerente à atividade desenvolvida, ou seja, quando há grande probabilidade de que ocorra o infortúnio.** No caso em tela, o Regional registra que a prova dos autos não permitiu concluir que a atividade desenvolvida era de risco, nem que existiam riscos ambientais, descumprimento das normas reguladoras, ou utilização de equipamentos inadequados. Diante da não configuração da atividade risco, não há que se falar em responsabilidade objetiva, mas sim em responsabilidade subjetiva do empregador. Dessa forma, imprescindível a ocorrência da culpa empresarial para o surgimento do dever de indenizar que, entretanto, consoante o quadro expresso pelo Regional, não foi comprovada. Recurso de Revista conhecido e não provido- (TSTRR- 115/2002-066-24-00, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, DJ 24/10/2008).

<sup>30</sup> - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DO TRABALHO. AUXILIAR DE SERVIÇOS OPERACIONAIS. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. **A regra geral** do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da **responsabilidade subjetiva** (arts. 186 e 927, caput, CC). **Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa** (independentemente da atividade da empresa), **fixadoras de risco para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade** empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco)- (AIRR-92/2006-015-04-40.3, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DJ 13/6/2008).



Posteriormente, em 2009, passou a se afirmar, de forma mais incisiva, se tratar de responsabilidade objetiva<sup>31 32 33 34</sup>.

<sup>31</sup> - **DANOS FÍSICOS, MORAIS E FINANCEIROS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA.** Entendo que a análise dos pleitos relativos à indenização por danos morais e materiais em virtude de acidente de trabalho se dá à luz da responsabilidade objetiva, bastando se comprovar, de acordo com a teoria do risco da atividade, o dano e o nexo de causalidade entre este e a atividade desempenhada pela vítima. Na espécie, conforme consignado no acórdão regional, restou provado o dano e o nexo causal do acidente com o trabalho do empregado, de modo que deve responder a reclamada pelo pagamento da indenização correspondente. Dessarte, o Tribunal Regional, ao excluir da condenação o pedido de pagamento das indenizações por danos físicos, morais e financeiros, sob o fundamento de que não houve culpa por parte da ré, acabou por violar os arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, tendo em vista que é irrelevante a discussão acerca do ônus da prova da culpa da reclamada pois o elemento subjetivo não constitui requisito necessário para a responsabilização pelo acidente do trabalho. Recurso conhecido e provido, no item- (RR- 385/2002-191-05-00.8, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 28/8/2009).

<sup>32</sup> - **RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA.** A análise dos pleitos relativos à indenização por dano moral e estético em virtude de acidente de trabalho se dá à luz da responsabilidade objetiva, bastando a comprovação, de acordo com a teoria do risco da atividade, do dano e do nexo de causalidade entre este e a atividade desempenhada pela vítima. Configurada violação dos arts. 927, parágrafo único, do Código Civil e 333, II, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 830/2007-009-06-00.6 Data de Julgamento: 14/10/2009, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 13/11/2009).

<sup>33</sup> - **CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CULPA LATO SENSU. PRECEDENTE DA SBDI-1 DESTA CORTE. DESPROVIMENTO.** A interpretação sistemática e teleológica do art. 7º, caput e XXVIII, da Constituição Federal, permite concluir que o rol de direitos dos trabalhadores ali enumerados não é taxativo, em nada impedindo que sejam atribuídos outros direitos aos trabalhadores, bastando que impliquem a melhoria de sua condição social. Assim, o inciso XXVIII do artigo 7º da Carta Magna traz um direito mínimo do trabalhador à indenização por acidente de trabalho, no caso de dolo ou culpa, mas outra norma pode atribuir uma posição mais favorável ao empregado que permita a responsabilidade por culpa lato sensu. Assim, a teoria do risco profissional considera que o dever de indenizar decorre da própria atividade profissional, principalmente naquelas de risco acentuado ou excepcional pela natureza perigosa, de modo que a responsabilidade incide automaticamente. Assim, a obrigação de indenizar por ocorrência de acidente de trabalho subsiste, incidindo na hipótese a regra do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, no que se refere à ocorrência da responsabilidade sem culpa stricto sensu. Recurso de revista conhecido, por divergência jurisprudencial, e desprovido- (RR-2289/2005-482-01- 00.2 Data de Julgamento: 23/09/2009, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, 2/10/2009).

<sup>34</sup> - **RECURSO DE REVISTA - TRABALHO EM REDE ELÉTRICA - ACIDENTE DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA 1.** A teoria da responsabilidade objetiva, cujos elementos identificados são o dano e o nexo causal, prescinde da comprovação da culpa. Desse modo, a simples demonstração do nexo entre a conduta do empregador e o dano sofrido pelo empregado é suficiente para que surja o dever de indenizar. 2. O Eg. TST já afirmou a responsabilidade objetiva se a

Essa orientação jurisprudencial foi evoluindo<sup>35</sup>, sendo que, em 2011, a Subseção de Dissídios Individuais (SBDI), em caso de morte de motorista de ônibus, foi reconhecida a responsabilidade objetiva do empregador por acidente de trabalho<sup>36</sup>.

**atividade do trabalhador é de risco**, como na situação vertente. Precedentes. 3. Demonstrados, pois, o dano moral (morte do familiar) e nexos de causalidade (morte relacionada com o trabalho desenvolvido), é a empresa responsável pelos riscos oriundos do contrato, sendo devida indenização a título de danos morais e materiais. Inteligência dos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 404/2005-116-15-00.8 Data de Julgamento: 02/12/2009, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 04/12/2009).

<sup>35</sup> - **RESPONSABILIDADE OBJETIVA - POSSIBILIDADE**. A tese defendida pela Corte a quo está amparada no fato de que a atitude da empresa implicou risco para os direitos de outrem, in casu, o reclamante, que contratado e acostumado às tarefas de assistente administrativo, foi utilizado para a entrega de documentos, fornecendo-lhe a empresa veículo de sua propriedade para tal mister, assumindo, assim, o risco de ocorrência de infortúnios, tais como acidentes de trânsito. Restou claro que a adoção da responsabilidade objetiva não adveio apenas da obrigação de indenizar pela simples constatação do dano e do fato de que ele se deu a serviço do empregador, mas destacou-se que o acidente dera-se em razão do empregado estar envolvido em uma rotina de trabalho que não a sua. Ainda, no julgado de origem, fixou-se a tese de ser indubitável o prejuízo causado ao reclamante, ressaltando-se que, em face da prova da ocorrência do acidente do trabalho, ficou demonstrado, por laudo, o nexo causal existente entre o fato e a lesão gerada. Logo, é de se notar que revelam-se inespecíficos os arestos colacionados ao confronto de teses, que tratam, principalmente, da necessidade da prova da culpa do empregador a fim de se prover a condenação por danos morais ou materiais. Incidência da Súmula nº 296 desta Corte. Por fim, não vislumbro de ofensa a dispositivo legal ou constitucional na decisão ora combatida. Embora o art. 7º, XXVIII, da Constituição da República estabeleça a obrigação de indenizar do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa, em face de acidente de trabalho, o dispositivo não exclui a incidência do art. 927 do Código Civil, quando a atividade atribuída ao reclamante implicar risco ao seu direito. Logo, a conduta do reclamante não se revelou como causa única do infortúnio, não se podendo afastar, assim, a responsabilização da empregadora pelo dano causado. **Agravo de instrumento desprovido**. (AIRR 794640-55.2007.5.11.0008, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, **Publicado no DJE de 19/04/2011**).

<sup>36</sup> - **RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO DEPOIS DA EDIÇÃO DA LEI Nº 11.496/2007 - MOTORISTA DE ÔNIBUS - ASSALTO - HOMICÍDIO - PERIGO INERENTE AO TIPO DE SERVIÇO - RISCO CRIADO PELO EMPREGADOR - CULPA - DEVER DE ADOTAR AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA EVITAR A LESÃO À ESFERA JURIDICAMENTE PROTEGIDA DO EMPREGADO - OMISSÃO EM FAZÊ-LO - CONDUTA DESVALORADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO - RESULTADO QUE DEVE SER OBJETIVAMENTE IMPUTADO AO TOMADOR DOS SERVIÇOS - CONCLUSÃO QUE SE COADUNA COM O SOLIDARISMO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. A responsabilidade civil por omissão decorre da inobservância do dever de evitar a lesão à esfera juridicamente protegida de outrem. Tal dever pode ser oriundo de lei, de negócio jurídico ou do risco criado ao bem jurídico. A culpa, nesse caso, reside na inobservância de dever objetivo de cuidado, consistente na preservação do interesse alheio. Tratando-se de empresa de transporte rodoviário de passageiros, é de conhecimento notório os riscos que os seus em-

Enfim, a tendência da jurisprudência é a gradativa utilização da cláusula geral de risco em diferentes setores da responsabilidade civil.

## CONCLUSÃO

A cláusula geral de risco, estabelecida pelo parágrafo único do art. 927 do CC/2002, constituiu um grande avanço no sistema jurídico brasileiro, permitindo que, além dos casos de responsabilidade objetiva já previstos em leis especiais, a teoria do risco possa ser aplicada em outros setores em que ainda não existe legislação especial.

Constitui, ainda, um importante exemplo das significativas contribuições feitas pelo CC/2002, seguindo as diretrizes do Professor Miguel Reale, ao sistema jurídico brasileiro, esposando uma técnica legislativa moderna com capacidade de permanente adaptação à evolução social para solução dos novos fatos.

A jurisprudência brasileira, embora ainda com parcimônia, tem feito bom uso dessa inovação legislativa para solução de delicados problemas, como a responsabilidade civil do empregador por acidentes de trabalho.

A tendência da jurisprudência é uma ampliação da utilização da cláusula geral de risco para outros setores de nosso ordenamento jurídico em que não existe legislação especial acerca de responsabilidade objetiva, atendendo a exigência social de efetividade na reparação integral dos danos como medida de Justiça!

---

*pregados enfrentam ao tráfegar nas vias públicas brasileiras. Mencionados riscos, dos quais resultam proveitos econômicos em prol do empregador, quando se transformam em lesão à vida ou à integridade física do empregado, ensejam o dever de indenizar o trabalhador, porquanto presente a imputação objetiva entre eles e o resultado danoso. Tal conclusão encontra respaldo no caráter solidário da Carta Magna de 1988 (arts. 1º, III e IV, e 3º, III) e nos arts. 186 e 927 do Código Civil, que conferem efetividade ao dever do empregador de velar pela saúde e segurança dos seus empregados. Precedentes do STJ. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-RR - 28900-66.2006.5.17.0007, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 22/09/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, **Data de Publicação: 07/10/2011**)*

**O NOVO CÓDIGO CIVIL E A  
TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR  
AOS HERDEIROS DO DEVEDOR**



*Isabel Gallotti*  
Ministra do Superior Tribunal de Justiça



O NOVO CÓDIGO CIVIL E A TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR  
AOS HERDEIROS DO DEVEDOR  
*Ministra Isabel Gallotti*

## 1. A POLÊMICA

Para celebrar o aniversário de vinte e cinco anos do Superior Tribunal de Justiça, nada mais instigante do que abordar, sob diversos ângulos, polêmicas ainda não de todo pacificadas na construção da exegese do novo Código Civil, diploma legal basilar para o desenvolvimento da vida privada e cultural da Nação.

Dentre essas relevantes questões, destaco a inovadora disciplina do Código Civil de 2002 a propósito da transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor (art. 1.700).

Analisando a evolução legislativa sobre o tema, tem-se que, ao dogma da intransmissibilidade da obrigação alimentar estatuído no art. 402 do Código Civil de 1916, segundo o qual “a obrigação de prestar alimentos **não se transmite** aos herdeiros do devedor”, seguiu-se o inovador art. 23 da Lei do Divórcio (“A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil”, ou seja, nas forças da herança), até chegar ao vigente art. 1.700 do Código Civil de 2002, segundo o qual “a obrigação de prestar alimentos **transmite-se** aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”.

Acesa controvérsia, na doutrina e na jurisprudência, tem provocado o art. 1.700, cuja literalidade inverte o princípio dogmático da intransmissibilidade da obrigação alimentar, passando a lei hoje vigente a dispor exatamente o contrário: a regra é a transmissão aos herdeiros da obrigação de prestar alimentos.

Parte expressiva da doutrina procura interpretação que limite o alcance do dispositivo, aventando situações em que sua aplicação textual poderia criar constrangimentos injustificáveis, tais como, exemplificativamente, a hipótese em que o ex-marido prestava alimentos à ex-esposa e, com a morte do alimentante, sua atual esposa e única herdeira passaria a ter a obrigação de alimentar a antiga companheira do falecido, a despeito de a alimentada possuir, ela própria, filhos aptos a fazê-lo.

Em razão desta veemente reação doutrinária ao novo texto legal, que, como será visto adiante, vem-se refletindo em alguns acórdãos do STJ, tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6.201/2009, já aprovado no Senado Federal, o qual, segundo consta de sua justificativa, tem por objetivo “que não se perpetue a impropriedade de cobrar-se pensão alimentícia do morto ou do espólio de seus bens.”

Penso, todavia, que é possível interpretar o vigente art. 1.700 de forma a alcançar a finalidade que o inspirou, sem incidir nos excessos e inconvenientes aventados pela doutrina majoritária.

O objetivo do presente trabalho é, pois, a partir da análise de trabalhos doutrinários recentes e da evolução da jurisprudência do STJ, buscar interpretação do art. 1.700 que atenda ao escopo legal, sem ensejar situações despropositadas, injustificáveis à luz do ordenamento jurídico sistematicamente considerado.

## **2. SÍNTESE DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS ANTERIORES AO CÓDIGO DE 2002**

O princípio tradicional e absoluto da intransmissibilidade da obrigação alimentar, corolário da qualidade personalíssima da obrigação,

positivado no art. 402 do Código Civil de 1916, foi fortemente mitigado pelo art. 23 da denominada “Lei do Divórcio” (Lei 6.515/77).

Rolf Madaleno, em seu “Curso de direito de família”, reportando-se a escrito de Sergio Gischkow Pereira, sumaria a perplexidade causada pela inovação, e as correntes doutrinárias que buscaram definir seu alcance:

“À luz das mudanças na transmissão da obrigação alimentar colacionadas pela Lei nº 6.515/77, escrevera Sergio Gischkow Pereira, se estar ingressando em *terreno tormentoso e nebuloso*, tendo se edificado quatro correntes de opinião: pela *primeira* corrente a transmissão da obrigação alimentar passaria pura e simplesmente aos herdeiros do alimentante. Uma *segunda* vertente doutrinária entendia ser transmissível apenas o débito existente ao tempo do falecimento do devedor de alimentos. A *terceira* corrente defendia que a dívida alimentar era limitada às forças da herança, e destinada a atender qualquer classe de credores, e se o alimentário também fosse herdeiro do sucedido, o seu crédito alimentar deveria ser subtraído do seu quinhão hereditário. Para Sergio Gischkow Pereira, uma vez terminada a partilha desapareceria a obrigação alimentar dos herdeiros porque eles não podiam ser compelidos a reservarem partes de seus quinhões para atender às demandas de alimentos.

Uma *quarta* versão entendia ser transmissível somente a obrigação alimentar devida de um cônjuge para o outro, porque a Lei do Divórcio só podia tratar dos direitos dos consortes.” (Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 643).

Com o art. 1.700 do novo Código, **inverteu-se** a regra geral: caiu o dogma da intransmissibilidade da obrigação de prestar alimentos aos herdeiros do devedor e passou a ser expresso em lei exatamente o contrário: a transmissibilidade aos herdeiros da obrigação de prestar alimentos.

A nova regra (transmissibilidade) aplica-se hoje à generalidade das hipóteses de obrigação legal de prestar alimentos entre cônjuges, companheiros e parentes, não sendo mais pertinente a tese de que



incidiria apenas no caso de pensões estabelecidas por ocasião da ruptura do vínculo conjugal como argumentava parte da doutrina com base no art. 23 da Lei do Divórcio.

Quanto às demais correntes, rejeito a tese de que a transmissibilidade somente atingiria as obrigações vencidas quando da morte do devedor, conclusão que tornaria o antigo art. 23 da Lei do Divórcio e o atual 1.700 do Código Civil de 2002 absolutamente inócuos. Com efeito, as prestações vencidas são dívidas da herança, cobradas na forma do direito sucessório, como quaisquer outras.

Igualmente, não me filio ao entendimento de que a obrigação alimentar se transmita pura e simplesmente aos herdeiros, pessoalmente identificados. Fosse assim, não se justificaria a remissão feita pelo art. 1.700 ao art. 1.694, segundo o qual os alimentos devem ser fixados “na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.” Ora, as possibilidades do herdeiro em face das necessidades do alimentado pelo falecido não guardarão, necessariamente, a mesma proporção. A prestação alimentícia fora fixada tendo em vista as possibilidades do falecido, vale dizer, não apenas o seu patrimônio, mas também a remuneração auferida com seu trabalho, naturalmente extinta.

O Ministro Luís Felipe Salomão, em elucidativo voto no Recurso Especial 864.043-RS, cujo julgamento não foi concluído em razão da perda superveniente de objeto do recurso, após descrever a doutrina e os precedentes do STJ sobre o tema, acolheu a solução de que a transmissibilidade a que alude o art. 1.700 do Código Civil de 2002 diz respeito a “obrigações pré-constituídas pelo *de cuius*, devendo ser vista como encargos da herança, não como obrigações transmitidas pessoalmente aos herdeiros por *causa mortis*”. Assim incluídas também aquelas que se vencerem depois da morte, “desde que haja título constitutivo dessa obrigação em data pretérita”. Acentuou que “não se vislumbra o propósito legislativo de onerar pessoalmente os herdeiros do falecido com obrigação contraída pelo *de cuius*, mas, antes, de onerar

simplesmente a herança com a obrigação alimentar pré-constituída por ocasião do óbito, obrigação essa que, dada sua dignidade, por vezes, deve mesmo prevalecer em relação aos direitos sucessórios.”

A existência de decisão judicial impositiva da obrigação alimentar, proferida em data anterior ao falecimento do alimentante, já fora adotada como requisito para a transmissão da obrigação ao herdeiro, no Recurso Especial 509.801/SP, relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe 11.11.2010, acórdão no qual interpretado o art. 23 da Lei 6.515/77. No citado precedente, cuidava-se de ação de alimentos intentada contra o ex-companheiro em vida, tendo-se decidido pela impossibilidade do prosseguimento da ação contra o espólio.

Posteriormente, a 4ª Turma, no julgamento do REsp. 1.130.742/DF - no qual se examinou caso em que a ação de alimentos fora ajuizada contra o espólio, após, portanto, o falecimento do alimentante -, proferiu o seguinte acórdão, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão:

ACÇÃO DE ALIMENTOS. RECURSO ESPECIAL. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ACÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR MENOR, EM FACE DO ESPÓLIO DE SEU GENITOR. INEXISTÊNCIA DE ACORDO OU SENTENÇA FIXANDO ALIMENTOS POR OCASIÃO DO FALECIMENTO DO AUTOR DA HERANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESPÓLIO.

1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição Federal, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional.

2. Os alimentos ostentam carácter personalíssimo, por isso, no que tange à obrigação alimentar, não há falar em transmissão do dever jurídico (em abstrato) de prestá-los.

3. Assim, embora a jurisprudência desta Corte Superior admita, nos termos do artigo 23 da Lei do Divórcio e 1.700 do Código Civil, que, caso exista obrigação alimentar preestabelecida por acordo ou sentença - por ocasião do falecimento do autor da herança -, possa ser ajuizada ação de alimentos em face do Espólio, de modo que o alimentando

não fique à mercê do encerramento do inventário para que perceba as verbas alimentares, não há cogitar em transmissão do dever jurídico de prestar alimentos, em razão do seu caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível. Precedentes.

4. De todo modo, em sendo o autor da herança servidor público ou militar, no que tange à verba alimentar superveniente ao óbito, o procedimento adequado para o recebimento, por seu dependente, consiste no requerimento administrativo de pensão ao órgão pagador do *de cuius*.

5. Recurso especial não provido.

(DJ 17.12.2012)

Esse entendimento foi corroborado no julgamento do REsp 1.337.862/SP, acórdão pendente de publicação, ao qual aderi, embora com fundamentação diferente, conforme se depreenderá dos tópicos seguintes.

### 3. PRESTAÇÕES ANTERIORES AO ÓBITO

Para melhor clareza do ponto de vista sustentado neste artigo, considero pertinente distinguir o tratamento que deve ser dispensado, de um lado, às prestações vencidas antes da morte do alimentante (decorrentes de sentença já transitada em julgado ou de sucumbência em processo em curso quando do óbito) e, de outro, às prestações posteriores ao óbito.

Entendo que a obrigação alimentar é preexistente à sentença que a estabelece, não sendo, ao meu sentir, a existência ou não de sentença condenatória anterior ao óbito do alimentante o critério norteador da transmissibilidade da obrigação alimentar estatuída no art. 1.700 do Código de 2002.

Considero que o dever jurídico, e consequentemente a obrigação, existem desde que presentes (1) o vínculo conjugal ou de parentesco, (2) a possibilidade do alimentante e (3) a necessidade do alimentado. Esta necessidade, se não é suprida espontaneamente pelo obrigado (conduta

que é a regra nas relações familiares não litigiosas), se manifesta no momento em que o credor dos alimentos os reclama em juízo, motivo pelo qual a lei dispõe que a eficácia da sentença condenatória retroage à data da citação.

A propósito da natureza da sentença que impõe obrigação alimentar e do termo inicial dos alimentos, é elucidativa a lição de YUSSEF SAID CAHALI:

“A fixação do momento a partir do qual é devida a pensão alimentícia vincula-se à natureza da sentença na ação de alimentos.

Anota Pelissier que, enquanto o estado de necessidade não se faz sentir, a solidariedade familiar permanece em estado latente; nenhum auxílio é fornecido, de vez que não é necessário; mas esta ausência de prestações não deve levar à conclusão de um *nada jurídico* antes da superveniência da necessidade: o liame de solidariedade existe sempre, haja ou não estado de necessidade; ele dá nascimento, por si mesmo, a uma vocação aos alimentos que toma o aspecto de um *direito eventual*; o direito à obtenção de alimentos apresenta todos os característicos de um direito eventual, para que possa aí haver direito individual, é necessário desde logo que a situação jurídica se realize progressivamente; é necessário que os elementos geradores do direito definitivo sejam reunidos sucessivamente, de sorte que este direito possa ser encarado em um tempo, como futuro; esta situação se apresenta na obrigação alimentar, pois **os elementos do direito aos alimentos apresentam-se em etapas sucessivas; assim, desde logo, o liame familiar, e em seguida, mais ou menos ocasionalmente, o estado de necessidade do credor e a condição de fortuna do devedor. Sustenta, daí, o princípio da transformação automática da vocação alimentar em direito exigível; a exigibilidade dos alimentos resulta do só fato das necessidades do credor e dos recursos do devedor; o juiz se limita, quando instado, a constatar a existência desse direito; ele não o cria; sentença apenas sanciona a exigibilidade do direito alimentar, sem o estabelecer, e sob esse aspecto o julgamento seria declaratório e não constitutivo do direito.**

**Daí concluir: o direito alimentar, tornando-se exigível do só fato das necessidades do credor e dos recursos do devedor, o crédito**

**alimentar começa a correr do dia em que essas circunstâncias de fato se encontram verificadas; é por esta razão que, em caso de ação em juízo, o crédito alimentar corre do dia do ajuizamento do pedido.**

**Essa eficácia da sentença nos limites assim enunciados confirma o acerto da lição de Chiovenda, no sentido de qualificá-la como *dispositiva*, conforme foi visto anteriormente** (n. 15 e nota 196).

Diana Amato refere-se que a retroação do benefício ao momento da ação se ajusta melhor à natureza declarativa da sentença do que à sua constitutividade; mas procura conciliar a natureza constitutiva e a eficácia retroativa da sentença, qualificando esta eficácia relativa como vontade da lei a respeito da oportunidade de fazer valer a nova situação também para o passado.

E a vontade da nova lei assim se manifesta no direito brasileiro, sendo expresso o art. 13, § 2º, da Lei 5.478/68, no sentido de que “em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação”, o que é confirmado pela jurisprudência.

Consagrou-se, assim, o entendimento consubstanciado na Súmula 226, do STF: “Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede”, o que se estendia às ações de alimentos, considerando-se que “a sentença que concede alimentos tem efeitos *ex tunc*, como ensina Savigny (Traité, 6º, § 244), e com isso não se estará concedendo alimentos pretéritos, pois como tal só podem ser considerados aqueles anteriores à inicial da ação.

A regra aplica-se igualmente em matéria de alimentos oferecidos do art. 24 da Lei 5.478/68.”

(CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, fls. 639-641, grifos não constantes do original).

Reconhecida por sentença a obrigação alimentar, a sua eficácia, por força do art. 13, § 2º, da Lei 5.478/68 e da Súmula 277/STJ, retroage a partir da citação.

As necessidades do alimentado reconhecidas pela sentença existem desde o ajuizamento da ação ainda em vida do falecido. Se é certo que

o necessitado sobreviveu durante os longos anos de tramitação da causa à custa de privações, compaixão alheia, favores de pessoas desobrigadas e/ou empréstimos, serviria de estímulo, à postergação do final do litígio, solução diversa da consagrada pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência sumulada.

Observo que as parcelas vencidas antes do óbito são dívidas do falecido, da mesma forma que as demais dívidas patrimoniais de qualquer natureza, respondendo por elas o acervo hereditário. Não se cuida, aqui, de transmissão da obrigação alimentar aos herdeiros (vedada pelo art. 402 do Código Civil revogado e estabelecida como regra pelo art. 1.700 do Código vigente), mas do pagamento das dívidas do falecido dentro das forças da herança, independentemente da qualidade de herdeiro ou não do beneficiário dos alimentos vencidos. É exatamente em razão de estas prestações anteriores ao óbito constituírem dívidas do acervo hereditário, que não se sustenta a tese de que a transmissão a que alude o art. 1.700 do Código Civil seria apenas das parcelas vencidas até a data do falecimento, sob pena de tornar o dispositivo inteiramente inútil.

#### **4. PRESTAÇÕES POSTERIORES AO ÓBITO**

Passo a examinar a questão referente ao pagamento das parcelas vincendas quando do óbito.

Dispõe o art. 1.700:

“A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.”

E o art. 1.694, ao qual o art. 1.700 faz expressa remissão:

“Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§º 1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§º 2º. Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

Em primeiro lugar, cumpre distinguir a pessoa dos herdeiros, a que se refere a regra do art. 1.700, da figura do espólio.

O espólio não tem personalidade jurídica própria, embora tenha capacidade de estar em juízo representado pelo inventariante (CPC, art. 12, V). O espólio responde por obrigações assumidas em vida pelo falecido, qualquer que seja sua origem, contratual ou legal. Após a morte, não mais pode ser contraída, em nome do falecido (ou do espólio), nova obrigação derivada de fato ou situação surgida depois do óbito. Trata-se de universalidade de bens e obrigações, de titularidade do falecido, a qual tem por termo a partilha. O espólio substitui o falecido nas ações em curso quando do óbito (CPC, art. 43). Após a partilha, eventuais obrigações do falecido serão de responsabilidade dos herdeiros, nas forças da herança e dentro das proporções dos respectivos quinhões hereditários (Código Civil de 2002, arts. 1.792 e 1.997).

O art. 1.700 não determina a transmissão da obrigação alimentar do falecido para o espólio. A obrigação transmite-se aos herdeiros, nas forças da herança (art. 1.792 do Código Civil e Enunciado 343 do CEJ).

Como já exposto, afasto, de plano, a interpretação de que os herdeiros ficariam automaticamente responsáveis pela continuidade da pensão alimentícia (prestações posteriores ao óbito) à qual o autor da herança estava obrigado.

E isso porque o art. 1.700 remete ao art. 1.694, cujo § 1º estabelece que os alimentos devem ser fixados de acordo com as necessidades de quem os reclama e as possibilidades de quem é obrigado ao encargo. A verba alimentar foi estabelecida de acordo com as possibilidades do então alimentante, autor da herança, tendo em vista não só o seu patrimônio, mas também seus ganhos mensais. Quando do estabelecimento da pensão, obviamente não foram levadas em conta as possibilidades de cada um de seus futuros herdeiros, considerado o seu eventual quinhão

hereditário. Explico: a condição de herdeiro, considerado o valor e o rendimento dos bens integrantes de seu quinhão, pode eventualmente não permitir tenha o herdeiro condições de, sem prejudicar a própria subsistência, adimplir com a prestação fixada para ser paga pelo falecido. O herdeiro pode não ter condições de trabalhar; o falecido, ao revés, pode ter deixado pequeno acervo hereditário (apenas o imóvel de residência da família, por exemplo), mas ter possuído ótima remuneração no mercado de trabalho, extinta, naturalmente, com o óbito.

Assim, a transmissão automática, pura e simples, do encargo mensal para os herdeiros tornaria sem sentido a remissão feita pelo art. 1.700 ao art. 1.694, segundo o qual os alimentos são devidos de acordo com as necessidades do reclamante e as possibilidades do obrigado.

Por outro lado, a circunstância de não haver a transferência automática, pura e simples, da obrigação de pagar a pensão devida pelo falecido não autoriza, a meu sentir, com a devida vênia dos precedentes em sentido contrário (RESP 775.180/MT, 4ª Turma, relator o Ministro João Otávio de Noronha, DJ 2.2.2010 e AgRg RESP 981.180/RS, 3ª Turma, relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 15.12.2010), a interpretação de que o art. 1.700 não determine a transmissão aos herdeiros do dever legal (e, conseqüentemente, da obrigação correspondente) de prestar alimentos àqueles a quem o falecido os devia, naturalmente dentro das forças da herança.

A obrigação alimentar visa a atender finalidades de ordem pública e social, não devendo ser diminuída em sua dignidade, anular-se, perder expressão, em benefício do caráter meramente patrimonial e privado do direito sucessório, diante da atual redação do art. 1.700 do Código Civil.

Eloquente crítica a propósito da interpretação restritiva que parte da doutrina e precedentes do STJ conferem ao art. 1.700 é feita por Walsir Edson Rodrigues Júnior:

“São pacíficos os entendimentos doutrinário e jurisprudencial a respeito da possibilidade de estipulação de legados de alimentos (art.



1.920 do CC/2002), de renda vitalícia ou de pensão periódica (art. 1.926 do CC/2002) e de quantidades certas em prestações periódicas (art. 1.927 do CC/2002). Na verdade, em tais legados, o autor da herança, por meio de testamento, determina o cumprimento das disposições testamentárias, sempre nos limites das forças da herança, ou seja, esgotando os bens ou as forças da herança, cessa a obrigação.

É inconcebível o ordenamento jurídico admitir que o testador estipule um legado de alimentos para qualquer pessoa (que pode ter vínculo familiar ou não com o autor da herança), com a obrigação de que os herdeiros o cumpram no limite das forças de herança e vedar a transmissão da obrigação de prestar alimentos, estipulada legalmente, para atender as necessidades de um parente, cônjuge ou companheiro do autor da herança.

Pior ainda é admitir a possibilidade de legado de renda vitalícia ou pensão periódica e de legado de quantidade certas em prestações periódicas, pois tais legados podem ser estipulados até para quem não precisa de alimentos, tendo como requisito, portanto, a mera liberdade do testador. Nada impede que o testador ordene ao seu herdeiro, sempre nos limites das forças da herança e sem afetar a legítima dos herdeiros necessários, que dê ao seu vizinho João (milionário) R\$ 2.000,00 todos os meses, por toda a sua vida. Como reconhecer e admitir esse tipo de legado e não admitir a transmissão da obrigação de prestar alimentos que, conforme já estudado, só existe (ou persiste) diante da necessidade de quem recebe e em razão de um vínculo familiar de proximidade que existia entre o alimentante e o alimentário? (RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alimentos e a Transmissibilidade da Obrigação de Prestá-los. Porto Alegre: RBDF – Nº 37, 2006)."

O escopo do art. 1.700 do Código Civil foi, segundo meu entendimento, tendo em vista a dignidade ímpar da obrigação alimentar, sua relevância social, estabelecer o dever legal de prestar alimentos, dentro das forças da herança, àqueles a quem o falecido tinha obrigação de prestá-los, surtindo o mesmo efeito de um legado estipulado voluntariamente em testamento.

Interessantes são os exemplos de legado de alimentos deixados por Garcia d'Avila em seu testamento, no ano de 1609, em favor de

suas netas, órfãs de seu filho ilegítimo João Homem, legado este que perduraria enquanto não se casassem e residissem em Tatuapara, e também em favor dos possíveis herdeiros não nominados de outro neto seu que falecera no Rio de Janeiro, em relação aos quais dispôs: “se vierem a essa terra, que meus herdeiros os agasalhem, pois são seus parentes” (História da Casa da Torre, Pedro Calmon, José Olympio Editora, Nota B, 2ª edição).

Atualmente, o art. 1.920 do Código Civil de 2002, assim como o fazia o art. 1.687 do Código de 1916, prevê que o legado de alimentos abrange “o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além de educação, se ele for menor”. O testador pode estipular o valor dos alimentos e o período em que será devido. No silêncio, anota Theotônio Negrão, “entende-se que o legado deve ser vitalício e fixado conforme os critérios previstos neste dispositivo legal, considerando-se também as necessidades específicas do alimentante e as próprias forças da herança (v. art. 1792)” (“Código Civil e legislação civil em vigor, 30ª edição, Saraiva, 2011, p. 632).

Mas o legado de alimentos, admitido desde os primórdios de nossa História, depende de ato de vontade do testador.

Hoje, por força do art. 1.700 do Código de 2002, a falta de estipulação de legado pelo alimentante não deixará ao desamparo aqueles a quem tinha obrigação de alimentar, independentemente da circunstância de esta obrigação ter sido cumprida em vida informal e espontaneamente, por acordo escrito ou por decisão judicial, desde que a herança suporte o encargo.

Acompanhando a mesma linha de que não se deve dar interpretação restritiva ao alcance da vigente regra da transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros, afasto também a tese de que o art. 1.700 determine a transferência da obrigação apenas até a partilha. Tal termo não se justifica, porque, como já visto, a obrigação não é transmitida ao espólio encerrado, mas aos herdeiros.

Nesse sentido, a doutrina de Sérgio Gischkow:

“Editado o novo Código Civil, importantíssima modificação houve na matéria. Como *todos* os alimentos de direito de família estão regulados em um mesmo local (Livro IV, Título, Subtítulo III; veja-se que o art. 1.694 cogita de parentes, cônjuges e companheiros), segue que não mais se sustenta a tese antes majoritária, que limitava a transmissão aos alimentos surgidos no interior de uma separação judicial ou de um divórcio. Hoje quaisquer alimentos de direito de família se transmitem aos herdeiros do devedor, dentro das forças da herança. Com satisfação, vejo prevalecer a tese que sempre me pareceu mais correta.

Yussef Said Cahali aceita que, em face do atual Código Civil, outra não pode ser a solução. Belmiro Pedro Welter, Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, tem igual compreensão. Forçoso, contudo, admitir que a resistência continua existindo: a) Regina Beatriz Tavares da Silva diz que a transmissão deve ser restrita ao companheiro e ao cônjuge, dependendo, quanto ao último, de seu direito à herança; b) Zeno Veloso quer que a doutrina e os tribunais restrinjam a exegese do art. 1.700 e tem por inadmissível que filhos do falecido sejam obrigados a pensionar um tio; c) Nelcy Pereira Lessa informa que o IBDFAM quer nova redação para o art. 1700, a fim de que só abranja alimentos decorrentes do casamento ou da união estável; d) Washington Epaminondas Medeiros Barra defende uma interpretação o mais restritiva possível ao art. 1700, pois vê nele violação de elementares princípios gerais de direito, estando maculado pela eiva de inconstitucionalidade.”

Lamento, porém, que tenha surgido outra fórmula restritiva ao magnífico sentido do art. 23, hoje 1.700: a transmissão operaria somente até a partilha dos bens do *de cuius*. Mais perigosa esta interpretação porque seus argumentos valem para o art. 1.700 do Código Civil de 2002. Neste teor foi deliberado do 4º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mais preocupante é que o Superior Tribunal de Justiça resolveu por igual forma. Mais uma vez se revela a, com toda a vênua, injustificada resistência aos arts. 23-1.700. Não tenho dúvida de que a transmissão continua mesmo feita a partilha. Esta exegese restritiva não pode ser acatada porque destrói a razão de ser da transmissibilidade e os elevados objetivos sociais e humanos que ditaram sua aceitação pelo direito brasileiro. Outra vez se põe a herança acima dos alimentos e os arts. 23-1.700 ficam praticamente letra morta. Não importa, inclusive,

que o alimentando reúna a condição de herdeiro; ainda que seja óbvio que se deva fazer uma compensação, para que o alimentado não receba duas vezes, seria injusto que desaparecessem os alimentos com a partilha, pois pode simplesmente acontecer que o quinhão hereditário seja totalmente insuficiente para a manutenção do alimentado! Neste caso penso devem os quinhões dos demais herdeiros ser atingidos pelos alimentos. Interessante notar, todavia, que os dois acórdãos citados tratam de situações nas quais o alimentado cumulava a condição de herdeiro; continua a descoberta a hipótese em que não suceda esta cumulação, como no exemplo do irmão que alimentava o irmão, e, morrendo o alimentante, deixa filhos que recebem a totalidade da herança; ora, como o alimentado não é herdeiro, nada receberia da partilha, impondo-se a meu ver, pelo menos em tal quadro, que os quinhões dos herdeiros respondam pelo débito alimentar; resta desejar que a jurisprudência acate esta solução justa.

(GISCHKOW, Sérgio. "Estudos de Direito de Família", Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 150).

Ademais, atualmente, após a entrada em vigor da nova redação dada ao art. 982 do CPC pela Lei 11.441/2007, não havendo testamento ou interessado incapaz, o inventário e a partilha podem dar-se por meio de escritura pública, título hábil para o registro imobiliário. Dessa forma, na hipótese de não ser o alimentado herdeiro do falecido, o termo final de seu direito – caso assim fosse considerado o ato extrajudicial de partilha – dependeria de mera formalidade cartorária, realizada no momento estipulado pelo herdeiro/devedor por sucessão dos alimentos, o qual poria, com este ato, ao seu exclusivo critério, fim à obrigação.

Na mesma linha, rejeito, igualmente, a tese de que, sendo o alimentado também herdeiro, não possa ele, com base no art. 1.700 do Código Civil, postular, mediante o ajuizamento de ação própria, alimentos contra os demais herdeiros, naturalmente dentro da força das respectivas quotas hereditárias.

Admitindo a possibilidade de o co-herdeiro beneficiar-se da regra do art. 1.700, lembro, entre outros, a doutrina de Walsir Edson Rodrigues Júnior:

O equívoco está em pressupor que todo herdeiro (no caso, o cônjuge ou o companheiro) recebe o suficiente para suprir as suas necessidades. Não é a qualidade de herdeiro do credor da pensão alimentícia que deve determinar, de plano, a intransmissibilidade da obrigação de prestar alimentos pelos herdeiros do devedor da pensão, mas, tão-somente, a necessidade da referida verba alimentar, que deverá ser verificada em cada caso concreto respeitando sempre as forças da herança.

(RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alimentos e a Transmissibilidade da Obrigação de Prestá-los. Porto Alegre: RBDF – Nº 37, 2006).

É certo que, com a abertura da sucessão (Código Civil, art. 1.784), alteram-se as condições de fortuna e, por conseguinte, as necessidades do alimentado caso ele seja herdeiro. Mesmo antes da partilha, o ex-alimentado/herdeiro pode passar a ser pessoa rica, devendo obter o necessário para a sua subsistência, durante o processamento do inventário, mediante requerimento de antecipação de recursos, devidamente fundamentado, dirigido ao juiz do inventário, os quais serão abatidos de seu quinhão hereditário.

Assim, a partir da morte do alimentante, o alimentando-herdeiro deve, em princípio, habilitar-se nos autos do inventário e lá requerer os recursos necessários à sua subsistência.

Pode, todavia, acontecer de o alimentado, mesmo considerada a sua quota no acervo hereditário não partilhado, não possuir condições de subsistência, em razão de sua particular fragilidade (por exemplo, menoridade e/ou doença grave e incurável cujo tratamento impeça o trabalho e demande gastos extraordinários) e do pequeno vulto dos bens do espólio.

Neste caso, sendo os herdeiros pessoas com boa situação financeira, não vejo obstáculo para que sejam demandados pelo co-herdeiro ou pelo alimentado não herdeiro, devendo o postulante demonstrar, como causa de pedir da ação de alimentos, suas necessidades (excedentes de seu quinhão hereditário e impossibilidade de prover seu próprio

sustento) e as possibilidades dos demais herdeiros (dentro das forças da herança). Nestas hipóteses ora figuradas, os demais herdeiros podem não ser parentes do alimentado em grau que permita o ajuizamento de ação de alimentos com base nos arts. 1.696 ou 1.697 (ascendentes, descendentes ou irmão), de forma que responderão à ação formulada com apoio no art. 1.700 consideradas, de um lado, as necessidades do autor e, de outro, as suas possibilidades nos limites das forças da herança, não podendo ser alcançados os seus rendimentos do trabalho e demais bens não herdados. Se, ao revés, o co-herdeiro em face de quem são reclamados os alimentos for irmão do reclamante/co-herdeiro, a ação poderá ser proposta com duas causas de pedir autônomas: a condição de herdeiro do falecido alimentante (Código Civil, art. 1.700) e o parentesco com o reclamante dos alimentos (Código, art. 1.697).

Em síntese, tenho que, com o óbito, extingue-se a pensão alimentar fixada contra o *de cuius*, tendo em vista as necessidades do alimentado e as extintas possibilidades do alimentante (CC, art. 1.694). As parcelas pretéritas são dívidas do falecido, a serem pagas pelo espólio antes da partilha.

Se, independentemente da condição de co-herdeiro, persistir a necessidade, não sendo suficiente postular adiantamento ao juízo do inventário, poderá o alimentado ajuizar **nova ação de alimentos** contra os herdeiros, invocando o direito previsto no art. 1.700 do Código Civil. Idêntico direito assiste ao ex-alimentado não herdeiro. Nada impede que esta nova ação seja ajuizada mesmo antes do fim do inventário e que nela seja formulado pedido de alimentos provisórios.

Na ação ajuizada com base no art. 1.700, o autor/reclamante (pessoa a quem o autor da herança tinha a obrigação de alimentar, herdeiro ou não) deverá demonstrar: (1) que era alimentado pelo falecido, que se desincumbia da obrigação espontaneamente, mesmo que de forma *in natura*, informal, ou por força de decisão judicial, ou dele era credor de alimentos fixados em acordo ou decisão judicial; (2) as suas necessidades e a impossibilidade de prover o seu próprio sustento ou tê-lo provido

por seus próprios parentes (3) as possibilidades, dentro das forças da herança, do herdeiro/reclamado.

O herdeiro não será obrigado a prestar alimentos, mesmo dentro das forças de seu quinhão hereditário, se isto dificultar a sua própria sobrevivência. Dessa forma, um sobrinho (filho e herdeiro único do autor da herança) não deverá ser condenado a pagar alimentos a seu tio (irmão alimentado pelo autor da herança) ou à ex-companheira do pai (alimentada pelo ex-companheiro) se o único bem herdado for o imóvel onde reside, ou se depender os parcos rendimentos herdados com suas necessidades básicas. Por outro lado, o tio ou a ex-companheira do falecido não deverão ser privados dos alimentos de que necessitam para sobrevivência digna se o herdeiro tiver recebido valioso acervo, cujos rendimentos possibilitam o pagamento de pensão alimentícia.

Somente a propositura de **nova ação**, com **outra causa de pedir**, ensejará a justa e ponderada avaliação das necessidades e possibilidades do reclamante dos alimentos e do herdeiro (ou de cada um dos herdeiros), dentro das forças da herança, mas consideradas também as outras circunstâncias de vida das partes, entre as quais a possibilidade de o alimentado prover o seu próprio sustento ou ser mantido por seus parentes, caso os tenha, na ordem estabelecida nos arts. 1696 e 1697 do Código.

A avaliação dessas múltiplas circunstâncias é o motivo da remissão feita pelo art. 1.700 ao art. 1.694, a qual, do contrário, não teria sentido. Note-se que o art. 23 da Lei do Divórcio fazia remissão ao art. 1.796 do Código Civil de 1916 (responsabilidade do herdeiro pelas dívidas do falecido dentro das forças da herança). Ao contrário, o atual art. 1.700 não faz remissão ao art. 1.997 (equivalente ao art. 1.796 do antigo Código), mas ao art. 1.694 (alimentos devidos entre parentes segundo a necessidade do reclamante e a possibilidade do obrigado), reforçando a idéia de que o que se transmite é a própria obrigação legal alimentar, variável no tempo segundo as vicissitudes sofridas por alimentante e alimentado, e não mera dívida em valor estanque do falecido projetada para tempo futuro e indeterminado.

## 5. CONCLUSÃO

A obrigação alimentar não é pura e simplesmente transmitida para os herdeiros. Com o óbito, deixa de ser exigível a prestação alimentícia fixada com base nas possibilidades do extinto alimentante (remuneração e patrimônio do falecido) em cotejo com as necessidades do alimentado. Parcelas anteriores ao óbito são devidas como qualquer passivo da herança.

Não se transmite obrigação que não era existente quando do óbito do sucedido. Aquele que era autossuficiente quando vivo o sucedido, não pode, em decorrência de revés superveniente ao óbito (acidente, doença etc), reclamar alimentos dos herdeiros com base no art. 1700.

O art. 1.700 dá fundamento para que o alimentado em vida pelo falecido (espontânea e informalmente, ou por força de acordo extrajudicial ou sentença em processo iniciado ainda em vida do sucedido) postule alimentos contra os herdeiros, consideradas as circunstâncias previstas no art. 1.694 (necessidade e possibilidade), sempre dentro das forças da herança (Código Civil, arts. 1.792 e 1.997). Se procedente a ação, os novos alimentos dependem sempre da manutenção dos pressupostos de necessidade e possibilidade e da existência de recursos herdados. Podem ser revistos, alterados ou extintos, conforme varie a necessidade do alimentado, de um lado, e as possibilidades do herdeiro/alimentante, sempre dentro das forças da herança. Extintos os bens herdados, extingue-se a pensão devida com base no art. 1.700, assim como se extinguiria eventual legado de alimentos fixado com base no art. 1.920 do Código de 2002.

Com esse breve ensaio, procuro contribuir para o prosseguimento dos debates acerca de tema que ainda deve ser amadurecido e encontrar solução abrangente das inúmeras vicissitudes da vida privada, nos múltiplos processos que ocorrem ao Superior Tribunal de Justiça, no desempenho de sua missão constitucional de uniformizar a interpretação do direito federal.





## REVISÃO JUDICIAL DE CONTRATOS



*Antonio Carlos Ferreira*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**REVISÃO JUDICIAL DE CONTRATOS**  
*Ministro Antonio Carlos Ferreira<sup>1</sup>*

SUMÁRIO – 1. A Teoria da Imprevisão e os principais regimes de contratação na esfera do direito privado. 2. A revisão contratual no regime do Código de Defesa do Consumidor. 3. A revisão contratual no regime do Código Civil. 4. A dificuldade da qualificação da relação contratual. 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 6. Conclusões.

**RESUMO**

No Brasil, os principais regimes jurídicos de contratação na esfera do direito privado – o cível e o de consumo – indicam critérios legais distintos para resolução ou modificação dos contratos por fato superveniente.

Por isso a revisão contratual exige do intérprete a prévia qualificação da natureza do contrato de modo a identificar se a relação jurídica está vinculada ao regime geral do Código Civil – que é mais rigoroso para justificar a intervenção judicial nos contratos – ou ao regime especial do Código de Defesa do Consumidor – mais flexível.

Porém, a tarefa de qualificar a relação contratual muitas vezes enseja dúvida ao intérprete, tendo em vista que a definição legal de

---

<sup>1</sup> Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

consumidor, por si só, é incapaz de esclarecer com firmeza quais pessoas e quais relações jurídico-obrigacionais estariam, de fato, abrangidas pelo regime especial do Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é rica em precedentes a respeito do problema da qualificação das relações jurídico-obrigacionais, suas distinções e sobre os marcos teóricos e legais que justificam a revisão contratual em decorrência de onerosidade excessiva superveniente.

O estudo da jurisprudência do STJ é fundamental para permitir ao intérprete concluir com maior segurança se determinada situação jurídico-negocial é susceptível de ser judicialmente revista em virtude de fato superveniente.

O presente artigo procurará oferecer uma síntese a respeito do problema da revisão judicial dos contratos e sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a propósito desse importante tema.

## **1. A TEORIA DA IMPREVISÃO E OS PRINCIPAIS REGIMES JURÍDICOS DE CONTRATAÇÃO NA ESFERA DO DIREITO PRIVADO**

As concepções liberal, individualista e contratualista da Revolução Francesa elevaram os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* a fundamentos intangíveis em seu sistema contratual, consagrando a irretratabilidade do conteúdo dos contratos ainda que em virtude de profunda e excessiva onerosidade superveniente para um dos contratantes.

A grave crise social e econômica no período da Primeira Grande Guerra motivou os tribunais e os legisladores a procurarem alternativas visando a relativizar os rigores da regra da imutabilidade dos contratos.

O cenário de uma economia arruinada por uma grande Guerra implicou o resgate do velho princípio segundo o qual os pactos podem ser flexibilizados em razão da superveniência de fatores imprevistos.

Assim, a milenar cláusula *rebus sic stantibus*<sup>2</sup> ressurgiu sob a forma da teoria da imprevisão.<sup>3 4</sup>

A revisão contratual no Brasil é admitida como exceção. A jurisprudência brasileira, historicamente, é resistente à modificação dos contratos ou a autorizar seu descumprimento depois da celebração.

Isso porque nosso antigo Código Civil, de 1916, não previa expressamente a hipótese de revisão contratual em virtude de desequilíbrio superveniente decorrente de fatos imprevisos.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> “Atribui-se aos glosadores e pós-glosadores a enunciação da cláusula *rebus sic stantibus*, de acordo com a qual as convenções só deveriam ser obedecidas enquanto as coisas continuassem como estavam por ocasião do contrato” (WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. Colaboração de Semy Glanz. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 274).

<sup>3</sup> Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “A I Guerra Mundial (1914-1918) trouxe completo desequilíbrio para os contratos a longo prazo. Franqueou benefícios desarrazoados a um contratante, em prejuízo do outro. Afetou a economia contratual, com prejuízo para a economia geral. Procurando coibi-lo, votou a França a *Lei Faillot*, de 21 de janeiro de 1918, sobre os contratos de fornecimento de carvão, concluídos antes da guerra e alcançados por ela; ao mesmo tempo imaginou-se na Inglaterra a doutrina *da Frustration of Adventure*; retomou-se na Itália a cláusula *rebus sic stantibus*; reconstituiu-se por toda parte o mecanismo da proteção do contratante contra a excessiva onerosidade superveniente. O movimento doutrinário, sem embargo de opositores tenazes, pendeu para a consagração do princípio da justiça no contrato, a princípio como revivescência da cláusula *rebus sic stantibus*, que alguns escritores entre nós têm procurado subordinar à incidência da força maior e do caso fortuito (João Franzen de Lima), mas que se desprendeu e alçou voo pelas alturas”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3, p. 144).

<sup>4</sup> “A velha cláusula, resgatada de um passado longínquo, era o que de novo havia a oferecer o Direito Civil. Na verdade, operava-se a crise da autonomia da vontade e do seu arcabouço liberal. Assim, na França, patria do absolutismo do Direito dos Contratos, surgiu em 1918 a *Lei Faillot*, a qual, recebendo o nome de um desconhecido deputado representante de uma circunscrição central de Paris, restauraria o antigo princípio de que a execução de um pacto pode ser tangenciada pela superveniência de fatores imprevisos, implicando a revisão das relações contratuais”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 9).

<sup>5</sup> ARNOLDO WALD observa que “O Código fora feito para um mundo estável, com moeda firme, em que os contratos não deveriam sofrer maiores alterações independentemente da vontade das partes. Era ainda o mundo dos fisiocratas, do *laissez-faire, laissez-passer*, para o qual Clóvis fez o seu projeto. Já se disse, aliás, que o Código nasceu velho para a sua época. Assim sendo, era evidente que não se preocupasse com o problema da imprevisão”. (Op. Cit., p. 277).

A revisão judicial dos contratos com base na teoria da imprevisão, antes da positivação do instituto, decorria, basicamente, da criação jurisprudencial e doutrinária, porém com ampla resistência à sua aplicação por falta de previsão legal e sob a influência ainda do discurso do *pacta sunt servanda*.

Por isso a tendência jurisprudencial no sentido de rejeitar a teoria da imprevisão, embora os tribunais admitissem a revisão dos contratos por outros fundamentos.<sup>6</sup>

No Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990), o legislador positivou a possibilidade de resolução ou modificação dos contratos por fato superveniente.

Também o novo Código Civil, de 2002, incorporou a revisão dos contratos nos artigos 317, 478, 479 e 480, prevendo expressamente a possibilidade da resolução dos contratos por onerosidade excessiva superveniente.

Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil adotam marcos teóricos diferentes para justificar uma eventual intervenção judicial para a revisão ou resolução dos contratos.

## **2. A REVISÃO CONTRATUAL NO REGIME DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

O Código de Defesa do Consumidor, em harmonia com o mandamento constitucional<sup>7</sup>, erigiu a direito básico do consumidor a

---

<sup>6</sup> RODRIGUES JUNIOR, Op. Cit., p. 151/153.

<sup>7</sup> Constituição Federal, art. 5º, “XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; art. 170, “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor”; e ADCT, art. 48, “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

modificação de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais<sup>8</sup> ou a revisão da prestação que, em razão de fato superveniente, tenha-se tornado excessivamente onerosa.<sup>9 10</sup>

O Código não condiciona a modificação do contrato à ocorrência de fato extraordinário ou à imprevisão. Também a doutrina, majoritariamente, sustenta que o fato do qual resultou excessiva onerosidade não precisa ser nem extraordinário nem imprevisível, “basta que provoque excessiva onerosidade no contrato”.<sup>11</sup>

Com efeito, o CDC criou um sistema específico e bastante abrangente, que amplia os mecanismos de intervenção judicial nos contratos e confere ao juiz o amplo poder de modificação dos pactos, podendo anular uma cláusula ou mesmo tornar o contrato ineficaz.<sup>12</sup>

Em resumo, para a revisão judicial de um contrato de consumo, basta a comprovação da existência de cláusula que estabeleça prestação desproporcional ou a ocorrência da onerosidade excessiva ao contratante em função de fatos supervenientes, sem qualquer outro requisito.

### 3. A REVISÃO CONTRATUAL NO REGIME DO CÓDIGO CIVIL

No Código Civil, o legislador foi mais rigoroso para permitir a revisão contratual destinada à manutenção do sinalagma funcional.

---

<sup>8</sup> Diz respeito ao sinalagma genético, portanto existente na formação do contrato.

<sup>9</sup> Trata da quebra do sinalagma funcional pela alteração das circunstâncias.

<sup>10</sup> Art. 6º, inciso V, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

<sup>11</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código do consumidor e Lei 8666/93*: a onerosidade excessiva superveniente. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38.

<sup>12</sup> A propósito, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR (Op. Cit., p. 207) anota: “Essa amplitude no suporte negocial é justificada também por três fundamentos: (a) a natureza protetiva do direito especial e sua decorrência lógica, o princípio da vulnerabilidade; (b) a existência em todos os contratos de consumo de um sinalagma amplo, que se não acomoda aos padrões tradicionais da comutatividade, (c) o número significativo de contratos unilaterais envolvendo questões de consumo, ainda que não desnaturados em bilaterais imperfeitos, especialmente no âmbito das relações bancárias, o que torna indispensável o concurso de suas regras para tutelá-los”.



Também adotou a teoria da onerosidade excessiva superveniente, porém associada com a teoria da imprevisão, ou seja, a impossibilidade de antever a alteração das circunstâncias supervenientes à celebração do contrato da qual resultou onerosidade excessiva.

Assim, a diferença entre os regimes do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor está na existência da imprevisão como uma segunda condição da revisão contratual nas relações subordinadas ao Código Civil.<sup>13</sup>

Portanto, em apertadíssima síntese, os pressupostos do Código Civil para a resolução ou a revisão dos contratos por onerosidade excessiva são: (i) que o contrato seja de execução continuada ou diferida; (ii) a existência de prestação excessivamente onerosa para uma das partes, com a quebra de sua equação econômica, (iii) em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível.

É importante destacar que a ocorrência da qual decorreu a excessiva onerosidade não seja inerente ao risco do próprio negócio realizado, em relação ao qual um contratante diligente deveria ter-se acautelado.<sup>14 15</sup>

---

<sup>13</sup> É necessário que esses fatos supervenientes – que os portugueses chamam de alteração das circunstâncias – sejam, além de extraordinários, imprevisíveis.

<sup>14</sup> Quanto ao esse aspecto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que os sucessivos planos econômicos, a inflação, as mudanças de padrão monetário, não constituem eventos imprevisíveis para fundamentar revisão contratual, porque tais eventos eram corriqueiros no País e por isso os contratantes deveriam ter adotado cautelas em seus contratos. Nesse sentido, o REsp 87226/DF, Rel. Min. Costa Leite, 3ª. Turma, j. 21.5.1996, DJ 5.8.1996: “CIVIL. TEORIA DA IMPREVISÃO. A ESCALADA INFLACIONARIA NÃO É UM FATOR IMPREVISIVEL, TANTO MAIS QUANDO AVENÇADA PELAS PARTES A INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETARIA. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO”.

<sup>15</sup> Também não são consideradas imprevisíveis as pragas agrícolas, porque possíveis de antever e inseridos nos riscos ordinários dos contratos da espécie. Nesse sentido, o REsp 945.166/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª. Turma, j. 28.2.2012, DJe 12.3.2012: “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL “CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. CONTRATO QUE TAMBÉM TRAZ BENEFÍCIO AO AGRICULTOR. FERRUGEM ASIÁTICA. DOENÇA QUE ACOMETE AS LAVOURAS DE SOJA DO BRASIL DESDE 2001, PASSÍVEL DE CONTROLE PELO AGRICULTOR. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA. IMPOSSIBILIDADE. OSCILAÇÃO DE PREÇO DA “COMMODITY”. PREVISIBILIDADE NO PANORAMA CONTRATUAL. 1. (...). 2. A “ferrugem asiática” na lavoura não é fato

Também relevante distinguir a imprevisão de outros institutos de direito civil que tratam do sinalagma genético, como o estado de perigo (de que trata o art. 156 do Código Civil)<sup>16</sup> e da lesão (art. 157 do Código Civil).<sup>17</sup>

A imprevisão também não se confunde com outros institutos que implicam extinção anormal dos contratos, como caso fortuito, força maior e abuso de direito, que direcionam os conflitos de interesses a diferentes resultados.

#### **4. A DIFICULDADE DA QUALIFICAÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL**

Os diferentes institutos jurídicos aplicados na revisão contratual exigem do intérprete uma cuidadosa análise prévia do contrato destinada a identificar se a relação jurídico-obrigacional está submetida ao Código Civil ou ao Código de Defesa do Consumidor.

Acontece que a caracterização de uma relação de consumo – cujos requisitos para revisão contratual são mais singelos – pode representar uma questão tormentosa para o intérprete.<sup>18</sup>

---

extraordinário e imprevisível, visto que, embora reduza a produtividade, é doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, não havendo perspectiva de erradicação a médio prazo, mas sendo possível o seu controle pelo agricultor. Precedentes. 3. A resolução contratual pela onerosidade excessiva reclama superveniência de evento extraordinário, impossível às partes antever, não sendo suficiente alterações que se inserem nos riscos ordinários. Precedentes. 4. Recurso especial parcialmente provido para restabelecer a sentença de improcedência”.

<sup>16</sup> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é rica em precedentes que tratam, por exemplo, da exigência de cheque dado em garantia para internação hospitalar de emergência. Essa conduta, desde 2012, é tipificada como crime.

<sup>17</sup> É o caso da prática da agiotagem, por exemplo.

<sup>18</sup> RODRIGUES JÚNIOR adverte: “Embora a vigência do novo Código Civil tenha deveras aproximado o núcleo principiológico do direito comum ao Direito do Consumidor, persistem nítidas diferenças entre esses sistemas, na medida em que cada um conserva sua autonomia normativo-dogmática. Exemplo disso é a dualidade de tratamento para os contratos de adesão no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Amplia-se, portanto, a relevância do problema da qualificação jurídica da relação negocial. Daí ser o conceito de consumidor uma das mais perturbadoras questões para o intérprete contemporâneo” (Op. cit., p. 196/197).

O Código de Defesa do Consumidor define como consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.<sup>19</sup>

Mas essa definição é insatisfatória para esclarecer, com segurança, o que se deve entender por destinatário final, quem pode ser considerado consumidor e quais os tipos de relações protegidas pelo Código do Consumidor.<sup>20</sup>

## 5. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça durante algum tempo oscilou entre duas linhas de pensamento sobre a delimitação conceitual de consumidor para determinar quais relações contratuais estariam sob a tutela do CDC.

Uma primeira corrente era representada pela escola finalista, também chamada minimalista, econômica ou subjetiva, que é favorável à interpretação restrita do conceito de consumidor.

Para a corrente finalista, a tutela do CDC é destinada àquele que adquire o bem como destinatário final, para seu uso próprio, e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial. Consumidor é aquele que exaure a função econômica do bem e coloca um fim na cadeia de produção.

---

<sup>19</sup> Artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>20</sup> Nesse sentido, a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, em parecer jurídico sobre o Código de Defesa do Consumidor e as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, observa: “Mas a conceituação legal é ainda insuficiente na medida em que, apesar da definição objetiva contida no texto, é preciso determinar o que se deve entender por ‘destinatário final’, para que, definindo-se quem é consumidor, seja possível determinar quais as relações jurídicas reguladas pelo aludido estatuto; o que, como bem observou Cláudia Lima Marques, ‘envolve a necessidade de uma visão clara tanto do critério da ‘pessoa’ (quem é consumidor), quanto do critério da ‘matéria’ (quais as relações abarcadas pela lei)”. REIS, Adacir (coord.) et al. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. 1. ed., São Paulo: ABRAPP, 2013, p. 32.

A corrente finalista exclui da proteção do CDC o consumidor intermediário e as operações entre comerciantes que visam ao lucro.

Essa corrente sustenta que, no CDC, o legislador relativizou princípios consagrados do direito contratual apenas para proteger o vulnerável e o hipossuficiente diante do fornecedor.

Esse era o entendimento da Quarta e da Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça.<sup>21 22</sup>

A segunda corrente é a maximalista, também conhecida como jurídica ou objetiva, que amplia o conceito de consumidor e para a qual a tutela do CDC abrange também as pessoas jurídicas sem qualquer diferença.

A corrente maximalista se baseia somente no ato de consumo, sem levar em consideração a circunstância de o consumidor atuar como empresário ou comerciante.

---

<sup>21</sup> “CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. REDISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS E POSTO REVENDEDOR. AUSÊNCIA DE PREQESITONAMENTO DA LEI DE PATENTES E DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165, 458, INC. II E 535, TODOS DO CPC NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE CONSUMIDOR FINAL, NO ÂMBITO DA RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL IMPUGNADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI DO INQUILINATO (LEI n. 8245/91). LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS RELATIVAS AO ALUGUEL E À EXCLUSIVIDADE DE REVENDA DE PRODUTOS RECONHECIDA. ERRO SUBSTANCIAL INEXISTENTE. PRÁTICA, ADEMAIS, QUE NÃO IMPLICA EM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

(...) O posto revendedor de combustível recorrido não se enquadra no conceito de consumidor final (art. 2º, caput, do CDC), haja vista estar o contrato que celebrou com recorrente vinculado à sua atividade lucrativa, motivo porque inaplicável, enfim, nas relações que mantém entre si, o disposto do Código de Defesa do Consumidor. (...). Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.” (REsp 475220/GO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 24.06.2003, DJ 15.09.2003 p. 414).

<sup>22</sup> “MÚTUO. REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL DE 10% PARA 2%. INEXISTÊNCIA NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. - Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade comercial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial não conhecido.” (REsp 218505/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 16.09.1999, DJ 14.02.2000 p. 41).

Essa corrente de pensamento era aplicada pela Primeira e pela Terceira Turmas do STJ.<sup>23 24</sup>

O Tribunal, após longos debates, optou pela teoria finalista (minimalista ou subjetiva). Foi em 10.11.2004, no julgamento do REsp n. 541.867/BA.<sup>25</sup>

Nada obstante, com certa frequência, os rigores da aplicação da teoria finalista tem sido atenuado em julgados nos quais se admite a incidência do Código de Defesa do Consumidor em relações jurídicas

---

<sup>23</sup> “Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes. 1. A expressão ‘destinatário final’, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento. 2. Estando o contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor a prescrição é de cinco anos. 3. Deixando o Acórdão recorrido para a liquidação por artigos a condenação por lucros cessantes, não há prequestionamento dos artigos 284 e 462 do Código de Processo Civil, e 1.059 e 1.060 do Código Civil, que não podem ser superiores ao valor indicado na inicial. 4. Recurso especial não conhecido.” (REsp 208793/MT, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18.11.1999, DJ 01.08.2000 p. 264).

<sup>24</sup> “ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza o produto como consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido.” (REsp 263229/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14.11.2000, DJ 09.04.2001 p. 332).

<sup>25</sup> “COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade comercial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.” (REsp 541867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/11/2004, DJ 16/05/2005, p. 227).

envolvendo consumidores profissionais, quando comprovada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Nesse sentido, os seguintes arestos: “RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. SERVIÇO PÚBLICO. INTERRUPTÃO. INCÊNDIO NÃO CRIMINOSO. DANOS MATERIAIS. EMPRESA PROVEDORA DE ACESSO À INTERNET. CONSUMIDORA INTERMEDIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE NÃO CARACTERIZADA. ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DO PROCESSO. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (internet) e de consultorias e assessoramento na construção de homepages, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo. Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância. 3. Todavia, *in casu*, mesmo não configurada a relação de consumo, e tampouco a fragilidade econômica, técnica ou jurídica da recorrida, tem-se que o reconhecimento da responsabilidade civil da concessionária de telefonia permanecerá prescindindo totalmente da comprovação de culpa, vez que incidentes as normas reguladoras da responsabilidade dos entes prestadores de serviços públicos, a qual, assim como a do fornecedor, possui índole objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88), sendo dotada, portanto, dos mesmos elementos constitutivos. Neste contexto, importa ressaltar que tais requisitos, quais sejam, ação ou omissão, dano e nexa causal, restaram indubitavelmente reconhecidos pelas instâncias ordinárias, absolutamente soberanas no exame do acervo fático-probatório. (...) 7. Recurso Especial não conhecido.” (REsp 660026/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, j. 03/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 409). “CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ 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. 2. Pela teoria finalista, 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 nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

Em síntese, na revisão contratual, o Superior Tribunal de Justiça aplica, como regra, o Código Civil nas relações jurídicas interempresariais - ou entre comerciantes ou profissionais - e o Código de Defesa do Consumidor nas relações típicas de consumo, admitindo, porém, algumas exceções.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos. 7. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. 13/11/2012, DJe 21/11/2012). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 402817/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, j. 17/12/2013, DJe 04/02/2014; EDcl no Ag 1371143/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, j. 07/03/2013, DJe 17/04/2013; REsp 938.979/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, j. 19/06/2012, DJe 29/06/2012; AgRg no Ag 1248314/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, j. 16/02/2012, DJe 29/02/2012.

## 7. CONCLUSÕES

Na revisão judicial dos contratos, devem ser respeitadas as formas expressamente previstas em nosso ordenamento jurídico, visando, sobretudo, à preservação da autonomia privada e da segurança jurídica.

O estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revela o caráter excepcional da revisão contratual com base na teoria da imprevisão nos contratos vinculados ao Código Civil.

Nos contratos de consumo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, depois de hesitar entre as correntes finalista e maximalista, estabilizou-se no sentido da aplicação, nas relações entre empresas ou profissionais, da teoria finalista, empregando, no entanto, em situações excepcionais, o critério do minimalismo mitigado (teoria finalista moderada), quando presente a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica de uma das partes.

A complexidade da qualificação da relação jurídico-obrigacional pode ensejar dúvida quanto à natureza do contrato e, conseqüentemente, sobre os correspondentes modelos teóricos e marcos legais que devem ser observados para justificar a revisão.

Tais circunstâncias, portanto, não dispensam o intérprete de conhecer e se manter atualizado sobre a casuística e a tópica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da revisão de contratos.





**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS  
ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES POR AÇÕES  
NA JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



*Ricardo Villas Bôas Cueva*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES POR AÇÕES NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
*Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*

## **1. INTRODUÇÃO**

Na exposição de motivos do projeto aprovado sob a forma da Lei nº 6.404/76 aponta-se como objetivo central da lei societária a criação de estrutura jurídica necessária a fortalecer o mercado de capitais de risco, por meio de *“sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficiente de segurança e rentabilidade”*. A nova legislação define *“em enumeração minuciosa e até pedagógica, os deveres e responsabilidades dos administradores”*, em seção da maior importância para a consecução daquele objetivo, *“porque procura fixar os padrões de comportamento dos administradores, cuja observância constitui a verdadeira defesa da minoria e torna efetiva a imprescindível responsabilidade social do empresário.(...) As normas desses artigos são, em sua maior parte, meros desdobramentos e exemplificações do padrão de comportamento definido pela lei em vigor – o do ‘homem ativo e probo na administração dos seus próprios negócios’ (§ 7º do art. 116 do Decreto-Lei 2.627) e, em substância são as que vigoram, há muito tempo, nas legislações de outros povos; formuladas, como se encontram, tendo em conta a realidade nacional, deverão orientar os administradores honestos sem entorpecê-los*

*na ação, com excessos utópicos. Servirão, ainda, para caracterizar e coibir abusos”.*

Saber se tal objetivo foi atingido e se os padrões de comportamento dos administradores, fixados na lei, têm sido observados, decorridos quase quarenta anos de sua vigência, não é, nem poderia ser, dada a amplitude do estudo empírico que implicaria, a tarefa que se propõe neste artigo. Procura-se aqui, ao revés, por ocasião dos 25 anos de criação do Superior Tribunal de Justiça, analisar, sempre que possível em confronto com a doutrina pertinente, os principais julgados dessa corte superior a respeito da responsabilidade civil dos administradores das sociedades por ações, a começar pelo escopo da revisão dos atos de administração das companhias, seguindo pelo modo como elas se fazem presentes, pela legitimação para a propositura das ações de responsabilidade, por algumas questões processuais relevantes, bem como pela definição do marco inicial e do prazo de prescrição (se o do direito comum ou do direito especial) para as ações de responsabilidade do administrador, na hipótese de aprovação assemblear das contas do exercício, a qual, nos termos da lei, exonera o administrador de responsabilidade. Por fim, discutem-se brevemente alguns dos padrões normativos que caracterizam a responsabilidade subjetiva dos administradores, como a regra de inversão do ônus da prova prevista no art. 158, II, a regra de exclusão de responsabilidade contida no art. 159, § 6º, e o dever de diligência estatuído no art. 153 da lei societária.

## **2. O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DOS ADMINISTRADORES DE COMPANHIAS**

O controle jurisdicional dos atos de administração nas sociedades por ações, seguindo a mesma orientação do direito público quanto à sindicabilidade dos atos administrativos, limita-se à legalidade, aos aspectos exteriores do ato, não alcançando seu mérito. No REsp 1.377.908/RJ, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, ficou assentado, com base na lição de Oscar Barreto Filho, fundada, a seu turno, na doutrina de Seabra Fagundes, “*não caber ao Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, isto é, questão acerca de ‘critérios variáveis que se contêm*

*na apreciação subjetiva dos administradores, a quem cabe decidir acerca da conveniência e oportunidade do ato*”. Afirmou-se, no mesmo sentido, no REsp 1.014.496/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, que a Lei 6.404/76 “*parte de uma premissa básica: a administração deve gozar de estabilidade e relativa tranquilidade para a condução dos negócios sociais. Houve claro intuito do legislador em evitar a judicialização da administração societária*”.

Tal orientação encontra eco na doutrina. Nelson Eizirik sustenta que “*os administradores devem ter uma razoável margem de discricionariedade em sua atuação, podendo avaliar a conveniência e oportunidade de determinadas decisões visando à maximização dos lucros da companhia. A redução da discricionariedade da administração pode inviabilizar a gestão empresarial, pelo excessivo ‘engessamento’ de suas atividades*”.<sup>1</sup> Modesto Carvalhosa, semelhantemente, lembra que “*respeitados os limites da lei e dos estatutos, o administrador privado, à semelhança do público, ao praticar ato regular de gestão, está munido de certo poder discricionário, justamente para enfrentar situações emergenciais com que se defronta na conduta dos negócios sociais*”.<sup>2</sup>

### 3. A PRESENTAÇÃO DA SOCIEDADE

A jurisprudência do STJ, em linha com nossa tradição legislativa e doutrinária, consagrou a teoria organicista, segundo a qual os administradores das companhias, uma vez eleitos, devem agir como órgãos da sociedade, no interesse social, e não agem como mandatários, “*muito menos de seus ‘eleitores’*”, como lembra Nelson Eizirik.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Nelson Eizirik, A Lei das S/A Comentada, São Paulo, Quartier Latin, 2011, vol. II, p. 416-417.

<sup>2</sup> Modesto Carvalhosa, Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 699, janeiro de 1994, p. 37. Ver também Luiza Rangel de Moraes, *Business Judgement Rule* e sua aplicação no direito brasileiro na apuração de responsabilidade dos administradores de companhias abertas em processos sancionadores, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, RT, vol. 60, abr-jun/2013.

<sup>3</sup> Nelson Eizirik, A Lei das S/A Comentada, São Paulo, Quartier Latin, 2011, vol. II, p. 361.

Veja-se, a propósito, o voto condutor do já citado REsp 1.377.908/RJ, da lavra do Min. Salomão:

*Convém assinalar que os atos praticados pelos diretores de sociedades por ações, em nome destas, não ocorre por mera intermediação ou representação da pessoa jurídica.*

*Vale dizer que, a rigor, as sociedades não são propriamente representadas pelos seus órgãos administrativos nos atos praticados, tendo em vista que é mediante esses que elas próprias se apresentam perante o mundo exterior.*

*Por isso que, para caracterização de tal fenômeno, necessário se faz a existência de duas vontades, a do representado e a do representante. No caso das pessoas jurídicas, há apenas uma vontade, a da sociedade, que é externada pelos seus membros diretores, que agem como se fosse a própria pessoa moral.*

*Pontes de Miranda, com seu toque de gênio, cunhou a expressão de que a pessoa jurídica é “presentada” pelos seus diretores ou administradores nos atos jurídicos praticados com terceiros. (Tratado de direito privado, t. 50, § 5.331, Campinas: Bookseller, 1965). É mediante seus diretores que a pessoa jurídica se faz presente em suas relações com terceiros.<sup>4</sup>*

#### **4. LEGITIMAÇÃO PARA AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE**

Como sedimentado no já aludido REsp 1.014.496/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, o art. 159 da Lei nº 6.404/76 prevê procedimentos rígidos para a responsabilização do administrador da companhia, para assegurar que “*ação de responsabilidade não será meio para a consecução*

---

<sup>4</sup> A representação orgânica da companhia, como lembra o citado voto, com apoio na doutrina de Modesto Carvalhosa, é exclusiva dos diretores, nos termos dos arts. 138 e 144 da Lei 6.404/76, do que decorre que os limites a que se refere o parágrafo único desse último dispositivo somente podem ser entendidos “como previsões estatutárias acerca do exercício da diretoria perante a própria sociedade, não em relação a terceiros; o que vale dizer que as limitações estatutárias ao exercício da diretoria, em princípio são, de fato, matéria *interna corporis*, inoponíveis a terceiros de boa fé que com a sociedade venham a contratar”.

*de interesses puramente egoísticos*". Há três instrumentos processuais diversos. Em regra, cabe à própria companhia, consoante o *caput* do art. 59, promover ação *ut universi*, "uma demanda proposta pela sociedade empresária contra seu administrador, após a sua destituição em Assembleia Geral, para se ver ressarcida de prejuízos próprios". Trata-se de hipótese de legitimação ordinária.<sup>5</sup>

Em caráter excepcional, prossegue a relatora, pode o minoritário propor ação social *ut singuli*, na hipótese prevista no § 3º do art. 159. "Trata-se de legitimação extraordinária. O minoritário exerce aí papel de verdadeiro substituto processual, pois pleiteia em nome próprio direito alheio (da sociedade empresária). Esta legitimação requer, no entanto, a realização de assembleia geral. Se na referida assembleia delibera-se pela responsabilização do administrador, mas a medida judicial não se efetiva em 3 meses, qualquer acionista passa a ser legitimado. Por outro lado, se a assembleia afasta a responsabilização, a lei assegura aos minoritários detentores de, ao menos, 5% do capital social, que tragam a questão a juízo. Esse 5% são dessa forma, a medida da representatividade adequada dos minoritários".

Por fim, o § 7º do art. 159 prevê também a ação individual do acionista ou do terceiro diretamente prejudicado por ato do administrador. Como assinalado pela Ministra Nancy Andrighi, "a existência de tal medida judicial sequer precisaria constar expressamente da lei societária ante o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF). Contudo, de forma didática, a lei deixou patente que a ação individual não se confunde com a social. Na ação individual, o acionista visa a satisfazer interesse próprio, age em nome e por conta própria, não representando a sociedade".

Em se tratando, contudo, de prejuízo indireto, quem tem legitimidade para propor a ação de reparação? A relatora indica que

---

<sup>5</sup> Nelson Eizirik, cit., p. 412, lembra que, "após a deliberação, cabe aos diretores, como representantes legais da companhia, tomas as providências à propositura da ação" (...), na qual podem ser cumulados os pedidos de indenização e de nulidade do ato do administrador.



a maior controvérsia quanto à legitimidade para propor as diferentes ações (ação social *ut universi*, ação social *ut singuli* e ação individual) consiste em determinar com precisão o objeto de tais medidas judiciais.

É que os atos do administrador – prossegue a Ministra Nancy Andrighi – “*podem causar prejuízos à companhia, ao acionista e a terceiros. Nada impede que tais prejuízos coexistam. Por isso, nem sempre é clara a diferença entre prejuízos sociais, cujo ressarcimento é buscado pela ação social, e danos sofridos por acionistas determinados, cuja reparação advém por meio da ação individual. Com efeito, o prejuízo da sociedade quase sempre se reflete na perda de valor econômico das ações da companhia, bem como na diminuição dos lucros*”.

Em vista disso, lembra-se, no voto condutor, que “*respeitados doutrinadores procuram exemplificar hipóteses de danos que consideram ser claramente individuais. Modesto Carvalhosa indica que a prática de insider trading (uso irregular de informações confidenciais pelos administradores) traz, em geral, prejuízo para os acionistas sem causar prejuízo para a empresa. Da mesma forma, podem haver danos que advenham de uma relação contratual direta entre o acionista prejudicado e o administrador (idem, p. 383-384). Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, por sua vez, indicam aquelas situações em que certo acionista foi impedido de exercer direito de preferência, de participar de assembléia geral, bem como a divulgação de informações contábeis falsas, fato que leva certos acionistas a subscrever ações com prejuízo (A Lei das S.A. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 406)*”.

Louvando-se mais uma vez na lição de Lamy Filho e Bulhões Pedreira, a relatora conclui que o prejuízo indireto somente é ressarcível à companhia, e não ao sócio, que não tem legitimidade para postulá-lo. Como axiomáticamente demonstrado pelos autores, em feliz transcrição constante do voto condutor, “*assim como o prejuízo é ‘indireto’, a reparação há de ser ‘indireta’, ou seja, através da recomposição do patrimônio da companhia*”.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Lamy Filho e Bulhões Pedreira, A Lei das S.A. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 409-410

## 5. OUTRAS QUESTÕES PROCESSUAIS

A comprovação, pela companhia, da autorização assemblear para propor a ação social, pode ser feita mesmo após o julgamento da apelação, como decidido no REsp 157.579/RS, rel. para o acórdão, Min. Cesar Asfor Rocha:

*A sociedade anônima tem legitimidade para o ajuizamento da ação de responsabilidade contra seus ex-administradores e ex-gerentes pelos eventuais desmandos por eles praticados. Todavia, para tanto, exige o art. 159 da Lei das S/A que a assembléia geral delibere acerca da propositura da ação.*

*A extinção do processo sem julgamento do mérito, sem prévia oportunidade de regularização da capacidade processual, importa violação do art. 13 do CPC.*

No que diz respeito à possibilidade de quantificação do dano em liquidação de sentença, e não na fase conhecimento, há um precedente que não se aplica diretamente às hipóteses de responsabilidade do administrador da companhia delineadas no art. 158 da lei societária, mas que, ao revés, cuida de situação de abuso de poder de acionista controlador e, como tal, guarda afinidade com o tema deste artigo. Trata-se do REsp 798.264/SP, relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi, no qual se concluiu ser indispensável a prova do dano. Entretanto, assevera o voto condutor, “*se, não obstante a iniciativa probatória do acionista prejudicado, não for possível fixar, já no processo de conhecimento, o montante do dano causado pelo abuso de poder do acionista controlador, esta fixação deverá ser deixada para a liquidação de sentença, porquanto ‘Segundo a jurisprudência desta Corte, não estando o Juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação.’*” (REsp n.º 162.194/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 20.03.2000)”.

## 6. PRESCRIÇÃO

O debate acerca da prescrição das ações de responsabilidade dos administradores traz a lume peculiaridade da legislação brasileira,

especificamente o art. 134, § 3º, da lei societária. É que a aprovação das contas pela assembleia geral implica quitação, sem cuja anulação os administradores não podem ser chamados à responsabilidade. É necessário propor ação de anulação da assembleia no prazo bienal previsto no art. 286. Somente após o trânsito em julgado da ação anulatória começa a fluir o prazo trienal para a propositura da ação de responsabilidade (art. 287, II, b da Lei 6.404/76).

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL SOCIEDADE ANÔNIMA. NECESSIDADE DE PRÉVIA AÇÃO DE ANULAÇÃO DA ASSEMBLÉIA DE APROVAÇÃO DE CONTAS. PRESCRIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 557, § 2º DO CPC.

**1. Ação de responsabilidade. Prescrição: o entendimento dominante neste STJ é de que, para propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores, é necessária a prévia propositura da ação de anulação da assembleia de aprovação de contas da sociedade no prazo bienal previsto no artigo 286 da Lei 6.404/76. A partir do trânsito em julgado da sentença que acolher a anulação é que começa a fluir o prazo trienal para a ação de responsabilidade.**

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (AgRg no Ag 640.050/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/5/2009, DJe 1º/6/2009 - grifou-se).

“AGRAVO REGIMENTAL - SOCIEDADE ANÔNIMA - APROVAÇÃO SEM RESSALVAS DAS CONTAS PELA ASSEMBLÉIA GERAL - PRÉVIA ANULAÇÃO DO ATO DE APROVAÇÃO PARA EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR - NECESSIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.

**1. Salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela assembleia geral exige os administradores de quaisquer responsabilidades.**

2. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag 950.104/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 19/3/2009, DJe 30/3/2009 - grifou-se).

*“COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. SOCIEDADE ANÔNIMA. APROVAÇÃO DAS CONTAS DOS ADMINISTRADORES. **A aprovação das contas pela assembléia geral implica quitação, sem cuja anulação os administradores não podem ser chamados à responsabilidade.** Recurso especial não conhecido” (REsp 257.573/DF, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 8/5/2001, DJ 25/6/2001 - grifou-se)*

Nesse último precedente, o REsp 257.573/DF, o relator para o acórdão, Ministro Ari Pargendler, acentuou:

*A aprovação das demonstrações financeiras e das contas pela assembléia geral de uma sociedade anônima pode ser, simplesmente, o termo inicial do prazo de prescrição da ação de responsabilidade civil contra os respectivos administradores, e pode, também, significar, para estes, a extinção dessa responsabilidade (quitus) - tudo dependendo dos interesses que se quer proteger, os da sociedade ou os dos seus gestores.*

*Na Espanha, a Lei de Sociedades Anônimas, de 22 de dezembro de 1989, seguiu o primeiro caminho, dispondo no artigo 134.3 que “La aprobación de las cuentas anuales no impedirá ni supondrá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone la renuncia a la acción acordada o ejercitada”(Ley de Sociedades Anônimas, Juan Carrera Giral, Bosch, Casa Editorial S/A, Barcelona, quarta edição, 1991, Vol. III, p. 1.054).*

*A legislação portuguesa temperou essa disciplina, com a adoção da seguinte ressalva, tal qual se lê no artigo 74.3 do Decreto-Lei n° 262, de 1986:*

*“A deliberação pela qual a assembléia geral aprove as contas ou a gestão dos gerentes, administradores ou diretores não implica renúncia aos direitos de indenização da sociedade contra estes, salvo se os factos constitutivos da responsabilidade houverem sido expressamente levados ao conhecimento dos sócios antes da aprovação e esta tiver obedecido aos requisitos de voto exigidos pelo número anterior” (Código Comercial - Código das Sociedades Comerciais, Legislação Complementar, Antônio Caiero e M. Nogueira Serens, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p.250).*

*Desde o regime anterior, o do Decreto-Lei n° 2.627, de 26 de setembro de 1940, o Brasil vem seguindo outra trilha, a de que a aprovação da gestão constitui ato jurídico perfeito a proteger os interesses dos administradores,*

*sem cuja anulação estes não podem ser chamados à responsabilidade."A aprovação, sem reserva, do balanço e das contas" - dizia o artigo 101 do citado diploma legal - "exonera de responsabilidade os membros da diretoria e do Conselho Fiscal, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 156)":*

*(...)*

*Com pequenas alterações de redação, os artigos 134, § 3º, e 286 da Lei nº 6.404, de 1976, mantiveram esse regime 9*

*(...).*

*De lege ferenda, a solução pode não ser a melhor. Legislações mais modernas - v. g., a espanhola e a portuguesa, como visto - dão outro tratamento à matéria, precisamente porque os acionistas de uma sociedade anônima de porte podem não ter meios de avaliar a gestão dos respectivos administradores no prazo fixado pela lei. (...) A extinção, ou como diz o texto legal, a exoneração da responsabilidade dos administradores é, nesse contexto, precipitada. Acresce que, como no caso, tratando-se de uma sociedade de economia mista, os eventuais prejuízos causados pelo administrador comprometem o patrimônio público. A exigência de que a ação de responsabilidade civil seja precedida da anulação da deliberação da assembléia geral que aprovou as contas do administrador, dificulta sobremaneira a indenização dos danos, e não se justifica porque constitui uma sobreposição de demandas, à medida que a causa petendi de uma e de outra são idênticas. Mas a lei é essa, e, enquanto não for alterada, deve ser aplicada.*

Em contraposição ao voto condutor, pontuou a Ministra Nancy Andrighi, em voto que acompanhou o relator originário, Ministro Waldemar Zewer, não ser necessária a anulação judicial da assembleia:

*Contudo, a conclusão de que "Mas a lei é essa, e, enquanto não for alterada, deve ser aplicada", não se compatibiliza com os traços norteadores da responsabilidade civil por dano ocasionado à sociedade por ações e seus acionistas, até porque, a lei específica não prescreve a obrigatoriedade da anulação da assembleia, quando se tratar de ação social. Este requisito foi posto pelo intérprete legal, pela singela correlação do art.134, § 3º com o art. 286, ambos da LSA, que, diga-se de passagem, é meramente explicativa, tanto é assim que o art.159 da LSA, sob a rubrica clara de "Ação*

*de Responsabilidade”, não elencou aludido entrave ao exercício da ação social.*

*É certo, como pontuou o e. Min. Waldemar Zveiter, ao prover o recurso especial, que a ação prevista no art. 286 não é “conditio sine qua non” para a propositura daquela prevista no art. 287, II, “b”, 2.*

*Também se coaduna com o ordenamento jurídico a lição deixada por MODESTO CARVALHOSA, que ressalva a necessidade de pedido de anulação de assembléia somente na hipótese da ação por responsabilidade titularizada por acionistas com capital social superior a 5%, na inércia da companhia. Quando a ação de responsabilidade civil for iniciada pela companhia, em ação social, como no caso em tela, “deliberando a assembléia geral acionar os administradores, estará obviamente retificando sua deliberação anterior de aprovação das contas daqueles, já que o pressuposto é o da existência de fraude. Portanto, a deliberação de agir contra os administradores, para responsabilizá-los, automaticamente anula a deliberação anterior de aprovação sem ressalvas” (ob. cit, p.346).*

*Portanto, não sendo necessária a anulação da Assembléia Geral que aprovou as demonstrações financeiras e contas do ex-administrador, uma vez que a própria Assembléia Geral, posteriormente, em reconhecimento da inadequação das contas, autorizou o ajuizamento de ação por responsabilidade civil por ato culposo ou doloso de administrador, e reconhecendo a adequação do pedido inicial, há que regular o prazo prescricional o art. 287, inciso II, alínea “b”, item 2 da Lei n. 6.404/76, e não o art. 286, infringido pelo acórdão do e. TJDFT*

No REsp 1.313.725/SP, de minha relatoria, seguiu-se a jurisprudência dominante, no sentido de se exigir a anulação da assembleia que aprovou as contas antes da propositura da ação de responsabilidade, até porque, como fixado no acórdão recorrido, à autorização assemblear, em AGE, seguiu-se, dias depois, nova assembleia (AGO), na qual foram aprovadas as contas sem ressalva, tendo a ação sido proposta não no interregno entre as duas assembleias, mas somente após a segunda. Assim, ainda que se acolhesse a tese da desnecessidade de anulação judicial, a aprovação das contas do exercício em ato posterior tornou-se incompatível com a deliberação que autorizara a propositura da ação de responsabilidade.

## 7. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A reponsabilidade dos administradores das companhias é subjetiva e depende da comprovação de culpa em sentido amplo (culpa e dolo), nos termos do art. 158 da Lei nº 6.404/76. A propósito, REsp 1.014.496, rel. Min. Nancy Andrighi, o qual, contudo, não teve por objeto o próprio alcance do art. 158. Segundo esse dispositivo, o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, mas responde civilmente pelos prejuízos que causar quando proceder: (i) dentro de sua atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; e (ii) com violação da lei ou do estatuto.

Qual o motivo dessa redação confusa e dicotômica, que praticamente reproduz o art. 121 da Decreto-Lei nº 2.627/1940? Para Nelson Eizirik, “*a melhor explicação doutrinária parece ser a de que o legislador teria não apenas explicitado as hipóteses de responsabilidade civil, mas, também, pretendido definir as diferentes situações em o ato do administrador vincularia a ele, à companhia ou a ambos diante de terceiros*”. Mas, segundo ele, a violação da lei ou do estatuto gera apenas presunção relativa de culpa, invertendo-se o ônus da prova.<sup>7</sup>

Modesto Carvalhosa, diferentemente, entende que, na hipótese no inciso II do art. 158, há responsabilidade objetiva, pois “*ao infringir a lei e o estatuto, o administrador cria o risco do dano para a companhia, independentemente do proveito pessoal que lhe tenha trazido tal risco, e, conseqüentemente, da intenção de favorecer a si próprio, a terceiros, ou de prejudicar aquele que sofre esse risco*”.<sup>8</sup> Alexandre Couto Silva, do mesmo modo, sustenta ser objetiva a responsabilidade decorrente da violação da lei e do estatuto, mas admite a contraprova de que o administrador

---

<sup>7</sup> Nelson Eizirik, cit., p. 402-404.

<sup>8</sup> Modesto Carvalhosa, Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 699, janeiro de 1994, p. 37.

não se houve com culpa ou dolo.<sup>9</sup> Para Marcelo Adamek, contudo, não se trata propriamente de responsabilidade objetiva, pois “*as hipóteses previstas nos distintos incisos do art. 158 da Lei das S.A. são interdefiníveis e, com outra retórica, miram uma mesma realidade: para que haja responsabilidade civil por violação da lei dou do estatuto, é preciso que o administrador tenha agido culposa ou dolosamente; para que se tenha a conduta culposa ou dolosa, é preciso que se caracterize como contrastante com dever legal ou estatutário*”.<sup>10</sup>

De todo modo, o § 6º do art. 159 da lei societária permite ao juiz que reconheça “*a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia*”. Para Waldirio Bugarelli, “*estes últimos, a par de se constituírem em mais dois fatores excludentes da responsabilidade que vieram a se acrescentar aos dois tradicionais do direito comum – o caso fortuito e a força maior – revelam que a ratio legis está voltada para dar ampla possibilidade aos administradores de justificar seus atos, e note-se não só quando a companhia esteja sujeita à intervenção (judicial ou administrativa) mas quando em funcionamento normal*”.<sup>11</sup>

A regra de exclusão da responsabilidade tem por finalidade permitir que pessoas sérias e competentes aceitem o cargo de administrador e

---

<sup>9</sup> Alexandre Couto Silva, *Responsabilidade dos Administradores de S/A: business judgement rule*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 250.

<sup>10</sup> Marcelo Vieira von Adamek, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades no direito brasileiro*, in Maria de Fátima Ribeiro e Fábio Ulhoa Coelho (coords.), *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 99-100.

<sup>11</sup> Waldirio Bugarelli, *Responsabilidade dos administradores de companhias*, in Yussef Said Cahali (coord.), *Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 449. Para o autor, que escreveu em 1988, antes da nova Constituição e das inovações legislativas que se lhe seguiram, só caberia cogitar de responsabilidade objetiva no regime da Lei nº 6.024/74, não obstante o sistema geral de responsabilidade no Brasil fosse fundado em culpa. A severidade da legislação no tocante às instituições financeiras e às companhias abertas, reguladas e fiscalizadas pelo Banco Central e pela CVM, respectivamente, somente se ria justificável para coibir práticas abusivas nesses setores sensíveis. “Daí que levar ao extremo da responsabilidade objetiva pura, meramente causal, a situação dos administradores seria quando menos uma demasia, pois este regime severo afastando, via de regra, os verdadeiros mentores (controladores) recairia sobre os administradores assalariados que também comumente não possuem bens suficientes”.



possam assumir os riscos inerentes a toda atividade empresarial, e foi inspirada, segundo alguns autores<sup>12</sup>, na *business judgement rule* do direito norte-americano, originada na jurisprudência dos tribunais e difundida sobretudo em propostas da *American Bar Association*, no *Model Business Corporation Act*, e do *American Law Institute*, nos *Principles of Corporate Governance*.

A “regra da decisão empresarial”, tal como bem resumida por Nelson Eizirik, “*é aplicável uma vez atendidos cumulativamente os seguintes requisitos: (i) deve ter ocorrido uma decisão, não estando protegidas pela regra as condutas omissivas, exceto se resultantes de uma decisão de não tomar qualquer medida; (ii) os administradores não podem ter qualquer interesse financeiro ou pessoal na matéria, ou seja, não se aplica a regra se estiverem em situação de conflito de interesses; (iii) os administradores devem estar bem informados antes de tomarem a decisão, isto é, atuando de forma diligente; (iv) os administradores devem estar perseguindo o interesse social; (v) a atuação dos administrados deve ter ocorrido no âmbito de seus poderes legais e estatutários; e (vi) os administradores devem estar atuando de boa-fé*”.<sup>13</sup> A discussão acerca da aplicação da *business judgement rule* no contexto brasileiro já é travada na Comissão de Valores Mobiliários, incumbida de apurar a responsabilidade administrativa dos administradores de companhias abertas e permite dar maior concretude aos padrões de cuidado e diligência estabelecidos na lei societária.

De fato, o padrão de comportamento exigível dos administradores

---

<sup>12</sup> Por exemplo, Nelson Eizirik, obra citada, p. 357. Marcelo Vieira von Adamek, diferentemente, sustenta que “*a business judgement rule é um desdobramento do próprio sistema de responsabilidade civil dos administradores e, portanto, mesmo no direito brasileiro, tem ela aplicação na definição da responsabilidade por falta de gestão, pela bitola do dever de diligência; opera, assim, na definição das próprias regra de conduta, afastando a ilicitude (sem constituir propriamente uma específica causa de exclusão de culpa ou escusa do dever de indenizar)*” (Responsabilidade dos administradores da S/A e as ações correlatas, São Paulo, Saraiva, p. 131-132).

<sup>13</sup> Nelson Eizirik, cit., p. 417. V. também Luiza Rangel de Moraes, cit., Alexandre Couto Silva, cit., e Júlio Cesar de Lima Ribeiro, A transposição da *business judgement rule* para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, vol. 937, p. 391.

de companhias foi estabelecido de forma ampla na lei. Uma das questões em aberto é saber se o dever de diligência de trata o art. 153 da lei societária refere-se apenas ao padrão herdado do direito romano, o do *bonus pater familiae*, no qual sobressaem as virtudes que um homem médio, ativo e probo, mas sem qualificações especiais, deve ter na gestão de seus próprios negócios, ou se tal *standard*, em vista da função social da empresa e de sua repercussão sobre a poupança popular, não alcança também a *peritia artis*, ou seja, uma formação específica que habilite o administrador ao exercício do cargo, em linha com o que se verifica no direito comparado.<sup>14</sup>

Waldirio Bulgarelli defende que a especificação “*de certos deveres com acento na base técnica neste último caso é o corolário necessário do reconhecimento de que o administrador de bens alheios, integrados pela participação patrimonial do público, deve ter uma conduta não apenas de bom pai de família, ou de homem sério, ou de bom gestor de seus próprios negócios, mas que também, além de cuidados especiais, deve ter conhecimentos técnicos*”.<sup>15</sup> Modesto Carvalhosa sustenta que “*não basta, em nosso direito, por sua inquestionável feição institucional, que o administrador atue como homem ativo e probo na condução de seus próprios negócios. São insuficientes os atributos de diligência, honestidade e boa vontade para qualificar as pessoas como administradores. É necessário que se acrescente a competência profissional específica, traduzida por escolaridade e experiência*

---

<sup>14</sup> Nos Estados Unidos, por exemplo, o *Model Business Corporation Act* foi alterado em 1999 para excluir de seu § 8.30 a referência a *ordinarily prudent person*, em favor de um dever de cuidado “que uma pessoa numa posição similar razoavelmente acreditaria ser apropriada em circunstâncias semelhantes”(§ 8.30 (b)). Consolidou-se, com isso, o entendimento de que aos administradores da companhia deve-se aplicar, como critério para aferir sua responsabilidade, a chamada *business judgement rule*. Segundo esse novo padrão de conduta, as decisões tomadas pela administração da empresa baseadas em informação razoável e com alguma racionalidade não dão ensejo à responsabilização da administração mesmo que se revelem desastrosas do ponto de vista da empresa. Tal princípio significa um distanciamento do *velho standard* que reverenciava o padrão de conduta do homem comum, feito em prol de uma aceitação dos riscos inerentes à atividade empresarial.

<sup>15</sup> Waldirio Bulgarelli, Responsabilidade dos administradores de companhias, in Yussef Said Cahali (coord.), Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 417.

*e, se possível, ambas*".<sup>16</sup>. Nelson Eizirik compara a gestão do bom pai de família, voltada para a prudência e manutenção do patrimônio, com atuação do administrador, que deve procurar multiplica-lo mediante a assunção de riscos, lembrando que a tendência, no exterior, é "*vincular o dever de diligência do administrador à competência profissional de um empresário organizado*", ainda que o administrador não precise ser "*um técnico altamente especializado em todas as matérias que possa ser submetidas a sua apreciação, mas sim uma pessoa com conhecimentos gerais a respeito das atividades desenvolvidas pela companhia que administra, com capacidade de para tomar decisões de maneira refletida e responsável e supervisionar os negócios sociais*".<sup>17</sup>

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

São escassos os acórdãos do STJ que tratam da responsabilidade civil dos administradores de sociedades por ações. Ainda que não se conheçam levantamentos estatísticos a respeito, é provável que muitas das questões versadas nas ações de responsabilidade dependam de tal modo, para seu desate, do profundo exame do quadro fático-probatório, que tenham seu conhecimento obstado na instância especial. Não obstante, já existem, como se viu, algumas definições que permitem extrair segurança e previsibilidade jurídicas dos julgados do STJ, notadamente quanto ao alcance do controle jurisdicional dos atos de administração das companhias, da legitimação para a propositura dos diversos tipos de ação de responsabilidade, da prescrição e de algumas questões de índole processual. No tocante aos padrões de comportamento exigíveis dos administradores de sociedades não há ainda um escólio jurisprudencial significativo. É certo, contudo, que o legislador pátrio propositadamente disciplinou de forma ampla e vaga os deveres dos administradores, a fim de que pudessem ser cotejados com as situações concretas, das

---

<sup>16</sup> Modesto Carvalhosa, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, São Paulo, Saraiva, 2008, 3º vol., p. 272.

<sup>17</sup> Nelson Eizirik, A Lei das S/A Comentada, São Paulo, Quartier Latin, 2011, vol. II, p. 350-353.

quais emergem os elementos que permitem contrastar a atuação do administrador com a realidade empresarial.

Cabe aqui uma digressão. Como as companhias abertas são fortemente reguladas, por envolverem captação de recursos junto ao público em geral, é compreensível que o poder sancionador do ente regulador, no caso, a Comissão de Valores Mobiliários, sendo altamente especializado, demonstre natural vocação para uma primeira apreciação dos atos de administração das sociedades por ações com maior impacto econômico. Desse modo, é primordialmente nos processos administrativos sancionadores instaurados pela autarquia que se desenvolvem interpretações mais contemporâneas dos deveres de cuidado e diligência dos administradores de companhias. Quando os atos administrativos da CVM, a seu turno, são levados à apreciação do Judiciário, volta-se à questão dos limites de sindicabilidade de tais atos.

De todo modo, no que tange à responsabilidade civil dos administradores, tema do artigo, nada obstante as ponderações sobre a desejável indefinição dos padrões de conduta definidos em lei, será igualmente desejável, em prol da segurança e da previsibilidade jurídicas, que o STJ possa incursionar pelos institutos de direito material que definem, na lei societária, a responsabilidade civil dos administradores de sociedades por ações.



**ALGUMAS NOTAS SOBRE O  
ESTATUTO DE ROMA E O  
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)**



*Sebastião Reis Júnior*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



ALGUMAS NOTAS SOBRE O ESTATUTO DE ROMA E O  
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)<sup>1</sup>  
*Ministro Sebastião Reis Júnior*

Não há como, em um simples texto, esgotar o tema referente à Corte Penal Internacional, instituída pelo Estatuto de Roma. Minha intenção, portanto, aqui, é a de apresentar algumas notas sobre, por exemplo, os sujeitos passivos e os crimes por ele abrangidos, bem como sobre a sua origem.

O Direito Penal Internacional foi incrementado após a Segunda Guerra Mundial, que fez surgir a necessidade de se criar um regramento de âmbito internacional para combater delitos para os quais o Direito interno não era suficiente.

Como diz Salo de Carvalho (Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no Direito interno brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 337, novembro de 2005, p. 80), foi o momento em que *a comunidade internacional, negando o estado de guerra permanente entre os 'lobos artificiais', opta pela civilização intentando limitar o poder absoluto dos Estados, com a relativização/restrrição do princípio da soberania.*

---

<sup>1</sup> Artigo a ser publicado na obra comemorativa dos 25 anos de instalação do Superior Tribunal de Justiça.



O surgimento da Corte Penal Internacional é uma decorrência natural da humanização do Direito Internacional, sendo antecedido pela definição internacional, ou pela consagração internacional, dos direitos humanos e pela legitimação do direito de queixa ou de recurso ou de comunicação dos cidadãos contra o seu Estado, perante as instituições internacionais – Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1959) e Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

A ideia mais remota de um tribunal internacional nos leva ao ano de 1474, na Alemanha, concebido para julgar Peter Von Hagenbach, por haver consentido que seus soldados estuprassem e levassem à morte centenas de civis, com sucessivos saques às suas propriedades. Depois, já em 1862, Gustav Moynier, um dos fundadores da Cruz Vermelha Internacional, propôs a criação do estatuto de um tribunal internacional contra os crimes de guerra – violação das convenções de Viena de 1864. Sua ideia não prosperou.

Após a Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes pretendeu, sem sucesso, chamar a julgamento o ex-Kaiser Guilherme II, por ofensa suprema à moralidade internacional e à autoridade dos tratados. A responsabilidade penal pessoal de caráter internacional voltou a ser tentada quando o Tratado de Sévres, mesmo sem sua ratificação pela Turquia, pretendeu responsabilizar o Governo otomano pelo massacre de quase um milhão de armênios.

Depois, tivemos a criação dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Mais recentemente, surgiram dois outros tribunais internacionais de caráter não permanente – um, para julgar as atrocidades praticadas na antiga Iugoslávia; e o outro, para julgar aquelas cometidas em Ruanda.

Estes, ressalte-se aqui, foram criados por meio de resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU), e não por meio de tratados internacionais, como o foi o Tribunal Penal Internacional (TPI). Existe, chamo a atenção, essa crítica quanto à forma de criação. Outra crítica feita é que foram instituídos para apurar episódios que os antecederam, sendo que é regra básica do Direito Penal que o juiz, como a lei, deve anteceder aos fatos a serem apreciados.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção para Prevenção e a Representação do Crime de Genocídio (também em 1948), as quatro convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário (1949), e seus dois protocolos adicionais (1977), a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade (1968) e os Princípios de Cooperação Internacional para Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo dos Culpáveis de Crimes de Guerra ou de Crimes de Lesa-Humanidade (1973) praticamente exigiam a criação de um tribunal penal internacional, que veio a se tornar realidade em 1998, com a assinatura do Estatuto de Roma.

Não havia mais, dentro desse contexto histórico, como negar a necessidade de se evitar a impunidade internacional de violações gritantes dos direitos humanos. A criação de um tribunal penal internacional era uma exigência das circunstâncias mundiais.

Acrescente-se, que, como já disse Carvalho (Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no Direito interno brasileiro. Revista Jurídica, n. 337, novembro de 2005, p. 82), *não obstante as previsões normativas, imprescindível a capacitação de órgãos jurisdicionais, visto que as normas, por elas mesmas, não garantem absolutamente nada, se não forem amparadas por sistemas legítimos de processualização, julgamento e punição das lesões dos direitos. [...] As estruturas normativas internacionais possibilitariam, com o respeito aos clássicos princípios da teoria geral da lei penal – anterioridade e taxatividade (*lex scripta, lex stricta, lex praevia e lex certa*) –, tipificar condutas e impor sanções aos agentes da criminalidade interna e internacional.*

Aliás, tais razões encontram-se no preâmbulo do Estatuto de Roma, onde se afirma que, destaco:

Os Estados Partes no presente Estatuto,

Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante,

**Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade,**

**Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,**

**Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional,**

**Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes,**

**Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais,**

Reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas,

Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado-Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado,

**Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto,**

Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,

Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional,

Convieram no seguinte: [...]

Para Kai Ambos, *com a criação do TPI, se estabeleceu um sistema internacional de justiça criminal (internacional criminal justice system) que está composto por três níveis: o primeiro nível, do Estado territorial, continua sendo o primeiro responsável para investigar e julgar os crimes internacionais; o segundo nível, supranacional, em que o TPI atua de modo complementar à deficiência do Estado territorial; e o terceiro nível, dos Estados terceiros, os quais investigam crimes internacionais extraterritorialmente com fundamento nos princípios de competência reconhecidos (especialmente o princípio da jurisdição universal), sempre e quando o Estado territorial e o TPI, por falta de competência ou outras razões não o fizer* (Proteção de Direitos Humanos e internacionalização do Direito Penal, *in Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Gazeta Jurídica. 2013, pp. 206/207*).

Os fatos nesse pacto tipificados como crimes são aqueles – assim entendidos consensualmente entre a comunidade internacional – cuja conduta do agente viola valores essenciais (paz, segurança, bem-estar da humanidade). O objetivo do Estatuto é punir individualmente os responsáveis pelo cometimento de alguns dos piores e mais bárbaros crimes perpetrados contra a dignidade dos seres humanos, tais como: o genocídio, os de lesa-humanidade, os de guerra e o de agressão (obs.: todos são definidos no Estatuto).

As sanções do Direito Penal Internacional voltam-se contra os agentes que exercem o poder estatal, e não contra o Estado. Este será responsabilizado na esfera extrapenal, por meio de medidas de caráter indenizatório-reparatório.

Outro ponto importante a aqui se destacar é a necessidade de se ver o TPI não como um tribunal de vencedor para julgamento dos vencidos (crítica esta reiterada aos tribunais *ad hoc* de Ruanda e da ex-Iugoslávia), mas sim como um tribunal que privilegia o devido processo legal e a densificação dos direitos e garantias dos imputados, externando-se à comunidade internacional a ideia de que mesmo aqueles acusados dos mais graves delitos têm direitos que devem ser radicalmente preservados.

O TPI deve ser visto como uma Corte de Garantias. E justamente por essa razão deve aplicar o direito com respeito aos princípios que regem o Direito Penal e o devido processo legal, até mesmo para servir de exemplo àqueles Estados nacionais que se omitiram ou, pior, agiram de forma indevida e abusiva. Como diz Ambos, *se não se pode condenar um imputado seguindo as regras de um julgamento justo, deve-se absolvê-lo* (Proteção de Direitos Humanos e internacionalização do Direito Penal, *in Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Gazeta Jurídica*. 2013, pp. 206/207).

Suas fontes são, em primeiro lugar, o próprio Estatuto de Roma, depois, os princípios presentes nos tratados de Direito Internacional aplicáveis à espécie e, por fim, os princípios gerais dos Estados-Parte, quando compatíveis com a lei internacional (art. 21 do Estatuto de Roma).

No último ponto, deve ser ressaltada a importância do Direito Penal comparado, que, segundo Kai Ambos, colabora com a fundamentação dos princípios gerais do Direito, em sentido tradicional, permitindo deduzir das regulamentações concretas dos Direitos nacionais um princípio comum, daí podendo se afirmar que os princípios gerais do Direito, em sentido tradicional, cobram importância, por um lado, para a interpretação do tratado e, por outro, para preencher lacunas existentes no Direito (*A parte geral do Direito Penal Internacional*. RT, 2008, pp. 47/48 e 50).

Aqui, há a relativização da soberania do Estado, admitindo-se a hipótese de que um crime cometido dentro do seu território possa ser julgado por um tribunal internacional. Como disse Cassese (*Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Editora Manole, 2004, p. 4), *cada vez que o juiz nacional não tiver vontade ou capacidade de fazer justiça quando ocorrem graves crimes internacionais, as jurisdições internacionais poderão avocar o processo e exercer sua competência na matéria*.

O TPI não analisa a responsabilidade da pessoa jurídica, a sua atuação limita-se a pessoas físicas (art. 25 do Estatuto), atingindo a)

quem cometer um dos crimes previstos no Estatuto individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer esta pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; b) quem ordenar, solicitar ou instigar a prática de um desses crimes, sob a forma consumada ou tentada; c) quem, com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborador de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) quem contribuir intencionalmente de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, ou com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) quem, no caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente a sua prática; e f) quem tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não venha a se consumir devido a circunstâncias alheias a sua vontade, não respondendo quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma.

É considerado como execução, chamo a atenção, tudo o que ocorre entre o começo da tentativa e a finalização material do delito, abrangendo, inclusive, os atos preparatórios pertencentes, de modo inseparável, à ação típica, sendo possível punir também os que influenciaram ou idealizaram o delito, sem ter atuado na execução.

Também responde o superior hierárquico daquele que cometeu o crime, mesmo que tenha sido sem a sua anuência, tendo em vista que ele deve ou pelo menos deveria saber o que acontece sob o seu comando.

Com a responsabilização sempre da pessoa física, o Estatuto reconhece que o indivíduo tem, para com a ordem internacional, não apenas direitos, mas também obrigações, podendo tanto reclamar direitos nas instâncias internacionais, como ser demandado por atos atentatórios ao Direito Internacional.

Não se submetem ao TPI, porém, os menores de 18 anos. Também não se sujeitam a ele os Estados, as organizações internacionais e as pessoas jurídicas de direito privado.

## O dolo, no Estatuto, é bem resumido por Kai Ambos:

O art. 30 exige a realização consciente e voluntária dos elementos objetivos do tipo dos arts. 6-8 no sentido do *dolus directus*. O autor deve atuar com vontade no tocante à atividade típica, com vontade e conhecimento no tocante ao resultado e com conhecimento no tocante às circunstâncias do fato.

O dolo no sentido do art. 30 deve referir-se a todos os elementos objetivos do tipo. Isto inclui também as circunstâncias (especiais) contidas nos *chapeaus* dos arts. 6-8 (“contextual elements”); a esse respeito, o autor deve ter conhecimento fático, especialmente, deve ter conhecimento do contexto sistemático de omissão – nos crimes contra a humanidade – e as circunstâncias da existência de um conflito internacional ou não internacional – nos crimes de guerra. De maneira similar, também no tocante aos elementos normativos do tipo o autor deve estar consciente dos fatos necessários para conhecimento do significado. Ao contrário, não é necessário que ele compreenda o significado ou valoração jurídica de tais conceitos. Dito de modo curto e simples: o autor deve possuir conhecimentos fáticos e não jurídicos.

No que concerne às exigências subjetivas adicionais ou divergentes, nos arts. 6-8 deve-se diferenciar, em primeiro termo – ao menos segundo a compreensão alemã –, entre exigências gerais de dolo (dolo genérico) e elementos subjetivos especiais do tipo. Somente a intenção de destruição no genocídio (art. 6) e a especial intenção discriminatória do crime contra a humanidade da persecução (art. 7, 1, *h* – tortura) representa um elemento subjetivo do tipo diferente do dolo.

Ademais, as ações individuais dos arts. 6-8 contém exigências de dolo mais ou menos intensas. Contém exigências de dolo mais intensas que as do art. 30, no sentido de que requerem um *dolus directus* de primeiro grau, o crime de genocídio mediante submetimento a condições de exigência que produzam a destruição do grupo (art. 6, *c* – sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial) e a imposição de medidas destinadas a impedir os nascimentos do grupo (art. 6, *d* – imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo), assim como no crime contra a humanidade de extermínio (art. 7, 1, *b*) combinado com (2, *b* – extermínio compreende a sujeição internacional

a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população), de gravidez forçada (art. 7, 1, *i*) combinado com o (2, *i*) e de apartheid (art. 7, 1, *j*) combinado com (2, *h*). Uma exigência de dolo menos intensa pode-se identificar a respeito do art. 8, se se entende que o conceito “wilful(ly)”, ali utilizado, compreende também a *recklessness*. Isso se aplicaria também aos crimes de guerra que descrevem o dolo com o termo “intentionally”, se é que se equipara este conceito ao de “wilful(ly)”.

(A parte geral do Direito Penal Internacional. RT, 2008, pp. 499/500)

É indiferente para o TPI o cargo oficial ocupado por aqueles que praticaram crimes contra o Direito Internacional, a ele se submetendo o chefe de Estado ou de Governo, o membro de Governo ou do parlamento, o representante eleito ou o funcionário público. As imunidades, ou normas de procedimento especiais, da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do Direito interno ou do Direito Internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre ela.

Segundo o art. 33 do Estatuto, quem tiver cometido um crime de competência do Tribunal em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, seja militar, seja civil, não será isento da responsabilidade criminal, a menos que a) estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou do superior hierárquico em questão; b) não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e c) a decisão não fosse manifestamente ilegal, sendo que, para efeitos deste artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.

O art. 31 do Estatuto explicita as causas de exclusão de responsabilidade, a saber, quando a pessoa: *a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei; b) Estiver em estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou*



*da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder; c) Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea; e d) Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar. Essa ameaça tanto poderá: i) Ter sido feita por outras pessoas; ou ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.*

Este mesmo artigo (31) deixa claro que caberá ao Tribunal determinar se os fundamentos de exclusão de responsabilidade acima referidos serão aplicáveis ao caso concreto. Não há impedimento, tendo em vista o disposto no art. 21, de que o Tribunal considere outras causas de excludente de responsabilidade que não aquelas ali enumeradas.

E também excluem a responsabilidade o erro de fato (por ausência de dolo) e o erro de direito, quando se reconhece no caso a errônea compreensão da licitude de uma ordem.

Adotou-se um critério objetivo, de modo que a coautoria irá ocorrer quando os agentes atuarem conjuntamente, com uma divisão do trabalho, em que a ação de cada um é fundamental para que se atinja o resultado pretendido.

Há, ainda, a adoção da teoria do domínio da organização, em que um superior determina a execução do crime pelo autor direto e em que este, o autor direto, é facilmente substituível, sendo essencial aqui a pessoa que detém o real domínio do fato. A responsabilização pode ser dividida em três níveis decrescentes: aqueles que planejam e organizam os crimes têm maior responsabilização (ocupam o nível mais alto da organização); os que integram a hierarquia secundária da organização (exercem apenas parcela do controle); e os executores diretos.

A atuação do TPI é complementar, supletiva, diferentemente daquela dos Tribunais *ad hoc*. O Tribunal, como diz Condorelli, *será chamado a funcionar somente se e quando a justiça repressiva interna não funcionar*. Já os Tribunais *ad hoc* são concorrentes às jurisdições estatais e têm primazia sobre os tribunais nacionais.

Neste ponto, interessante a observação de Cassese de que *a competência universal força o Estado territorial a colocar em funcionamento sua competência territorial para prevenir o exercício da competência penal por juízes estrangeiros. Essa competência universal produz o efeito de incitação em relação aos juízes territoriais que habitualmente são hesitantes ou omissos* (*Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Editora Manole, 2004, p. 14).

O TPI atuará, portanto, extraordinariamente, quando, como diz Valério de Oliveira Mazzuoli, *as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas, no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas*.

Os crimes da competência do TPI, como dito anteriormente, são:

- a) o genocídio – homicídio de membros de um grupo; ofensas graves à integridade física ou mental de membros de um grupo; sujeição intencional de um grupo a condições de vida com intuito a provocar a sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio de um grupo e transferência, à força, de crianças de um grupo para outro, praticada com a intenção de destruir,

no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal; b) os crimes contra a humanidade – homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de uma população; prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do Direito Internacional; tortura; agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em Direito Internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; desaparecimento forçado de pessoas; crime de *apartheid* e outros atos desumanos de caráter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento deste ataque (aqui, ressalte-se que o Estatuto teve o cuidado de definir o que entende, por exemplo, como sendo extermínio, escravidão, etc., facilitando a interpretação do artigo que cuida dos crimes contra a humanidade); c) os crimes de guerra, cujas hipóteses também foram especificadas no Estatuto – homicídio doloso; deportação ou transferência ilegal, ou privação ilegal de liberdade e outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do Direito Internacional, por exemplo, quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes; e, finalmente, d) os crimes de agressão, que não foram definidos durante a conferência.

Além desses, outros crimes internacionais, como o terrorismo, a pirataria, etc., podem vir a ser julgados pelo TPI desde que haja um tratado que, expressamente, delegue a ele essa competência.

O genocídio já havia sido definido como crime quando da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 9/12/1948, em que ficou expresso o entendimento de ser um crime internacional e a mais grave espécie de crime contra a humanidade.

Os crimes contra a humanidade em geral englobam quaisquer atrocidades e violações de direitos humanos perpetrados em larga escala. Desde o massacre dos armênios pelos turcos na Primeira Guerra Mundial, somado às atrocidades praticadas pelos nazistas por ocasião da Segunda, vem sendo reforçada a necessidade da tipificação desse crime. Como disse Alessandra de Palma, citada por Valério de Oliveira Mazzuoli (*Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro*. 3ª ed., RT, p. 65), a elaboração dessa nova categoria se fazia necessária em virtude da impossibilidade de reconduzir tais crimes à categoria dos crimes de guerra e contra a paz, já conhecidos.

Constituem crimes de guerra as ações ou omissões praticadas contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados. Tais crimes têm como fundamento o *jus in bello*, ou seja, as limitações jurídicas ao exercício da guerra.

O crime de agressão é difícil de ser definido, tanto que foi inicialmente incluído no Estatuto, no art. 5º, item 2, que o Tribunal poderá exercer a sua competência em relação a esse crime desde que seja aprovada uma disposição em que se defina o delito e se enunciem as condições em que o Tribunal terá condição de atuar.

A codificação do crime de agressão foi alcançada recentemente na primeira conferência de revisão do TPI, em Kampala, Uganda:

#### Artigo 8 bis – Crime de Agressão

1. Para efeitos do presente Estatuto, uma pessoa comete “crime de agressão” quando, estando em condições de controlar ou dirigir efetivamente a ação política ou militar de um Estado, planeja, prepara, inicia ou realiza um ato de agressão, que, por suas características, gravidade e escala, constitui uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas.

2. Para efeitos do parágrafo 1, por “ato de agressão” entender-se-á o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas. Em conformidade com a Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1974, qualquer dos seguintes atos, independentemente de que haja ou não declaração de guerra, caracterizar-se-á como ato de agressão: [...]

Para Ambos, *esta codificação resolve a velha discussão sobre a diferença entre o ato ilegal de agressão (proibição) e o crime de agressão com a introdução de elementos normativos qualificadores (qualifiers) – character, gravity and scale, manifest violation. Em outras palavras, um ato de agressão no sentido do inciso 2 do artigo 8 bis somente se converte em um crime de agressão se este ato, por seu caráter, gravidade e escala, constitui uma violação manifesta da Carta da ONU (Proteção de Direitos Humanos e internacionalização do Direito Penal, in Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Gazeta Jurídica. 2013, pp. 194/195).*

Apresentado, em linhas gerais, o Tratado de Roma e sua origem, pertinentes, agora, alguns comentários sobre a sua implementação no Brasil.

Nos dizeres de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, implementação é o *processo de natureza jurídico-política que compreende a totalidade de medidas internas que devem ser tomadas para garantir que os Estados que se comprometeram com determinado organismo ou ator internacional, mediante a subscrição e subsequente ratificação de tratado internacional, estejam aptos a cumprir as regras nele estabelecidas e a cooperar com a consecução dos seus fins* (A implementação do Estatuto de Roma no âmbito interno brasileiro ante as recentes movimentações no Tribunal Penal Internacional. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial*. Vol. 6, n. 02, jul/dez 2009).

O Brasil ratificou o Tratado em 6 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo n. 112, tendo o Presidente da República promulgado o Estatuto de Roma pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Como o TPI é desprovido de um sistema integrado para persecução, processo e execução de suas sentenças, é necessária a cooperação dos Estados-Parte, o que os obriga a dispor de mecanismos legais adequados para tanto. E é nesse contexto que se inserem as legislações de implementação (Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Alexandra Rosa Adriano. O Tribunal Penal Internacional: Dificuldades para sua implementação no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Vol. 10, Rio de Janeiro, 2005, fls. 107/128). Não há uma imposição para tanto, mas existem disposições no Estatuto que, implicitamente, obrigam a adequação da legislação local (obrigação dos Estados-Parte em cooperar integralmente com o TPI, visando ao exercício regular da investigação e do processo – arts. 86 e seguintes, por exemplo).

A implementação, por sua vez, pode se dar de forma completa, quando há a internalização do Estatuto em sua totalidade; ou limitada, quando se contempla apenas as normas que tratam da administração da Justiça do TPI e do regime processual de cooperação com a Corte.

Quanto à implementação do Estatuto no Brasil, saliento que o Projeto de Lei n. 4.038/2008 (que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da Justiça do TPI) institui normas processuais específicas e dispõe sobre a cooperação com o TPI.

Tendo em conta que boa parte das normas incriminadoras (salvo o genocídio e a tortura) e processuais não possui correspondente no nosso plano interno, o projeto de lei em curso em nosso parlamento optou por uma transposição completa para o campo interno do previsto no campo internacional. O nosso modelo se assemelha ao de Trinidad y Tobago e se diferencia dos modelos canadense, alemão e francês, que optaram por uma implantação limitada.

O Canadá, diga-se de passagem, foi o primeiro país a implementar o Estatuto de Roma, fazendo-o antes mesmo de ele entrar em vigor. A implementação canadense ocorreu por meio do *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, em junho de 2000.

No princípio, foram indicados alguns pontos que obstaríam a implementação do Estatuto de Roma pelo Brasil, quais sejam, a previsão de entrega de nacionais (art. 58), o exercício da jurisdição independentemente das imunidades e prerrogativas de foro (art. 27), a violação do princípio da coisa julgada (art. 20), a previsão da prisão perpétua (art. 77) e a imprescritibilidade dos delitos (art. 29).

A entrega de nacionais não seria empecilho à validação do Estatuto, tendo em vista que, após sua ratificação, o TPI passa a ser um órgão reconhecido pela jurisdição brasileira, não mais ocorrendo, portanto, a hipótese de extradição de nacional. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros bem demonstra a diferença entre a ‘entrega’ do nacional, prevista no Estatuto de Roma, e a extradição, que é vedada pelo nosso texto constitucional. Para ele, a diferença fundamental *consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega do Tribunal não pode ser comparada à extradição (O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira, p. 14)*. Diferentemente da extradição, em que o indivíduo é encaminhado para outro sujeito de direito internacional público, de igual categoria a do Estado-Parte, aqui, a entrega é para um organismo internacional criado pelo aceite e esforço comum de vários Estados. O TPI não é uma jurisdição ‘estrangeira’, como é a de um outro Estado, não podendo ser-lhe aplicadas as mesmas regras que se aplicam a este último, em matéria de soberania e de política externa (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro*. 3ª ed., RT, p. 86). Não há o risco que se tem quando da extradição – de um nacional ser julgado por uma Justiça injusta e parcial.

Em relação ao foro, nossa Constituição dá a solução. Após a nova redação do seu art. 53 (EC n. 35/2001), os crimes anteriores não estão sujeitos à imunidade; e, quanto aos posteriores, recebida a denúncia, é facultada à Câmara ou ao Senado a sustação do processo. São normas,

na verdade, relativas à soberania doméstica. Para Flávia Piovesan e Daniela Ribeiro Ikawa, em se tratando de uma Corte internacional, como o TPI, devem prevalecer os valores humanos, e não os estatais, e, conseqüentemente, o princípio da soberania, que serve de base ao estabelecimento das imunidades, deve ser flexibilizado. A regra da imunidade foi delineada no intuito de proteger a soberania de um Estado contra outro Estado, não de bloquear o exercício da jurisdição por uma Corte internacional.

Quanto à imprescritibilidade, a dificuldade é superada pelo próprio texto constitucional, que declara que não prescrevem crimes como o racismo e aqueles vinculados à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, afastando, assim, a regra geral da imprescritibilidade.

No que se refere à questão da coisa julgada – lembrando sempre que o TPI é um tribunal subsidiário –, a dificuldade a ser superada referia-se ao art. 20 do Estatuto. Haveria novo julgamento pela Corte internacional se, no âmbito local, o processo tivesse sido feito com o objetivo de subtrair o acusado de sua responsabilidade perante o TPI e/ou não tivesse sido conduzido de forma independente ou imparcial, incompatível com a efetiva intenção de submeter o indivíduo à ação da Justiça? Para Reale Junior, não haveria *bis in idem*, porque o novo processo só ocorre *quando se verifica que o agente foi submetido a uma farsa e não a um efetivo julgamento, com a única finalidade de evitar a competência complementar do TPI, sob a escusa de já haver atuado a Justiça do país* (*Instituições de Direito Penal*, p. 120).

O último obstáculo parece ser o de mais difícil superação – a prisão perpétua –, tendo em vista o fato de que a sua vedação consta expressamente do nosso texto constitucional, inclusive como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF). O professor Fauzi Choukr aponta a solução a ser adotada: *pode-se concluir que o trabalho de aprovação acatou a posição que, enxergando um suposto conflito entre normas constitucionais* [a que impede a prisão perpétua e a que garante que o Brasil propugnará



pela formação de um Tribunal internacional de direitos humanos – art. 7º do ADCT], *conferiu primazia àquela que propugna a criação de um tribunal penal internacional de direitos humanos – mesmo porque lastreada nos arts. 1º, III, e 4º, II, VI e VII, da CR/88, que também podem ser considerados como direitos indisponíveis, visualizando nas disposições do Estatuto de Roma referentes à pena de prisão perpétua (patrocinada pelo Brasil, inclusive) um mecanismo de exceção que se torna ainda mais residual porque, em primeiro lugar, a jurisdição é, em si mesma, complementar em relação à nacional; em segundo, porque, dentro das penas, a perpétua também é residual, e em terceiro, porque em sua própria condição de perpetuidade pode ser questionada, a partir de mecanismos de revisão obrigatória que a relativizam [art. 110 do Estatuto de Roma] (Temas de Direito e Processo Penal, p. 375).*

Na verdade, o que se sustenta é que a impossibilidade da prisão perpétua se aplica ao legislador interno, não alcançando os legisladores estrangeiros, tampouco os internacionais. O impedimento interno não obstaculiza a sua instituição fora de nosso País, em tribunal permanente com jurisdição internacional do qual o Brasil faça parte. Nada impede a pena perpétua se o crime é cometido contra o Direito Internacional e reprimido pela jurisdição do TPI.

Nas palavras de Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, *as normas de direito penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. Não se projetam, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais* (O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira, *in Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. RT, 2003, p. 454).

Lembro, apenas, que, quando se trata de extradição, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, tem acolhido o pedido com a condição de que o Estado requerente assumisse formalmente o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua por pena privativa de liberdade, com prazo máximo de cumprimento da sanção

corporal de 30 anos (Ext. 1.234, Relator Ministro Dias Toffoli; Ext. 944, Relator Ministro Ayres Brito; Ext. 985, Relator Ministro Joaquim Barbosa).

Além dessas situações, que apresentam aparente conflito entre o Estatuto e a nossa Constituição, existe, ainda, a questão da anistia. Os crimes lá previstos não são passíveis de anistia, enquanto em nosso Direito sua possibilidade é a regra, com algumas exceções: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. O Projeto de Lei n. 4.038/2008, que cuida da implementação do Estatuto no Brasil, ainda em curso na Câmara dos Deputados, ao se referir aos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra, afirma que estes são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto.

Por enquanto, o processamento de decisões proferidas pelo TPI será realizado, dentro do território brasileiro, por juiz federal de primeira instância do domicílio do acusado (art. 109 da CF). Ao Ministério Público Federal caberá a provocação do juiz para a implementação interna da decisão internacional.

Como nota final, deixo claro aqui que um dos pontos positivos do Estatuto de Roma foi a sua preocupação em regular de forma clara o procedimento criminal perante o Tribunal (arts. 53 a 61).

Conforme disse logo no início, procurei, aqui, propiciar uma visão geral do Estatuto de Roma – sua origem, sua importância e sua abrangência –, bem como expor sua situação no Brasil, noticiando não só as dificuldades à sua implantação, bem como os procedimentos em curso para que esta ocorra. Espero ter alcançado o meu objetivo.



**A MUDANÇA DE CULTURA PELA  
COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS**



*Marco Aurélio Gastaldi Buzzi*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**A MUDANÇA DE CULTURA PELA COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS<sup>1</sup>**  
*Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi<sup>2</sup>*

**I – OBJETO E OBJETIVO DO DISCURSO**

A cultura de alguns povos outorga ao Estado o protagonismo de tudo quanto possa suceder de relevante ao cidadão, por conseguinte, ante tais sociedades, além de lugar privilegiado na condução dos acontecimentos, como que consequentemente, ao aludido ente público é outorgada, com exclusividade, a função de julgar e dirimir os conflitos de interesses oriundos da convivência entre as pessoas (FIUZA, 1995, p. 217).

No âmbito dessas sociedades, nas quais a missão de resolver conflitos de interesses acontece sob a tutela exclusiva do Estado, diversos fatores são determinantes desse modelo de organização institucional, os quais vão desde a consciente opção pelo monopólio estatal da função jurisdicional até a mera acomodação à circunstância de que o volume

---

<sup>1</sup> Conteúdo da exposição apresentada no I Encontro Luso-Brasileiro de Direito, realizado em Lisboa, Portugal, nos dias 11 a 13 de fevereiro de 2013.

<sup>2</sup> 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).

razoável de demandas não exige, concomitantemente, a necessária ou recomendável utilização de alternativas de resolução de litígios para promover a preservação da paz social.

No ocidente, de modo geral, prepondera a opção institucional que atribui, se não exclusivamente, mas ao menos preponderantemente, ao Poder Judiciário a função de solucionar os conflitos de interesses advindos do convívio social, os quais, todavia, atualmente se constata, restaram judicializados de tal forma e monta a ponto de inviabilizar esse modelo no qual a prestação jurisdicional é centralizada. Conseqüentemente, não mais são supridas as exigências das populações no concernente à efetiva resolução das lides que se originam das relações materiais do seu cotidiano, em tempo considerado útil.

A centralização da jurisdição, no mais das vezes, direciona-se no sentido de promover apenas o acesso à justiça formal, desprezando o real alcance à ordem jurídica justa, não ocorrendo, via de regra, no âmbito desses modelos, a resolução do conflito sociológico que invariavelmente está presente nas demandas apresentadas à solução do Estado, objetivo fácil e geralmente alcançado quando os interessados buscam dirimir suas pendências nos programas estatais que levam às populações os métodos alternativos de pacificação social, estes, pois, que são **o objeto** do presente estudo.

## **II – CATEGORIAS ALUSIVAS AOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Entre os métodos alternativos de resolução de conflitos alude-se aqui aos mais frequentemente empregados, tais como a mediação, a conciliação, a negociação, a transação e a arbitragem, verificando-se, na última modalidade, práticas adversariais, o que não ocorre nas demais, exceto, específica e eventualmente, quando das práticas endoprocessuais.

Cabe desde já referir a plena ciência e adesão às considerações que destacam as inegáveis diferenças das características e das definições entre as categorias da conciliação, da mediação e das demais técnicas voltadas ao desiderato de promoção da paz social. Note-se, todavia, que não é

objetivo desta exposição adentrar nesta seara, pois aqui, restritivamente, a meta almejada é relatar sobre a confirmação, ou não, da mudança da cultura das sociedades quanto à utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

Neste sentido será dada ênfase ao fato de que, muito embora se esteja frente a uma mudança de paradigmas, contudo, ainda assim não se está criando novas formas de atuação, mas sim reeditando experimentos já empregados por diversas populações, os quais, por oferecer concretos benefícios aos usuários, devem merecer aperfeiçoamento e adaptação aos tempos atuais, de sorte a que se concretize, com sucesso, a indispensável reformulação de paradigmas, ou seja, a mudança de mentalidades.

Há sistemas, como o brasileiro, nos quais se assiste a reedição e o implemento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, constatando-se neles a fusão das técnicas típicas da mediação e da conciliação, ainda que se reitere tratar de categorias distintas. Inegavelmente, elas são próximas a tal ponto de permitir, mesmo que não integralmente, a fusão de seus métodos operacionais, o que, por si só, não supera as características diferenciadas que possuem, mormente quanto ao fato de que o momento próprio para emprego de um ou de outro instrumento são inapelavelmente díspares (a propósito, vide: Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça do Brasil).

**Mediação** é palavra originária do vocábulo latino *mediare* que significa medir, dividir ao meio, intervir, colocar-se no meio de; e, assim, no âmbito dos meios alternativos de resolução de conflitos a expressão diz respeito a um método não-adversarial de composição de disputas, o que privilegia o princípio jurídico da autonomia privada, resultante do fato da coparticipação de todos que estão inseridos na sociedade poderem interagir ativamente da construção de mecanismos voltados à pacificação dos conflitos de interesses, próprios do convívio social (SERPA, 1995, p. 355-394).

Ainda que mediação não possa ser confundida com conciliação e tampouco com arbitragem, não raro as primeiras são empregadas como



sinônimas. Reitere-se, o mediador, diferentemente do árbitro, não decide, apenas propicia que os interessados se autodeterminem, de modo que tenham possibilidade de deliberar. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um consenso para evitar a recepção ou a continuação de um processo judicial.

É bem verdade que mesmo em apurados textos podem ser constatadas propositadas imprecisões conceituais acerca das categorias utilizadas pelos operadores do direito nesta seara, destacadamente, quando referem à mediação como gênero no qual estaria contida a conciliação, o que muito embora seja até mesmo justificável, dado a relativa proximidade entre as citadas práticas, entretanto, se o foco for mais preciso, tais definições, insuperavelmente, não são unívocas.

O conciliador sugere, interfere, aconselha, sendo que o mediador apenas facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo (SALES, 2004, p.38).

**Conciliação** é acordo de vontades que resulta de concessões mútuas, em que um terceiro imparcial ajuda, orienta e facilita a composição. O conciliador, além de orientar pode sugerir soluções, desenvolve atividade de modo imparcial, avalia a situação litigiosa **propondo** uma solução ao conflito, enunciando as vantagens e desvantagens que a transação acarreta aos litigantes (DINAMARCO, 2005, p. 142).

A **mediação** é uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas (BRAGA NETO, 1999, p. 93).

O artigo 2.º, do projeto de lei em trâmite perante o Congresso Nacional Brasileiro (PL 94/2002), consagra que “mediação é atividade técnica exercida por terceiro, escolhido ou aceito pelas partes, com o propósito de prevenir ou compor o conflito, orientando e estimulando os interessados, sem interferir na opção acerca das possíveis soluções”.

**Transação**, no âmbito do direito civil (Código Civil Brasileiro, art. 840), é a convenção em que, mediante concessões recíprocas, os interessados previnem ou terminam litígios.

**Negociação** integrativa é forma de autocomposição entre as partes interessadas, que consiste em um método de resolução de conflitos voltado à satisfação conjunta dos interesses envolvidos na controvérsia (AZEVEDO, 2012, p. 91).

**Arbitragem** é forma de solução de querelas por meio da atuação de um terceiro, o árbitro, ao qual são conferidos poderes, advindos de uma convenção privada, para que, se for o caso, decida o conflito, sem intervenção estatal, com eficácia de decisão judicial (CARMONA, 2004, p. 31).

No mesmo sentido, preleciona a doutora MARIANA FRANÇA GOUVEIA ao defini-la como “[...] meio de resolução de litígios privado, cujo fundamento se encontra na convenção de arbitragem, ela própria um contrato entre as partes” (GOUVEIA, 2013).

Não só a mediação e a conciliação são métodos não-adversariais de resolução de conflitos, mas também frente a ambas, depara-se com a negociação e com a transação. E, em todas as categorias apontadas, conforme o estágio das conversações, caso ainda não inaugurada a fase judicial, pode-se constatar a característica da não-adversariedade.

Por derradeiro, quanto a este aspecto da abordagem ora proposta, ainda que seja equívoco, apura-se que a expressão mediação, em dadas hipóteses, adequadamente ou não, é empregada como gênero, como se as demais práticas acima aludidas dela fossem espécies, o que, por evidente, pode até buscar explicar o emprego da terminologia, muito embora não se justifique pela carência de adequação.

Todavia, presume-se que a prática acima mencionada tenha lugar em virtude de que, com razão, a mediação se apresenta mais abrangente do que outros métodos alternativos de resolução de conflitos e, em alguns casos específicos, o único aconselhável e eficaz. A mediação, como consagram

os operadores do direito, pode ser utilizada em todas as instâncias sociais, proporcionando uma liberdade responsável, facilitando, assim, a convivência entre os homens (ALMEIDA, 2010, p. 599).

De todo modo, a **mediação** não há que ser confundida com **conciliação**, nem tampouco com **arbitragem**.

O mediador, diferentemente do árbitro, não decide, apenas propicia que os indivíduos envolvidos se autodeterminem para que tenham possibilidade tomar as suas decisões.

Já na conciliação, a distinção é mais tênue, tanto que constantemente são tratadas por operadores do direito e pela doutrina como expressões sinônimas, mas a essencial disparidade entre a mediação e a conciliação está no grau de interferência do terceiro que, na conciliação, concorre ativamente para a solução do conflito.

Quanto a este enfoque, vale-se do argumento de autoridade proposto por LILIA SALES, segundo a qual a diferença entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto, pois na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um consenso para evitar um processo judicial. Na mediação, os interessados não devem ser entendidos como adversários e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o terceiro, que concorre para a solução do conflito, pode: sugerir, aconselhar e mesmo interferir; já o mediador apenas elucida e facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo (SALES, 2004, p. 38).

A conciliação tem por objetivo final o acordo, ao passo que a mediação busca a emancipação e o autoconhecimento das partes no sentido de que estas tenham a possibilidade de livremente decidirem o rumo de suas vidas, o que não significa, pois, que ao final tenha estabelecido um acordo.

Concluindo, essa autocomposição pode ser impulsionada, como visto, pela aplicação de técnicas de negociação, conciliação ou mediação. Como todos estes instrumentos podem ser judiciais ou extrajudiciais, há que se ressaltar que, ao contrário da imediata associação que

usualmente se faz entre meio extrajudicial e meio alternativo, os meios autocompositivos de solução de conflitos **não necessariamente** correspondem aos meios extrajudiciais – por vezes, denominados “alternativos” ao Sistema Judiciário (FOLEY, 2003, p. 193).

### **III – AS MODALIDADES E A ALTERNATIVIDADE NOS PROCEDIMENTOS VOLTADOS À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

As atividades que envolvem a busca da solução de controvérsias por meio da conciliação, da mediação, da transação ou da negociação, enfim, dos métodos alternativos de pacificação social, a grosso modo, podem ser implementadas tanto na fase em que o conflito ainda não fora judicializado, ou seja, na fase pré-processual, extrajudicial, ou quando já transformado em ação judicial e, em tais hipóteses, reputa-se que a atividade é desenvolvida de modo incidente, endoprocessual, judicial, enfim.

A providência de buscar a composição da lide quando o conflito já foi transformado em demanda judicial, além de facultada às partes, está entre os deveres do magistrado condutor do respectivo processo, sendo possível conclamar os interessados para esse fim a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, como previsto, no caso do sistema jurídico brasileiro, especificadamente, no art. 125, inc. IV, do Código de Processo Civil - CPCB, e, de modo geral, em diversos outros momentos, como está nos artigos 277 e 331, do mesmo CPCB.

Oportuno recordar que o insucesso na tentativa de compor a lide nos momentos especificadamente previstos para tanto não inibe, nem veda, às partes ou ao próprio juiz de direito, que em quaisquer outras fases do trâmite processual busquem resolver o litígio por meio do acordo, conforme previsto nos artigos 447 a 449, também do Código de Processo Civil Brasileiro.

Assim, as práticas voltadas aos métodos alternativos de resolução de conflitos seguem o modelo extrajudicial, ou pré-processual, sempre que realizadas na fase ou no momento preliminar ao ajuizamento

das respectivas futuras demandas, e observam os moldes incidentais, endoprocessuais, e mesmo judiciais, quando deflagradas após o intento em juízo das ações.

Acerca da maior eficiência dos métodos informais (alternativos) de pacificação social, que superam em muito as expectativas do usuário do sistema tradicional, ante o qual se assiste o inevitável confronto entre o princípio do efetivo acesso à justiça e aquele da duração razoável do processo; distinguem-se, nesta seara, os meios mais adequados de resolução das controvérsias, os quais observam a informalidade dos procedimentos estabelecidos pelos próprios interessados, substituindo a rigidez do sistema jurisdicional tradicional para construir, em participação conjunta, tanto o método quanto a solução final da disputa.

Sobre o assunto leciona o Professor KAZUO WATANABE, um dos principais mentores dos parâmetros da recentemente inaugurada e deflagrada política pública brasileira, voltada às práticas ora em comento:

“[...] o objetivo primordial que se busca com a instituição de semelhante política pública, é a ***solução mais adequada dos conflitos de interesses***, pela ***participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses***, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do Judiciário é uma consequência importante desse resultado social, mas não seu escopo fundamental. Por meio dessa política pública judiciária, que ***proporciona aos jurisdicionados uma solução mais adequada dos conflitos***, o Judiciário Nacional estará adotando um importante filtro da litigiosidade, que ao contrário de barrar o acesso à justiça, ***assegurarà aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa*** [...]” (WATANABE, 2013)

#### IV – DESJUDICIALIZAÇÃO E INFORMALIZAÇÃO DA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

Já no estudo realizado no ano de 2001, pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, apurou-se que o direito em abundância, ou seja, o reconhecimento e a disponibilização dos direitos sociais, dos direitos

que provém do princípio da dignidade humana, entre outros, fizeram por robustecer a cidadania e eclodir o sentimento de inclusão dos indivíduos, das coletividades e a legitimação para a defesa de direitos difusos (PEDROSO et al., 2001)

Esse acontecimento contribuiu decisivamente para o surgimento de novas realidades, antes nunca divisadas, as quais conclamam pelos compromissos do Estado, das instituições, das entidades, criados que foram também para acolher o cidadão, no pronto, eficaz e satisfatório atendimento dessas crescentes e surpreendentemente inéditas expectativas oriundas de um igualmente recém-adquirido sentido de cidadania.

Novos padrões de conduta, novos mercados e atividades econômicas e profissionais, as concorrentes realidades virtual e material, que exigem uma nova velocidade e administração dos tempos das relações sociais e pessoais, o mundo reduzindo a uma aldeia global na qual a vida é instantânea, já apenas esses fatores ora alinhados militam decisiva e irreversivelmente para a desconstrução da ordem posta.

E, exatamente o volume e a velocidade das relações materiais exigiram a implementação de igualmente novos métodos destinados a solucionar a colisão de direitos desta novel ordem, e assim, a desjudicialização desses meios de resolução de conflitos e a informalização dos respectivos mecanismos se integram em um movimento mais amplo de desregulação social, como que em um verdadeiro empreendimento geral voltado à supressão das formas de regulação social de condutas (PEDROSO et al., p. 29, 2001).

Práticas informais, meios desjudicializados, ambos integrados e direcionados aos métodos alternativos de resolução de conflitos, sintetizam, em verdade, um novo viés tanto na administração interna do Estado – Poder Judiciário, dos Tribunais e das unidades judiciárias, quanto na simplificação das práticas, das rotinas, dos processos e respectivos procedimentos, tudo o que ratifica o sentimento que detecta, percebe e se surpreende, mesmo que o *establishment*, que aí está,

resista em admitir a existência de uma nova ordem, irreversivelmente instaurada, suplantando aquela que se conservou até então, a qual fora útil, positiva e então oportuna, mas atualmente, superada, defronta-se com a irremediável obsolescência.

São essas novas realidades que ditam e validam o restabelecimento e a criação de mecanismos voltados a solucionar conflitos de interesses. Tais sistemas adotam procedimentos simplificados, informais, adequados às necessidades dos casos que se apresentam para resolução, os quais se multiplicam aos milhares, em padrões sequer assimilados por aqueles que operam os procedimentos ainda subsistentes segundo parâmetros absolutamente superados.

Essa nova ordem necessita ser acolhida e instaurada, sem receios, ela é fruto das realidades atuais, pulsantes nas ruas, nos mercados, nas novas rotinas das contratações instantâneas, no seio dos novos modelos de família, enfim, esse calouro modelo não exige o desvendar ou o domínio de segredos guardados à sete chaves, acessíveis apenas à poucos escolhidos, aos cavaleiros templários guardiões do misterioso cálice sagrado. Certamente, os conflitos de pouca complexidade, de reduzido valor econômico, de menor potencial ofensivo merecem ser dirimidos no âmbito de procedimentos simplificados, informais e alternativos aos tradicionais, sem que tais práticas sejam reputadas violadoras da segurança jurídica, do amplo contraditório, da legitimidade da jurisdição e etc.

A desjudicialização, portanto, ocorre exatamente por força dessa exclusão de uma significativa parcela da sociedade do acesso ao Sistema de Justiça, aliada à fragmentação e complexidade das sociedades contemporâneas que exigem respostas plurais a uma realidade multifacetada. Essa busca por informalização dos procedimentos revela uma (re) descoberta de novos meios de resolução de conflitos que não se limitam à atividade jurisdicional e que procuram veicular uma “justiça democrática da proximidade” (FOLEY, 2012, p. 188).

Cumpre, a propósito ressaltar: atualmente já é incontroverso que os mecanismos alternativos de pacificação podem ser utilizados tanto

antecipadamente à propositura da ação judicial, quanto após a sua deflagração, preocupação evidenciada inclusive na fundamentação de atos normativos, como é o caso da alusão expressa nesse sentido contida nas considerações vestibulares do Provimento n.º 22/2012, da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional de Justiça do Brasil.

## V – O ESCORÇO HISTÓRICO

Com o objetivo de efetuar, neste momento, uma superficial introdução à abordagem histórica quanto ao assunto em evidência, vale destacar que as práticas ora referidas, quaisquer que sejam as designações que possam receber, remontam a antigas experiências registradas em importantes documentos de domínio de toda a humanidade.

Já advertia o apóstolo MATEUS:

“Concilia-te depressa com teu adversário, enquanto está no caminho com ele, para que não aconteça que o adversário te entregue ao juiz [...]” (Mateus, 5: 25-26)<sup>3</sup>

Conforme leciona a festejada jurista brasileira ADA PELLEGRINI, autoridade de renome internacional no assunto em evidência, na verdade “ressurge hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente” (GRINOVER, 2005, p. 22-27).

Na verdade, a mediação tem a mesma antiguidade de existência dos grupos sociais (ANDRADE, 2013). Apesar do título empregado no presente trabalho, a mediação de conflitos não é novidade em muitas nações, pois existem relatos sobre o seu emprego há cerca de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades – Estados (CACHAPUZ, 2003, p. 24).

---

<sup>3</sup> Bíblia de Estudo Plenitude. Bíblia Sagrada, traduzida para o Português por João Ferreira de Almeida, p. 954.



A mediação há muito tempo é utilizada em várias culturas no mundo, como a judaica, a cristã, a islâmica, a hinduísta, a budista, a confucionista e até as indígenas (MOORE, 1998, p. 32).

As tradições judaicas de solução de conflitos foram transportadas para as comunidades cristãs emergentes, que olhavam Cristo como mediador supremo. É possível encontrar na Bíblia (I Timóteo 2:5-6) referência a Jesus como mediador entre Deus e o homem. Este conceito de intermediário foi utilizado para justificar o papel do clero como mediador entre a congregação, Deus e os crentes. Até a Renascença, a Igreja Católica Apostólica Romana na Europa Ocidental e a Igreja Católica Ortodoxa no Leste Mediterrâneo foram, certamente, as principais instituições de mediação e administração de conflitos da sociedade ocidental. Sendo responsabilidade do clero a mediação em assuntos familiares, criminais e disputas diplomáticas entre a nobreza (VIANNA, 2013).

No oriente, na China antiga, a ausência de resolução consensual do conflito revelava o caráter marginal do infrator e a inabilidade da vítima em obter a solução para a contenda, o que também demonstrava a inaptidão do próprio grupo social de onde os litigantes eram originários (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Em Roma, ao tempo do primeiro império, nas proximidades dos Fóruns eram edificadas os templos dedicados à deusa Concórdia (SCAMUZZI, p. 40), sendo que nesse período, para as partes interessadas em resolver conflitos havia a previsão do procedimento *in iure* (na presença do juiz) e o *in iudicio* (na presença do mediador ou árbitro). É de se ressaltar que no ordenamento ático e, posteriormente, no ordenamento romano republicano, a mediação não era reconhecida como instituto de direito, mas sim, como regra de mera cortesia. (VIANNA, 2013).

Entre os Mongóis, no seio das tribos comandadas por Genghis Khan, os conflitos oriundos da convivência eram resolvidos no âmbito de pequenos conselhos, formados por guerreiros mais graduados e os mais antigos integrantes dos grupos (WEATHERFORD, 2004).

A História Constitucional Inglesa, já no ano de 1360, registra que os Juízes de Paz foram introduzidos no sistema de governo como elementos cuja atuação, voltada à solução de pendengas, objetivava a manutenção da paz social.

Colhe-se, no levantamento histórico, cuja fonte é adiante apontada, que desde 1239, na Espanha, existiam regras de mediação para resolver conflitos de interesses ligados ao uso da água, conflitos que eram apreciados pelo antigo Tribunal de Águas de Valência, o qual era constituído por indivíduos respeitados na comunidade.

Em 1737 e 1776, as ordenações de Bilbao e Burgos, respectivamente, já demonstravam os antecedentes da mediação, de caráter voluntário e preventivo para assuntos comerciais.

A partir da Constituição Espanhola de 1812, veda-se a atuação jurisdicional antes de qualquer tentativa de acordo extrajudicial, sendo o texto do Real Decreto de 1827, do seguinte teor:

*“Cuando cualquiera persona compareciere en este tribunal intentar alguna acción, mando que no se le admita ni pueda admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que primero el Prior y Cónsules hagan comparecer ante si a las partes y oyéndolas verbalmente sus excepciones y defensas, procuren ajustar el pleito y diferencia que hibiere con la mayor brevedad; y no pudiéndolo conseguir, les admitirán sus peticiones por escrito.” (RUIZ et al.,2013)*

A Assembléia Constituinte, na França, no ano de 1791, estabeleceu na Constituição (art. 6º, do Capítulo V), o *bureau de paix*, disciplinando que os tribunais ordinários não poderiam receber nenhuma ação civil, sem que lhes fosse certificado que as partes compareceram, ou que o demandante fez citar a parte adversa perante mediadores para tentar a conciliação.

Em Portugal, já no Século XV, no ano de 1446, surgem os avindores ou concertadores, com a missão específica de restabelecer a paz e a harmonia entre os desavindos. No ano de 1555, também em Portugal foi implementado o cargo de Juiz de Vintena, o qual exercia as suas

funções nas aldeias, possuindo poderes para decidir todas as pequenas questões verbalmente, valendo-se para tanto dos usos e costumes.

Conforme Jaime Octávio Cardona Ferreira, o Regimento de 1519, do tempo do Rei D. Manuel, há a destacada referência ao que se denominou por princípios da “concertação”, regulamentando-se, então, verdadeira mediação em sintonia com os Juízes de Paz, como que antecipando, em cinco séculos, a atual normatividade (FERREIRA, 2013).

No período colonial brasileiro, as Ordenações Filipinas traziam previsão no sentido de que os juízes tinham o dever de tentar conciliar as partes, como está no Livro III, Título XX, parágrafo primeiro, *in verbis*:

“E no começo da demanda dirá o juiz para ambas a partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar [...]”

A primeira Constituição brasileira, a Carta Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, ao tratar da organização judiciária, estabeleceu a obrigatoriedade de o autor provar, em determinados conflitos, preliminarmente ao ajuizamento da ação, ter submetido o caso ao serviço de conciliação.

“Art. 161 - Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”.

Ao lado dos Juízes de Direito, os Juízes de Paz, eleitos com os vereadores municipais, tinham função conciliatória. A Lei Orgânica das Justiças de Paz, de 15/10/1827, prescrevia:

“Art. 5º - Compete ao Juiz de Paz:

I - Conciliar as partes que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos que estiverem ao seu alcance, mandando lavrar termo do se resultado, que assinará com as partes e o escrivão.”

O Regulamento de 15 de março de 1842, em seu art. 1º, § 1º, previa o instituto da conciliação e o Regulamento do Processo

Comercial (Decreto n.º 737, de 25/11/1850), entre os artigos 23 até 38, contemplou expressamente a conciliação:

“Art. 23 - Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentando o meio de conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes.”

Regulamentada pelo Decreto n.º 4.824, de 22/11/1827, a Lei n.º 2.033, de 20/09/1871, tratou da Segunda Reforma Judiciária, restabelecendo a orientação liberal no âmbito do Código de Processo Penal, contemplando a conciliação, o que ensejaria também a Consolidação das Leis de Processo Civil (Antônio Joaquim Ribas), semente embrionária do então futuro Código e Processo Civil de 1939.

Prescrevia a aludida Consolidação:

“Art. 185 - Em regra, nenhum processo pode começar sem que se faça constar que se tem intentado o meio de conciliação perante o Juiz de Paz.”

Foi a contar do Governo Republicano, no Brasil, que se fez instaurar a concentração absoluta do poder jurisdicional, abolindo-se as práticas voltadas à resolução de conflitos, implementadas por agentes paraestatais (FREGAPANI, 1997, p. 99-107).

O Marechal Deodoro da Fonseca, em data de 26/04/1890, editou o Decreto n.º 359, de 26/04/1890, por meio do qual aboliu a conciliação como formalidade preliminar indispensável para o intento de ações cíveis e comerciais.

A extinção abrupta das práticas voltadas à resolução de conflitos por intermédio de mecanismos alternativos à jurisdição resulta, ao sentir de alguns, da disposição de se **centralizar** o efetivo exercício dos poderes do Estado exclusivamente nas mãos dos seus representantes diretos, o que se verificou, no Brasil, imediatamente após o advento da proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889.

## VI – OS FATORES DA CRISE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A ATUAÇÃO DOS AGENTES

Contemplando-se a sequência histórica retratada, apura-se não ter sido fato isolado o afastamento, repentino ou progressivo, do uso de meios alternativos e informais na resolução de conflitos. Conseqüentemente, também se minimizou a utilização dos colaboradores que militavam nestas atividades, agentes estes que, para o pensamento da época, por não serem investidos dos poderes do Estado, por não se tratar de sujeitos titulares das funções típicas dos Juizes de Direito, perfilando aí os voluntários, os servidores da justiça e os próprios Juizes de Paz, não poderiam cometer atos típicos ou próprios da jurisdição, e assim dirimir conflitos entre desavindos.

Igualmente contribuiu para o empeco dos usos e das práticas ora em estudo, a falta de unicidade procedimental e de uniformidade das soluções obtidas ante os respectivos sistemas, o que apontava contra a segurança jurídica, princípio por demais garantido no modelo judicial romano, praticamente adotado em todo o ocidente, resultando daí um longo período durante o qual apenas ao juiz togado foi dado cometer atos típicos de jurisdição.

Mercê de coincidência ou não, o fato é que concomitante a tais acontecimentos e constatações dera-se a formação de uma mentalidade voltada à centralização do exercício do poder do Estado, com o avanço das tendências positivistas e formalistas, postergando-se a definitiva implantação daqueles métodos de pacificação social resultantes de experiências protagonizadas no curso de um longo período vivenciado pelas mais diversas sociedades, como já visto.

Na atualidade, milita-se precisamente na superação dessa mentalidade simplista e reducionista, que carece de modificações ou adaptações, de modo a se resgatar as conquistas implementadas pela sociedade ao longo da sua trajetória.

Assim, munindo-se desse desiderato, de remover noções e conceitos arcaicos, superados, perfila-se com Cândido Rangel Dinamarco,

exponencial jurista brasileiro, quando aludindo exatamente ao enfoque ora em evidência, sustenta que o conciliador, o juiz leigo, o árbitro (incluídos que estão no procedimento próprio dos Juizados Especiais), desenvolvem, sim, funções nas quais há a partilha da função jurisdicional, por mais que queiram dissentir disso os mais conservadores, que relutam com seus óbices à legitimação de quaisquer atividades que possam ser desenvolvidas pelos auxiliares parajudiciais.

Cumprir pontuar, porque muito relevante, é que “tanto quanto o julgar e o executar, o conciliar é também preordenado ao escopo magno da jurisdição, identificado na pacificação social” (DINAMARCO, 2005, p. 702-703).

Ante a inegável importância que emprestam ao propósito de se implantar, com sucesso, os programas voltados aos meios não-adversariais de resolução de conflitos, é por demais valorosa e indispensável à adesão dos profissionais do direito, da advocacia pública e privada, do Ministério Público, dos órgãos da Justiça Itinerante, porquanto todos eles podem ser considerados instrumentos auxiliares da atividade jurisdicional, com as forças que detêm estas entidades, sejam públicas ou privadas (DINAMARCO, 2005, p. 701).

Cabe aqui reiterar e mesmo intensificar a fala da Professora Ada Pellegrini, pois, em muitos países, assiste-se o ressurgir do interesse pelas vias alternativas ao processo, atribuindo-se esse renascer à crise do Judiciário, passível de constatação em vários fatores (GRINOVER, 2005, p. 22-27):

- a) o distanciamento entre o Poder Judiciário e o cidadão;
- b) o excesso de processos, que abarrotam o Judiciário;
- c) a morosidade e os altos custos dos processos;
- d) a burocracia e a complexidade dos procedimentos que deveriam oferecer ao indivíduo a almejada justiça;
- e) a mentalidade de um contingente de juízes pouco comprometidos com a missão da instituição a qual pertencem e que fazem menos do que poderiam;

f) a ignorância das partes acerca dos procedimentos e rotinas judiciais;

g) a deficiência, ou inexistência, concernente ao funcionamento dos serviços de defensoria pública ou assistência judiciária gratuita.

A crise que alcança o judiciário, em todos os países que adotam sistemas jurisdicionais com as características que predominam no ocidente, é concomitante e, em grande parte, resultante das gravíssimas dificuldades que assolam muitas das demais instituições e atividades (não apenas econômicas) desenvolvidas no seio das sociedades contemporâneas.

Lançando um olhar panorâmico, que ultrapasse as fronteiras geográficas ou políticas das nações, depara-se não apenas com uma crescente crise que alcança muitos povos, mas, inequivocamente, a humanidade está diante de grandes ondas renovatórias dos seus costumes, as quais são próprias do fluxo civilizacional que submetem o cidadão nesta transcendental e espetacular trajetória que o levou do fundo das cavernas ao solo prateado da lua.

De fácil sucesso acadêmico, o êxito da tese defendida nesta argumentação poderia estar simplesmente no atribuir à crise do Judiciário às agruras econômicas que nesse exato momento submetem a gravíssimas contingências populações por todo o globo terrestre, observando para tanto já apenas um único fator desconcertante, quando em países desenvolvidos são encontradas taxas de desemprego que acercam o índice de 26 até 30% da massa ativa dos trabalhadores (Jornal Nacional, 23/01/2013, Rede Globo de Televisão - Brasil).

Os fundamentos dessa crise evocam fatores determinantes que um estudo sociológico acurado teria mais chances de desvendar, entretanto, sem correr risco de leviandade, acredita-se que qualquer operador do direito pode bem identificar no atual período histórico a abrupta quebra ou modificação de princípios éticos, morais, religiosos e jurídicos experimentados pela sociedade. Também se associam para vetorizar este dramático quadro a modificação dos parâmetros financeiros e

econômicos que nas últimas décadas nortearam programas e vigoraram inviolados por longos turnos, como se constata, em termos globais, por mero exemplo, nas crises que envolvem a eficiência dos programas alusivos ao setor imobiliário da habitação, aos contratos financeiros nas relações de consumo, à tutela do meio ambiente, ao controle do terrorismo, ao tráfico internacional de drogas, etc.

Adicionam-se a todos os fatores acima elencados o novo *ethos vivendi* ditado por valores inaugurados pela sociedade de consumo, o fim do isolamento político de nações inteiras, o advento da comunicação instantânea, a criação do mundo virtual, o endividamento coletivo, a carência de mecanismos de controle que garantam a adimplência contratual nas relações internacionais ante a irreversível globalização da economia, a dificuldade em se aplacar as diferenças sociais no seio das mais variadas nações e a quebra de mercados em países considerados âncoras mundiais da estabilidade econômica.

Portanto, seria insano ignorar e não reconhecer que acontecimentos reais como esses, e muitos outros, também alcançam os tribunais e os operadores do direito, e que igualmente os submetem a novos parâmetros, verdades que em brevíssimo período de tempo têm o poder de operar grandes transformações.

## VII – RETOMADA DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

As novas realidades sociais, o reconhecimento de novos direitos, a democratização do acesso aos bens de consumo e elevando substancialmente o volume de contratações e, como consequência, o aumento vertiginoso do número de processos judiciais, o seu tempo regular de duração, o seu custo, tanto para o Estado (disponibilização de estruturas) quanto para o cidadão (provisão da demanda), são os fatores mais claramente identificados, ainda que não sejam os únicos, como responsáveis pela avaliação e também pelo conceito formado pelo usuário sobre a qualidade dos serviços de entrega da prestação jurisdicional, advindo daí, por consequência, a mensuração da efetividade do acesso à justiça,



que implica na eficiência e na justa tutela dada pelo Estado ao cidadão, em razão da outorga, ao primeiro, do monopólio da incumbência de promover a paz social.

Exatamente com o propósito de superar as dificuldades, senão os óbices, que podem privar o efetivo acesso do interessado aos sistemas de resolução de conflitos tutelados pelo Estado, estes que previsivelmente resultam tão só do próprio fluir das atividades desenvolvidas no seio de qualquer grupamento social, assiste-se o cidadão empreendendo uma retomada das práticas que, como comprovado nesta síntese, já em épocas remotas serviram eficazmente como instrumento de pacificação social.

E apenas para ilustrar, sem o de fito esgotar o rol dos países nos quais se opera a implantação de programas voltados aos métodos alternativos de resolução de conflitos, citam-se alguns dentre eles de modo a que se possa formar um juízo de valor acerca da intensidade com que se desenvolvem as atividades voltadas a este desiderato.

Em parte significativa dos países, há uma verdadeira retomada ou busca pela utilização dos métodos informais de pacificação de litígios e, como que a confirmar essa vertente, o generalizado e progressivo interesse pelos sistemas extrajudiciais de solução de pendências, seja por intermédio da mediação, da arbitragem, da negociação ou de outras modalidades de transação, deparou-se com a preocupação em se estabelecer, igualmente de modo informal, um controle e definição de orientação ética e procedimental diante dos operadores desses sistemas, daí que, seja no âmbito da Comunidade Européia, seja em países como o Brasil, e outros mais, implementam-se estatutos voltados a este propósito, como é o caso do “Código Europeu de Conduta dos Mediadores” e do “Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais” no Brasil (Anexo III, da Res. N.º 125/2010 – CNJ), os quais muito embora não guardem caráter impositivo, contém parâmetros e valores a serem observados por aqueles que conduzem as negociações e, concomitantemente, buscam uniformizar os procedimentos atinentes a tais práticas, o que é fator de garantia para os cidadãos e de credibilidade do novo sistema.

Por fim, conforme anteriormente referido neste brevíssimo e superficial estudo, o qual tem preponderantemente a finalidade de propor oportuna reflexão e debate, sem ter a pretensão de esgotar sequer o rol dos países que admitem as práticas pertinentes aos meios alternativos de resolução de conflitos, ainda assim, em virtude de algumas peculiaridades próprias, cumpre arrolar os sistemas que adiante são elencados.

### VII.A) – PAÍSES EUROPEUS

Vale destacar, em Portugal, os princípios básicos já constavam da Lei dos Julgados de Paz (Lei n.º 78, de 13.07.2001), a qual regulamentou a prática da mediação. Não foi díspar do Regimento de 1519, do tempo do Rei D. Manuel I, que notavelmente descreveu os princípios da “concertação”, implementando verdadeira mediação, como que antecipando, em cinco séculos, a atual normatividade, conforme Jaime Octávio Cardona Ferreira, Ex-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça português.

Complementando, também concorre a aplicação dos métodos alternativos de pacificação social quando da busca da composição dos conflitos no âmbito dos Julgados de Paz.

Na Espanha, em 1953, a *Ley de Arbitraje* estabeleceu o âmbito das competências dos árbitros submetidos à administração da justiça. E, no ano de 1984, a mediação passa a ter caráter facultativo e, a partir de 1988, uma nova Lei de Arbitragem substituiu o regime jurídico anterior. Assim como em outros países da União Europeia, a história das relações de trabalho determinou a estrutura do sistema espanhol de resolução de disputas (RUIZ et al., 2013).

A Inglaterra conta com o sistema de *pre-action protocols*, dentre eles o *protocol for personal injury*, que entrou em vigor em 26.04.1999; o *protocol for construction and engineering disputes*, que entrou em vigor em 20.10.2000; *protocol for judicial review*, que entrou em vigor em 04.03.2002; *protocol for housing disrepair*, que entrou em vigor em 08.12.2003 (ASSAGRA, 2013).

Extrai-se, da análise feita pela Professora Flávia Pereira Hill, que o ordenamento jurídico italiano, muito embora demonstre apreço à solução de conflitos pela via judicial, experimenta uma forte adaptação às práticas de mediação.

E, prossegue a autora:

“[...] a Itália presenciou, em pouco mais de dois anos, a edição de uma sucessão de atos normativos, a ponto de culminar com a edição do Decreto-Lei no. 28/2010, que regulamentou internamente o instituto da mediação [...] esse influxo foi desencadeado a partir da Diretiva no. 52, de 21 de maio de 2008, da União Européia [...] o Direito Comunitário Europeu expande-se [...] sobre os ordenamentos nacionais de forma significativa, sendo responsável, por vezes, pela inserção de ideias e princípios que, até então, não integravam a tradição jurídica de alguns de seus países membros. E esse é justamente o caso **da política de valorização da solução consensual de conflitos**, que, a partir da Diretiva n. 52 entrou na ordem do dia na área judicial européia (*European Judicial Area*), fazendo com que seus Estados-membros, passassem a refletir e a se debruçar sobre os meios alternativos de solução de conflitos.” (HILL, 2013 – grifo nosso)

Em observância a Diretiva 52, o Parlamento Italiano editou a Lei n.º 69, de 18.06.2009, que, por sua vez, delegou ao Governo a edição de decreto legislativo com desiderato de regulamentar a mediação, no âmbito civil e comercial.

Já na Alemanha os métodos alternativos de resolução de controvérsias constituem prática bem aceita, atuando os mediadores em substituição aos tribunais e esta atividade é denominada **Resolução Alternativa de Litígios** (RAL), na qual o mediador assiste às partes em conflito visando alcançar a composição e a celebração de um acordo e, em termos gerais, admite-se a mediação sempre não houver vedação acerca da sua utilização, e os seus domínios mais comuns estão no direito da família, no direito das sucessões e no direito comercial, concorrendo para a sua implementação, funcionamento e aprimoramento as associações, as universidades, as empresas e os próprios indivíduos. Como na maioria dos demais

sistemas, também na Alemanha o acordo resultante de mediação pode ser executado com a ajuda de advogados, conforme o artigo 796.º, A-C, do Código do Processo Civil, ou com o concurso de um notário, nos moldes do artigo 794.º, n.º 1, ponto 5, do Código do Processo Civil<sup>4</sup>.

No âmbito da organização da União Europeia e, pois, no conjunto de países participantes, a Corte de Conciliação e Arbitragem da OSCE - *Organization for Security and Co-operation in Europe*, um tribunal de conciliação e arbitragem, com sede em Genebra, é dotado de mecanismos para a solução pacífica de controvérsias entre os Estados. O Tribunal foi criado em 1995 pela Convenção sobre Conciliação e Arbitragem e, por conseguinte, atualmente abriga muitos países que são partes na Convenção<sup>5</sup>.

Nos moldes como publicada no Jornal Oficial da União Europeia (Lei 136/3, de 24.05.2008), está consignado na Diretiva 52, de 21 de maio de 2008, já em suas considerações, que o princípio do acesso à justiça fora então reputado fundamental, e que no intuito de facilitar um melhor acesso à justiça, o Conselho Europeu, na sua reunião de Tampere, na Finlândia, em 15 e 16 de outubro de 1999, solicitou aos Estados-Membros que criassem procedimentos extrajudiciais alternativos.

Por sua vez, conforme está no artigo 12, da aludida Diretiva, os Estados-Membros deveriam pôr em vigência as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à Diretiva n.º 52/2008, antes de 21 de maio de 2011.

E, segundo o consignado no artigo 11, do mesmo ato normativo em comento, até 21 de maio de 2016, a Comissão apresentaria ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comitê Económico e Social Europeu, relatório sobre a sua aplicação, constando nele estudos sobre o desenvolvimento da mediação em toda a União Europeia.

---

<sup>4</sup> Vide: [https://e-justice.europa.eu/content\\_mediation\\_in\\_member\\_states-64-de-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-pt.do?member=1)

<sup>5</sup> Vide: <http://www.osce.org>.

No mês de maio do ano de 2000, o Conselho aprovou conclusões sobre modos alternativos de resolução de controvérsias, tendo por objetivo procedimentos extrajudiciais em matéria civil e comercial, como forma de simplificar e melhorar o acesso à justiça. No mês de abril de 2002, a Comissão apresentou um livro verde sobre os modos alternativos antes referidos, destacando-se que segundo as próprias considerações do normativo, o regramento por ele vetorizado seria aplicável à mediação em litígios transfronteiriços, ressalvando, todavia, não existir qualquer empeco a que os Estados-Membros aplicassem de igual forma as suas disposições.

Acredita-se que estejam nas considerações 05 e 06, da Diretiva 52/2008/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, os principais pontos estratégicos capazes de propiciar a vitória na implantação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, bem como os seus principais objetivos:

“Considerando:

(5) O objetivo de assegurar um melhor acesso à justiça, como parte de uma política da União Europeia para estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, deverá incluir o acesso a modos de resolução de litígios tanto judiciais como extrajudiciais. A presente diretiva deverá contribuir para o correto funcionamento do mercado interno, em especial no que diz respeito à disponibilidade de serviços de mediação;

(6) A mediação pode proporcionar uma solução extrajudicial rápida e pouco onerosa para litígios em matéria civil e comercial através de procedimentos adaptados às necessidades das partes. É mais provável que os acordos obtidos por via da mediação sejam cumpridos voluntariamente e preservem uma relação amigável e estável entre as partes. Estas vantagens tornam-se ainda mais evidentes em situações que apresentem aspectos transfronteiriços.”

## VII.B) – PAÍSES AMERICANOS

Na segunda metade do século XX, objetivando preponderantemente combater o grande volume de processos judiciais nos **Estados Unidos**

**da América do Norte**, um modelo de meio alternativo à jurisdição para a solução de pendengas entre particulares. Originou-se, assim, a partir dessas práticas, o sistema alternativo de resolução de conflitos, o *Alternative Dispute Resolution* ou ADR (ANDRADE, 2009).

Pela ótica histórica, a mediação é empregada nos Estados Unidos da América desde o século XVII por seitas religiosas, como os puritanos e os *quakers*. Identifica Zoraide Amaral de Souza que os modelos de solução consensuais, mais usuais naquele país, provêm dos litígios trabalhistas de natureza industrial.

A criação desses métodos alternativos de procedimentos, no âmbito trabalhista norte-americano, foi determinada pelo intuito de se promover uma estabilidade nas atividades voltadas ao setor industrial, mediante a realização de acordos diretamente entre o patrão e os empregados, utilizando-se, para tanto, da negociação coletiva (*Labor-Management Relations Act*, 1947).

O instituto da mediação, segundo Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, teve sua fundamentação teórica nas Universidades de Harvard e Cambridge. Informa que FRANK E A. SANDER, em 1976, apresentaram um estudo com o objetivo de ampliar o acesso célere à justiça, denominado de *multi-door courthouse* – Tribunal de Múltiplas Portas. Consiste na idéia de que um tribunal poderia receber demandas por programas diversos, pois, além do processo judicial tradicional, haveria a possibilidade de se utilizar ou escolher os meios alternativos, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Apenas, em última opção, seria o caso apreciado e resolvido pelo sistema judicial (VIANNA, 2013).

Finalmente, em 17 de agosto de 2001, foi aprovado e regulamentado na Conferência Anual de Comissários para Uniformização de Leis - a *Uniform Mediation Act*, cuja aplicação abarcaria todos os estados norte-americanos, definindo a mediação como um processo consensual.

Segundo minuciosa análise executada por IVAN APARECIDO RUIZ e JUDITH APARECIDA DE SOUZA BEDÊ, que se valem

de estudos e apontamentos realizados por GLADYS STELLA ÁLVAREZ e ELENA I. HIGHTON, os quais adiante são empregados, na América latina e na América Central os métodos utilizados nas unidades conhecidas como RADs (Resolução Alternativa de Disputas) são amplamente aplicados, e prosseguem os aludidos apontamentos, elencando diversos países nos quais tais práticas tem lugar:

“Na **Bolívia**, foi institucionalizada a prestação de arbitragem, conciliação e mediação, por meio de Centros de Conciliação, abaixo da órbita do Ministério da Justiça, seu controlador; tais centros são utilizados como canais não formais de acesso à justiça.

Na **Colômbia**, optou-se por um modelo descentralizado e desjuridicizado de solução de conflitos, judicial e extrajudicial. Serviços prestados por centros de conciliação e arbitragem, conectados aos tribunais e utilizados como monitores do sistema no Ministério da Justiça e do Direito.

No **Peru**, a lei institucionalizou a conciliação extrajudicial e criou um requisito de procedibilidade da ação, a prestação dos seus serviços é supervisionada pelo Ministério da Justiça, não somente no que diz respeito ao cumprimento dos requisitos legais, mas também em relação à qualidade dos serviços e cumprimento de todas as normas éticas.

E, prosseguem os autores da pesquisa ora citada, já acima nominados, frisando que o sistema organizado no **Equador** também está arrematado em Centros de mediação e arbitragem, permitindo levar a atividade de resolução alternativa de conflitos de interesses tanto ao setor público quanto ao privado. É acessível, inclusive, às comunidades indígenas.

Na **Costa Rica**, os tribunais não têm ingerência direta, salvo as comissões de fiscalização, que representam o Poder Judiciário. Os acordos são concretizados por sentença judicial.

Na **Guatemala** desenvolveu-se um sistema denominado bifrontal: por um lado, anexo aos tribunais onde se atendem casos advindos dos juízes ou a requerimento de pessoas individuais, instituições públicas ou privadas. Possibilitou-se, também, o desenvolvimento de centros privados ou públicos que oferecem os serviços de RAD, além de centros comunitários que atendem com mediação os conflitos dos povos indígenas.

Na **Nicarágua**, a mediação foi adotada, em matéria de conflitos de terra, como procedimento obrigatório, uma vez integrada à lide; ou o uso da arbitragem quando solicitado pelos sujeitos. A mediação prévia obrigatória é, muitas vezes, descartada para economia do tempo do juiz, salvo quando se tratar de medidas penais ou de ordem pública.” (RUIZ et al., 2013 – grifos nossos)

Complementando, na Argentina o uso da mediação é regulado **previamente** ao processo judicial. A função de mediador é exercida por um servidor público, de órgão judicial ou administrativo, sob a supervisão de um juiz togado. A partir de 1991, intensificou-se o trabalho com as denominadas “RADs” (Resolução Alternativa de Disputas), aproveitando a modernização das técnicas de arbitragem e a introdução da mediação com a criação de uma Comissão de Mediação, formada basicamente por juízes e advogados, atuando no âmbito patrimonial e familiar.

### VII.C) PAÍSES ÁRABES

No Kuwait, os procedimentos arbitrais são regidos por disposições tradicionais, tendo lugar no âmbito do processo civil e das relações advindas do direito comercial. Sem distinção entre a arbitragem internacional e a doméstica, elas são divididas em quatro modalidades: a) a arbitragem opcional; b) a arbitragem institucional permanente, sob o controle da Câmara de Comércio, conduzida por comerciantes que promovem a conciliação-orientação apenas ante disputas comerciais; c) a arbitragem internacional; e, d) a arbitragem judicial, sob tutela do Ministério da Justiça (Lei de Arbitragem Judicial n.º 11/1995)<sup>6</sup>.

Também no Iraque a arbitragem está baseada nas disposições tradicionais e, igualmente, tem lugar no âmbito dos processos civil e comercial dos tribunais (artigos 251-276, CPC n.º 83 de 1969). Também não há discriminação entre a arbitragem internacional e doméstica. As questões de ordem pública e os atos criminosos não

---

<sup>6</sup> Vide: <http://baseswiki.org/en/Kuwait>



são objeto de arbitragem. As reparações financeiras resultantes de atos criminosos ou assuntos pessoais podem ser arbitradas. O Iraque assinou e ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras em 10 de junho de 1958 (“Convenção de Nova York”)<sup>7</sup>.

Na Arábia Saudita, a arbitragem tem se expandido como meio de resolver disputas não apenas comerciais. O Decreto Real nº M/46 1983 e o ato do Conselho de Ministros - a Resolução nº 7/2021/M de 1985, validam a arbitragem como meio de resolução de litígios<sup>8</sup>.

O Dubai International Arbitration Centre (DIAC), criado em 1994 como o “*Centerre for Commercial Conciliation and Arbitration*”, é uma instituição autônoma, permanente e sem fins lucrativos, localizada no Conselho de Comércio de Dubai e tem por objetivo oferecer serviços de arbitragem regional e internacional para conflitos comerciais<sup>9</sup>.

O Centro Regional de Arbitragem do Teerã (TRAC) foi estabelecido sob os auspícios da Organização Consultiva Asiático-Africana Legal (AALCO), de acordo com resolução aprovada em 1987 e acordo assinado em 1997 com a República Islâmica do Irã. Suas funções são: realização de arbitragens; promoção da arbitragem comercial internacional; coordenação das atividades; oferecimento de assistência às instituições arbitrais existentes na região, prestação de assistência às arbitragens *ad hoc*, agindo como autoridade arbitral, fornecimento de assistência na execução das sentenças arbitrais, e, mais em geral, prestação de assistência na resolução de litígios.

#### VII.D) ÁSIA E OCEANIA

O Centro Australiano de Arbitragem Comercial Internacional (ACICA) é uma sociedade pública sem fins lucrativos, criada em 1985,

---

<sup>7</sup> Vide: <http://baseswiki.org/en/Iraq>

<sup>8</sup> Vide: [http://baseswiki.org/en/Saudi\\_Arabia](http://baseswiki.org/en/Saudi_Arabia)

<sup>9</sup> Vide: <http://www.diac.ae/>.

com o objetivo de apoiar e facilitar a arbitragem comercial internacional, promovendo a Austrália como um local propício para arbitragens internacionais comerciais<sup>10</sup>. Na **República de Bangladesh** a Federação de Bangladesh de Câmaras de Comércio e Indústria (FBCCI), criada em 1973, introduziu o Conselho de Arbitragem de Bangladesh (BCA) para a resolução de disputas comerciais e industriais<sup>11</sup>.

O *Beijing* Comissão de Arbitragem (BAC) é uma organização permanente para a arbitragem de conflitos associados aos direitos de propriedade, criado em 1995, após a aprovação pelo Governo Popular de Pequim, conforme a Lei de Arbitragem da República Popular da China. O BAC é composto por um presidente, quatro vice-presidentes e vários membros, todos eles são especialistas de renome nos setores jurídico, econômico e comercial<sup>12</sup>.

A *China International Economic and Trade Arbitration Commission* - CIETAC, com sede em Pequim, é uma instituição de arbitragem internacional comercial permanente, que de forma independente e imparcial resolve os conflitos econômicos internacionais e as disputas comerciais por meio de arbitragem. Para atender o crescimento das atividades de arbitragem, a CIETAC estabeleceu duas subcomissões, a *Shenzhen Sub-Commission* e a *Xangai Sub-Commission*, respectivamente, em 1989 e 1990, que utilizam as mesmas regras de arbitragem e painel de árbitros, bem como exercem a jurisdição de arbitragem concomitantemente<sup>13</sup>.

A lei japonesa faz uso extensivo de conciliação (調停, chôtei) em disputas civis e domésticas. As conciliações são realizadas sob os auspícios do sistema judicial, por um juiz e dois conciliadores. Dependendo da

---

<sup>10</sup> Vide: <http://www.acica.org.au/>.

<sup>11</sup> Vide: <http://www.fbcci-bd.org/fbcci/>.

<sup>12</sup> Vide: <http://www.bjac.org.cn/en/index.asp>

<sup>13</sup> Vide: <http://www.cietac.org/index.cms>

natureza do caso, especialistas (médicos, avaliadores, atuários, e assim por diante) podem ser chamados pelo tribunal como conciliadores para ajudar a decidir o caso<sup>14</sup>.

A instituição da Arbitragem Comercial no Japão (JCAA), por meio do Comitê de Arbitragem Comercial Internacional, foi criada, em 1950, no âmbito da Câmara do Japão de Comércio e Indústria, com o apoio de seis outras organizações empresariais, incluindo a Federação Japonesa de Organizações Econômicas, Comércio Exterior do Japão Conselho e da Federação das Associações de Bancos do Japão, para resolver disputas comerciais e promover o comércio internacional, contribuindo assim para o desenvolvimento da economia japonesa. Em 1953, com o crescimento do comércio internacional, a comissão de arbitragem foi reorganizada como JCAA para se tornar independente da Câmara Japonesa de Comércio e Indústria, a fim de ampliar e dinamizar suas atividades comerciais<sup>15</sup>.

Assim como também o é o Centro de Arbitragem Internacional de Singapura (SIAC), organizado sob uma entidade sem fins lucrativos, constituída como uma empresa pública, desde março de 1990, tendo iniciado a sua atividade em julho de 1991<sup>16</sup> e, nos mesmos moldes atua o Centro de Mediação de Singapura (SMC), que é uma organização sem fins lucrativos, garantida pela Academia de Cingapura de Direito, ligada institucionalmente a diversos profissionais e associações comerciais e recebe o apoio da Suprema Corte de Cingapura, dos tribunais subordinados e da Academia de Singapura de Direito<sup>17</sup>.

## VII.E) ÁFRICA

A África do Sul é referida aqui como exemplo de país que, em via de desenvolvimento, busca adaptar seus sistemas internos relacionados à

---

<sup>14</sup> Vide: <http://en.wikipedia.org/wiki/Conciliation>

<sup>15</sup> Vide: <http://www.jcaa.or.jp/le/index.html>

<sup>16</sup> Vide: <http://www.siac.org.sg/>

<sup>17</sup> Vide: <http://www.mediation.com.sg/>

resolução de conflitos, de modo a adequar e adaptar seus padrões internos às necessidades e parâmetros considerados internacionalmente razoáveis.

Assim é que a Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem – CCMA, resultante do advento da nova Lei de Relações Trabalhistas (LRA) promove a elevação das expectativas sobre uma mudança fundamental na natureza das relações de trabalho sul-africano, e bem assim, volta-se para o incremento da eficácia dos métodos de resolução de litígios e das negociações coletivas.

Hodiernamente, a CCMA (Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem) da África do Sul, implementa a *SIYAPHAMBILI “Moving Forward” STRATEGY 2010 – 2015*, que estabelece o roteiro no qual a organização vai executar, no mandato para o período 2010 – 2015, o objetivo estratégico principal de alargar o papel da CCMA no mercado de trabalho do país, de modo que, com imparcialidade, promova a justiça social e o desenvolvimento econômico nas relações do trabalho.

A mediação também cresce no país segundo a *South African Association of Mediators* (Associação dos Mediadores da África do Sul), órgão que representa a categoria, informando que seus membros, envolvidos principalmente com a mediação familiar, constantemente vêm se aprimorando por meio de capacitação, educação e formação voltada à facilitação na resolução de questões relacionadas com a família<sup>18</sup>.

Observadores afirmam que a substituição do Tribunal Industrial pela CCMA (*Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration*) sinaliza a mudança de um modelo altamente contraditório de relações, rumo a outros paradigmas agora baseados na promoção de uma maior cooperação, pacificação e justiça social, pois na África do Sul, segundo aqueles observadores, os mecanismos oferecidos para a resolução de litígios a contar da Lei de Relações Trabalhistas (LRA) anterior, a saber, as

---

<sup>18</sup> Vide: <http://www.saam.org.za/>

Juntas de Conciliação do Tribunal industrial, não tinham credibilidade com os parceiros sociais do Estado, o que resultava em uma taxa muito baixa de resolução de disputas.

Depreende-se da leitura da exposição de motivos lançada no frontispício do projeto da nova Lei de Relações Trabalhistas (LRA), que a composição de litígios, sob o modelo anterior, resultou em apenas 20% na solução de conflitos. O fracasso da estrutura legal para resolver essas disputas gerou uma carga de trabalho excessivamente alta para o Tribunal Industrial e a incidência desnecessária de greves e paralisações.

Desde a sua criação a Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem – CCMA, desfrutara de uma taxa de resolução nacional de 70% das querelas - um sinal claro, ao seu tempo, do empenho em restabelecer as frentes de trabalho, a efetividade das suas deliberações, o equilíbrio nas relações que busca dirimir, entre o capital e trabalho, enfim, na própria economia Sul-Africana.

Verificou-se ao seu tempo, portanto, um verdadeiro incentivo à mudança de paradigmas, promovendo-se a transformação daqueles oriundos de um modelo superado, antigo e contraditório, que foi caracterizado por altos níveis de conflituosidade, de repressão sindical, de discriminação, de trabalho escravo e estilos gerenciais autoritários, para um novo padrão no qual a premissa é forjada em sistemas mais cooperativos e participativos, legítimos e democráticos, com base em negociações, inclusive coletivas<sup>19</sup>.

Concluindo, em termos gerais, nas últimas décadas, a mediação, juntamente com a conciliação e a arbitragem, passou a merecer maior atenção em vários países, a começar, como já referido, em Portugal, nos Estados Unidos, Inglaterra, França, Japão, Espanha, Alemanha, dentre outros (RODRIGUES JÚNIOR, 2003, p. 298).

---

<sup>19</sup> Vide: <http://www.ccma.org.za/>

## VIII – FUNDAMENTOS FÁTICOS DA MUDANÇA DE PARADIGMAS

Saliente-se que não apenas no âmbito das ciências jurídicas, mas nos domínios de todas as demais áreas do saber, fruto do mero aumento das populações, ao longo da trajetória histórica mais recente da humanidade, registrou-se a conseqüente elevação substancial das relações materiais das mais diversas naturezas e, por conseqüente, também cresceu vertiginosamente o volume de demandas judiciais.

Resulta da mais absoluta previsibilidade a capacidade do homem de engendrar soluções para os óbices surgidos ao longo da sua evolução e, em razão dessa lógica, é que ele foi ao reencontro de métodos diretos de resolução de conflitos, ultrapassando os primevos e barbáricos lindes da autotutela, sabendo retroceder, por vezes, para superar pontual ineficiência da heterocomposição, lançando mão da sua milenar parceira de superação de impasses, a autocomposição, esta que fomenta a construção da solução pelas próprias partes, conhecida historicamente e habitual ferramenta, capaz de pacificar o conflito sociológico advindo do entrelaçamento de interesses, aplainando diferenças e fazendo surgir metas e ideais comuns entre os oponentes, convertendo-os, no mais das vezes, em leais aliados.

Todavia, no presente momento histórico, esse avocar de atribuições já delegadas ao Estado não ocorre divorciado de um extenso aprendizado, em razão do qual as sociedades civis agora estão fixando balizas, limites ante os quais se admite o emprego destes métodos alternativos à jurisdição. Nessa verdadeira retomada na busca pela utilização de sistemas informais de pacificação de conflitos, utilizados no âmbito parajudicial, extrajudicial e até mesmo judicial, provoca o confronto com a preocupação em se estabelecer, igualmente de modo informal, mecanismos que sirvam de controle à garantia da higidez dessas modalidades de prestação de serviços, a definição e a orientação dos princípios éticos que devem presidir essas relações, a conduta dos operadores desses sistemas, a uniformização dos procedimentos utilizados e das soluções dadas aos casos que recebem para dirimir.

Assim é que, já no âmbito da Comunidade Européia, bem como ante determinados países, como no caso do Brasil e outros mais, implementam-se estatutos voltados a este propósito, como é o caso, anteriormente dito, do “Código Europeu de Conduta dos Mediadores” e do “Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais” no Brasil.

Já tendo sido experimentados em diversas ocasiões, por países diferentes, em distintas circunstâncias históricas, a utilização dos métodos alternativos de pacificação social, quer parecer, não admitem mais resistências, quaisquer que sejam as justificativas voltadas a contrariar a sua realização, o propósito de se instalar e disponibilizar às populações, destacadamente aquelas menos dotadas de recursos econômicos, os instrumentos capazes de resolver determinadas demandas de natureza civil, comercial, e mesmo aquelas que, independentemente da sua expressão econômica, sejam de menor complexidade.

E, reiterar-se, o tempo razoável de duração da demanda, a sua mais justa solução, a utilidade dela para os interessados e o custo dos respectivos feitos são os principais fatores, entre diversos outros, que mais motivam o avocar das atribuições delegadas ao Estado, no afã de pacificação social.

Quando os sistemas criados pela sociedade e pelo Estado se mostram insuficientes aos propósitos para os quais foram concebidos, esta insuficiência rende ensejo a que o cidadão implemente, por sua conta e risco, soluções alternativas capazes de suprir a omissão das instituições, ou, de outro modo, aquela ausência propicia a tomada do lugar do ente estatal por forças marginais, violando a ordem e subvertendo o patamar de desenvolvimento das instituições, face à indisponibilidade dos serviços, das garantias, das estruturas que o indivíduo, solitário e oprimido pelas circunstâncias, não mais obtém encontrar ante o Estado organizado.

Não é recente que exatamente nesta quadra da discussão, no âmbito desta temática ora em evidência, surjam debates envolvendo os limites,

as áreas de competência, as fronteiras até as quais possa medrar a autonomia da iniciativa privada, vez que nas sociedades contemporâneas a praxe corrente é no sentido de se atribuir às forças do Estado funções consideradas típicas e justificadoras da sua própria existência.

A autonomia da vontade é gênero ante a autonomia pública e privada, esta última forjada sob a égide da socialidade concomitante à autonomia crítica e subjetiva da ação de cada indivíduo, considerado, todavia, inserido no contexto social.

Conforme destaca LUCIANA LEÃO PEREIRA, a partir da hermenêutica civil-constitucional, constata-se na utilização de meios alternativos à jurisdição o reconhecimento da autonomia privada e isso vem perfeitamente ao encontro dos anseios de uma sociedade plural e aberta à participação de todos. Atualmente, sob os moldes do Estado Democrático de Direito, a atuação dele sobre as esferas da liberdade dos cidadãos não se deve dar de forma paternalista (Estado Social) nem extremamente liberalista (Estado Liberal), deve ser reconhecida dentro de uma nova roupagem, ou seja, em defesa da dignidade e da promoção do ser humano.

E, ainda, segundo a autora ora em evidência, a autonomia privada, inserida na concepção do Estado Democrático de Direito, é um poder conferido aos particulares a fim de determinarem com certa liberdade seus negócios jurídicos, em conformidade com o ordenamento jurídico. “O próprio conteúdo da autonomia privada fixa suas delimitações. [...] É redundante falar em intervenção do Estado na autonomia privada. Ela só existe por atribuição sua” (PEREIRA, 2013). A autonomia crítica é o poder do homem de se compreender e compreender o mundo à sua volta, ou seja, é o poder de avaliar a si e o mundo, estabelecendo relações a partir de seus pré-conceitos.

Portanto, como ocorre nas relações jurídicas patrimoniais, as pessoas têm o poder de se autodeterminarem também nas demais relações jurídicas, inclusive nas existenciais (não-patrimoniais), sendo que ante todas elas há de ser admitida a mesma liberdade, desde que



não incida vedação legal ou invasão a seara dos direitos indisponíveis, pois as pessoas têm a possibilidade de se autorregere em função de seus interesses, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, são perfeitamente admissíveis os métodos alternativos de resolução de conflitos, frutos que também são das liberdades individuais e da autonomia privada, observados os lindes estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos advindos do seio da própria sociedade (PEREIRA, 2013).

O objetivo dessa fala é o de demonstrar que se opera, de fato, no âmbito dos sistemas judiciais de significativa parcela dos países, como que em sede de uma autêntica aldeia global, a retomada dos métodos alternativos de resolução de conflitos, e que isso resulta de uma experiência histórica vivenciada por diversas nações, as quais constatando o imenso volume de demandas pendentes, e ainda, o contínuo ingresso de novas lides que se avolumam nos escaninhos do Poder Judiciário, entenderam de restabelecer práticas que, sem afrontar a ordem posta, e sem adotar mecanismos a ela marginais, sejam suficientemente eficientes para restabelecer, no âmbito dos programas que desenvolvem a paz social, desestabilizada ante o conflito de interesses que clamam por resolução.

Ainda que já se tenha feito alusão aos grandes números e ao vertiginoso aumento do volume de processos judiciais, o que em boa parte se deve não apenas ao crescimento das populações, mas especialmente à adoção do *ethos vivendi* típico da sociedade de consumo, que propicia a expressiva expansão das relações contratuais, estes fatores, por si, são capazes de indicar a absoluta necessidade das sociedades de lançarem mão de outras alternativas úteis à resolução de conflitos, além daquelas que indicam apenas o caminho da judicialização das relações.

## **IX – MODELO E SISTEMA VOLTADOS À IMPLANTAÇÃO DOS PROGRAMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Os meios alternativos de resolução de conflitos rendem ensejo que as partes envolvidas adquiram maior intimidade e conhecimento das

circunstâncias do caso a ser dirimido, e assim, formem o seu próprio convencimento e tenham discernimento suficiente para adotar uma deliberação, sopesando todos os aspectos, de modo que são muito maiores, no âmbito dessas práticas voltadas à solução dos litígios, as chances de resolução do conflito sociológico concomitante a todas as pendências que se pretende solucionar.

Sem pretender esgotar a abordagem desse foco da temática, vale destacar que no atual estágio de mudança de mentalidade, concernente à implementação dos métodos alternativos de resolução de conflito, o desenvolvimento das práticas em comento, por razões estratégicas e culturais, sinaliza pela opção do encaminhamento institucional dos programas voltados ao incremento dos respectivos projetos.

E essa escolha, ainda que adotada informalmente, tem por justificativa a grande dimensão, o capilar alcance e a real necessidade de se dar uma mínima segurança jurídica aos interessados que se socorrem desses métodos de solução de contendas, nos quais cada vez mais é necessário encontrar uniformidade tanto nos procedimentos adotados quanto nas soluções construídas para casos relativamente análogos.

Justifica-se, portanto, o direcionamento dado aos programas, os quais, ante as dimensões alcançadas, têm melhores condições de agregar a segurança da univocidade daqueles itens quando balizados, ainda que em sede de uma supervisão informal, pelo Poder Judiciário, pela da Ordem dos Advogados, pelo próprio Ministério Público e pelo Ministério da Justiça, como está acontecendo em algumas hipóteses (recomenda-se a leitura da Resolução n.º 125/2010 - CNJ).

No Brasil, não há norma cogente tornando obrigatórias as práticas pré-processuais de composição de conflitos, nem tampouco elas são atribuídas exclusivamente ao Estado, em que pese existam, já de longa data, diversos institutos e entidades privadas atuando com programas direcionados para a realização de acordos extrajudiciais e judiciais.

Com a instalação do Conselho Nacional de Justiça e a adoção, por parte dele, de uma política voltada ao fim ora em comento, ocorrida ao

final do ano de 2005, constata-se a institucionalização, a supervisão e o acompanhamento, pelo Poder Judiciário, das atividades, programas e projetos voltados à implantação, em âmbito nacional, dos métodos alternativos voltados à solução de conflitos.

Essa opção se pronunciou com maior intensidade a partir do ano de 2006, por intermédio do programa denominado “Movimento pela Conciliação” que tem por *slogan* a expressão “Conciliar é Legal”, responsável pela criação da “Semana Nacional da Conciliação”, evento no qual as Justiças Federal, Estadual e Trabalhista, em todo o território nacional, realizam audiências nas quais se busca a promoção de acordos, como estratégia voltada a dar visibilidade, impulsionar a mudança de mentalidades, obter a adesão de novos parceiros, sejam singelamente individuais, que atuem como voluntários no projeto, sejam de grandes entidades, públicas ou privadas, cujas atividades ultrapassam as divisas nacionais, sendo que esses mecanismos, nos moldes como atualmente se apresentam, notabilizam o granjear da simpatia das populações e também dos setores econômicos envolvidos, por conseguir concomitantemente à resolução da pendenga, solver igualmente o conflito sociológico, restabelecendo entre os então contendores a paz social, o convívio entre próximos, a confiança entre parceiros empreendedores, o interesse entre consumidores e fornecedores, tudo o que faz por agregar mais do que simpatizantes, mas verdadeiros aliados (ASSAGRA, 2013).

Por todo o visto, é inadiável a necessidade da mudança de cultura das sociedades ainda conformadas em buscar exclusivamente no Estado, na jurisdição, as soluções para todas as modalidades de conflitos.

Segundo leciona o eminente jurista CÉSAR FIÚZA:

“[...] a cultura transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios.” (FIUZA, 1995, p. 217)

Ante tal panorama, para que os métodos alternativos de resolução de conflitos sejam largamente utilizados, é necessária a difusão e o aprendizado dos seus mecanismos, acolhidos que devem ser não somente ante as populações destinatárias, mas também entre os próprios operadores do direito, estes que, pelas mais diversas razões, destacadamente por receio de interferência no mercado de trabalho, ainda se mostram resistentes, em parte, a tais práticas.

O Conselho Nacional de Justiça do Brasil, ao implementar o projeto pela conciliação, regulou a criação e o funcionamento de núcleos aptos a proverem e fomentarem na sociedade a busca pela solução célere das querelas particulares, podendo-se citar, dentre outros, os Postos de Atendimento e Conciliação – PAC, as Unidades Judiciais Avançadas – UJA e, mais recentemente, às Centrais de Conciliação.

## **X – ONDAS DE RENOVAÇÃO DO DIREITO**

Fruto da inteligência humana ou da necessidade advinda da busca por justiça, seja em virtude da pretensão de uma única pessoa, ou de grandes contingentes populacionais, o fato é que os modelos atuais de entrega da prestação jurisdicional estão sob o pálio de agudas modificações, as quais são denominadas, por Mauro Cappelletti, como ondas renovatórias do direito (BARBOSA, 2013, p. 247).

Assim, “[...] com o intuito de melhorar a entrega da prestação jurisdicional, em especial o acesso à justiça, surgiram três ondas renovatórias do processo [...]” (BARBOSA, 2013).

A primeira onda, diz o citado autor, foi a responsável pela implantação de meios que pudessem dar acesso material, aos menos válidos, às garantias e aos benefícios da proteção da tutela jurisdicional distribuída pelo Estado, o que foi viabilizado por meio de mecanismos da denominada Assistência Jurídica (Judiciária, para alguns), a qual oportunizou aos menos favorecidos eliminar os obstáculos econômicos no acesso à justiça.

A segunda onda foi aquela que protagonizou a tutela e a possibilidade de se dar representação aos interesses difusos, o que colimou na tutela de pretensões relevantes para a sociedade, direitos que até então não mereciam guarida na sistemática tradicional, tanto no âmbito instrumental quanto material.

A terceira onda traduz-se em modificações na própria sistemática e procedimentos adotados para a pacificação social por meio da jurisdição.

Concentra-se no conjunto geral das instituições, nos mecanismos e nos agentes encarregados de prevenir e resolver disputas de interesses no âmbito das sociedades modernas, prática que inaugura, ou vai ao reencontro, **dos meios alternativos de resolução de conflitos**.

A esse propósito, a eminente jurista Ada Pellegrini Grinover, comentando as respostas dos processualistas brasileiros aos desafios da crise da justiça, classifica-as em duas vertentes que podem ser enquadradas na TERCEIRA ONDA de renovação do processo, sendo que tais vertentes, conforme a festejada autora, dizem respeito à “deformalização do processo” e à “deformalização das controvérsias” (GRINOVER, 1990).

A “Deformalização do Processo” consiste na utilização de técnicas processuais (procedimentos) mais simples, rápidas e econômicas, para, assim, solucionar eficazmente determinados conflitos.

Já a “Deformalização das Controvérsias” consiste na busca de vias alternativas ao processo, **como equivalentes jurisdicionais**, com o intuito de se evitar o processo tradicional.

Não há dúvida nem se prende por em discussão o mérito, a garantia e a grande conquista social que representam os métodos tradicionais de solução de litígios, porque em hipótese alguma se almeja sequer criticá-los, mas tão-somente aludir a novos e a alternativos paradigmas, pois “ressurge hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente” (GRINOVER, 2005, p. 22-27).

O processo e a sentença judicial são instrumentos eficientes, úteis e indispensáveis para resolver a lide estabelecida nos lindes dos autos, entretantes, não há negar que o acordo é forma mais plena de composição dos conflitos, pois alcança inclusive suas razões sociológicas.

## **XI – MÉTODOS E FASES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DOS PROGRAMAS**

Os programas desenvolvidos para o mister de se oferecer às populações métodos alternativos à jurisdição para a resolução de conflitos, também designados como métodos mais adequados (Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional da Justiça, no Brasil), no que concerne ao momento em que são realizadas as audiências objetivando a composição entre os interessados, observam balizas comuns quanto às modalidades de atendimento, e podem ser rotulados, como já visto, como pré-processuais e processuais.

Na primeira hipótese, os serviços são oferecidos ainda antes da abertura de qualquer demanda em juízo, e assim, contribuem decisivamente para a pacificação do próprio conflito sociológico, porquanto o acordo obtido com a participação direta, e intensa, das próprias partes protagonistas do litígio, de modo geral aplaca com maior extensão, comprometimento e, pois, solidez, a controvérsia havida entre os desavindos, sendo, portanto, mais ampla esta modalidade de pacificação, caso comparada com a sentença judicial, a qual tem por objetivo dirimir a demanda restritivamente nos lindes do que fora deduzido em juízo.

E, além disso, não há como deixar de anotar outros relevantes aspectos favoráveis à implantação dos mecanismos ora em evidência, os quais, mesmo secundários à excelente eficácia dos métodos alternativos de resolução de conflitos, têm imensa influência quando da opção pela utilização e implementação dos respectivos programas, como é o caso da significativa diminuição do volume do ingresso de novos processos em juízo, alcançando patamares de redução de até 32% de todo a movimentação forense.

Deflui, portanto, a importante redução das verbas públicas que estariam envolvidas na prestação jurisdicional a cargo do Estado, bem como dos gastos que seriam realizados pelas partes em conflitos, no tempo de vida que empreenderiam na espera do resultado do julgamento e dos seus recursos, observando-se, ainda, para o viés da dedicação, em horas de trabalhos, de todos aqueles operadores que estariam envolvidos no atendimento do caso no qual se dera o acordo já na fase pré-processual.

É, aliás, o que se extrai da própria Resolução n.º 22/2012 (CNJ), ao elencar as suas razões de publicação, expressamente consigna a constatação da redução de ajuizamento de ações, cuja solução ficou restrita à utilização destes instrumentos alternativos de composição social:

“CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;”

Já na fase do atendimento processual, na qual o acordo ocorre quando em curso a demanda, além da inegável verificação de muitos dos benefícios acima aludidos, apenas o esgotamento das instâncias recursais, por si só seria suficiente para justificar a implementação desses serviços também no momento em que a demanda já se encontra instaurada, quando igualmente os índices percentuais de êxito nos acordos, em todos os países nos quais estes programas estão sendo implantados, sem exceção, dão provas do acerto da opção por esse modelo que enseja a rápida solução das demandas, a um baixo custo, com o encurtamento dos prazos de espera para a solução definitiva da contenda.

O local de atendimento aos interessados também é fator que concorre para o sucesso dos programas ora em comento. Os serviços podem ser oferecidos de modo centralizado, ou seja, nas próprias instalações que sediam o Judiciário, e ainda, por seus próprios servidores, ou de modo descentralizado, e assim, nos bairros e periferias dos grandes centros

urbanos, nas sedes das vilas nas regiões rurais, utilizando-se de prédios convencionais, embarcações, aeronaves ou de quaisquer outros recursos visando à instalação, ainda que transitória, dos postos de atendimento ao alcance das populações, atuando neles tanto os servidores públicos quanto voluntários e contingentes pertencentes a órgãos conveniados, sempre, todavia, devidamente preparados para exercer tais relevantes funções vez que o improvisado e o empirismo não devem mais ter espaço.

As **fases de implantação** do projeto podem ser divididas em:

1º) criação e aprovação do projeto, com as subseqüentes adequações e adaptações às circunstâncias de local e finalidade;

2ª) sistematização, estruturação e divulgação, com a realização dos cursos de formação e preparação dos multiplicadores;

3ª) implementação junto aos órgãos jurisdicionais e instituições essenciais permanentes, com o oferecimento de cursos de capacitação dos conciliadores/mediadores;

4ª) formação de parcerias e manutenção da capacitação com a arremontagem e preservação dos recursos de ordem pessoal (conciliadores) e material (local e equipamento). Implantação e manutenção das políticas públicas voltadas ao programa.

São reputados, a grosso modo, **objetivos** do programa:

1º.) reduzir o tempo e o custo necessários à solução dos conflitos;

2º.) prevenir a instauração de demandas, reduzir o número de processos e estruturas pessoal/material;

3º.) implementar métodos simplificados de conciliação;

4º.) promover a celebração de parcerias e a mudança cultural acerca dos métodos mais adequados de resolução de conflitos.

No que diz respeito ao programa denominado Movimento pela Conciliação, desenvolvido no Brasil nos últimos anos, devido às



circunstâncias próprias e às fases que integram o processo legislativo, e tendo em **conta a premência das providências de lançamento do respectivo projeto**, optou-se, e, pois, intencionalmente, pela implementação das práticas voltadas ao oferecimento, às populações mais carentes, de oportunidade e mecanismos singelos para a resolução de conflitos, independentemente do aporte e obtenção de recursos públicos e da aprovação de novos textos legislativos, de modo que os programas direcionados a tal meta pudessem ser realmente levados à execução sem os entraves e as formalidades burocráticas intransponíveis, em curto prazo, ante a máquina pública.

Iniciadas as atividades do aludido programa ao final do ano de 2005, apenas no decorrer de 2010 é que foi editada a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, normativo que na atualidade disciplina as atividades concernentes à atividade ora em referência.

Para melhor abordar essa fração do tema, transcreve-se o artigo 1º, da Resolução n.º 125/2010 – CNJ, o qual “institui a política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução de conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”.

Por sua vez, prescreve o parágrafo único do artigo 1º, agora referido: “incumbe aos órgãos judiciários, além da solução adjudicada por meio de sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias”, compreendendo os meios consensuais, nos moldes do ora aludido art. 1º, parágrafo único, da RES. 125/2010 – CNJ, **“a mediação, a conciliação, o atendimento e a orientação ao cidadão”**.

Fruto de outras experiências e, conforme já referido, levando-se em consideração a necessidade de uniformidade nas práticas de implantação do programa, a centralização em âmbito nacional, regional e estadual, dos respectivos núcleos gerenciais, e devido ao grande volume do público alvo, das dimensões continentais do país, o artigo 2º, da Resolução n.º 125/2010 – CNJ, estabeleceu que **na implementação da**

**política judiciária nacional**, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados:

- centralização das estruturas judiciárias,
- adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como o acompanhamento estatístico específico.

Por seu turno, o art. 4º do ato normativo em comento estabelece que compete ao Conselho Nacional de Justiça, órgão interno pertencente ao Poder Judiciário, organizar o programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e mediação.

Estabelece o art. 5º, da Resolução, que o programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do poder judiciário e por entidades públicas e privadas, inclusive universidades e instituições de ensino.

Os preceitos adiante arrolados anunciam os prazos nos quais foi objetivada a plena implementação do programa, prevendo o art. 7º, da Resolução N.º 125/2010 – CNJ, que os tribunais deverão criar, no prazo de 30 (trinta) dias, núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as atribuições, entre outras, de instalar centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos (art. 7º, IV, RES. 125/2010 - CNJ).

Para atender os juízos, juizados ou varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos juizados especiais, os tribunais os tribunais deverão criar os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, unidades do poder judiciário (“centros”) responsáveis pela realização com exclusividade das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e

mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão (art. 8º, RES. 125/2010 – CNJ).

Diante da redação deste último preceito acima citado, vale dizer, instala-se significativa divergência entre os operadores do direito, pois conforme a Lei n.º 9.099/95, que disciplinou os Juizados Especiais, não há como declinar, com exclusividade, em favor das Centrais de Conciliação, a realização das audiências de conciliação, pois, em sede daquela jurisdição especial, aludido ato faz parte do próprio procedimento específico e o não cometimento dele (do ato de conciliação), importará no ocorrência de uma nulidade absoluta e insanável.

Acerca do ânimo que contempla empreendimentos como o presente, é muito oportuna a pregação de NORBERTO BOBBIO, quando afirma:

“Nestes últimos anos, falou-se e continua-se a falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, pouco é feito para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos, isto é, no sentido em que os juristas falam de direito” (BOBBIO, 1992, p. 1.710).

E, exatamente para uma mudança de mentalidade no tratamento das políticas alusivas aos conflitos que podem ser solucionados por métodos alternativos aos tradicionais, sugere-se:

1) disseminar com maior intensidade a cultura da busca de solução dos conflitos por meio da utilização de métodos alternativos àqueles dos sistemas jurisdicionados convencionais, intensificando:

**a)** a visão estratégica voltada à criação e instalação das unidades de atendimento (Centrais de Atendimento, Postos de Atendimento e etc.);

**b)** o esclarecimento da opinião pública e das autoridades no sentido de que a implantação desses mecanismos dispensa a edição de novas leis e a utilização de significativos recursos públicos, constatado

que, destacadamente esses dois fatores são entraves à implementação inicial das medidas concretas voltadas à instalação e ao funcionamento dos programas em comento;

c) a disseminação da cultura da pacificação social por meio do emprego de métodos alternativos de solução de conflitos há de ser direcionada, conforme o estágio em que as políticas internas se encontrarem, preliminarmente aos próprios operadores do direito, juízes de direito, advogados, promotores de justiça, procuradores, de modo a criar entre estes profissionais, agentes formadores de opinião, além de superar eventuais resistências;

d) não sendo vedada a realização de audiências informais, visando o encontro entre os interessados em resolver seus conflitos, há de se promover a instalação de postos, centrais e locais de atendimento às populações junto a quaisquer estabelecimentos, públicos ou privados, em logradouros que permitam o fácil acesso das populações destinatárias, observando-se a atuação de mediadores, preferencialmente voluntários, todavia, sempre devidamente preparados e selecionados por intermédio das instituições responsáveis pela implementação do programa;

e) as universidades, faculdades de direito, de serviços sociais, psicologia etc., bem como clubes de serviços, entidades públicas e privadas que possam ser aliadas, deverão ser concitadas a se integrem ao programa, de modo que a parceria delas contribua com os locais de instalação das centrais de conciliação e com agentes de atendimento ao público, sem custos adicionais, o que é relevante para a fase inicial de implantação;

2) Concomitantemente, há que se aparelhar de modo satisfatório os sistemas judiciais tradicionais encarregados de dar atendimento aos conflitos de interesses alusivos às causas de menor complexidade e de pequeno potencial ofensivo.

É que em muitos sistemas os Juizados Especiais (Brasil), os Julgados de Paz (Portugal) e modalidades congêneres de prestação jurisdicional,

detêm aproximadamente 50% de todo o volume de ações em trâmite no país, portanto, o aparelhamento destas unidades e frentes de trabalho representa o resgate da eficiência das instituições tradicionais que são parceiras na entrega de tutela jurisdicional convergente aquela dos sistemas alternativos ora em comento. Assim, a dotação de equipamento destas unidades jurisdicionais possibilita e oportuniza o resgate da eficiência de sistemas que, mesmo não concorrentes, exigem efetividade na entrega dos seus serviços, o que milita para desonerar a carga de trabalho de ambos os sistemas e otimiza o atendimento ao público.

A propósito da tendente globalização constatada nas últimas décadas, no sentido do ressurgimento das práticas extrajudiciais, pré-processuais, levadas a cabo por colaboradores parajudiciais, louva-se nas palavras do jurista Jaime Octávio Cardona Ferreira, para bem frisar a relevância dessas práticas:

“Já a então Proposta de Directiva da União Européia, apresentada pela Comissão Europeia [...], relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil/comercial, mas generalista, teve em meta justamente os métodos alternativos de resolução de conflitos em matéria civil e comercial” [...], tal proposta, muito embora fosse seu alvo principal as desigualdades de tratamento normativo nos vários Estados da Comunidade, apontando para uma conveniente unidade de regras básicas, também teve por objetivo agregar nas práticas de alternativas de composição de conflitos tanto a atuação dos colaboradores parajudiciais quanto a supervisão do Judiciário ou dos operadores do direito propriamente ditos. A então Proposta de Directiva privilegiava, e muito bem, a interação entre o tribunal e os instrumentos de mediação, constituindo-se, em verdade, um texto adequado à necessária Nova Justiça (FERREIRA, 2005).

## XII – CONCLUSÃO

Em que pese os breves apontamentos traçados nesta explanação, conclui-se que os procedimentos alternativos ao exercício do poder jurisdicional, mormente a conciliação e a mediação, conforme os



programas adotados, devem ser considerados como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, cuja demonstração, repisa-se, tem sido aferida ante projetos comprovadamente implantados em todos os continentes.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **Sobre a mediação familiar**. Artigo disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/515>>. Acesso em: 03.02.2013.

ASSAGRA, Igor. **Aspectos da Conciliação e o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-concilia%C3%A7%C3%A3o-e-o-projeto-do-novo-c%C3%B3digo-de-processo-civil-pls-1662010>. Acesso em: 03/02/2013.

AZEVEDO, André Gomma [org.]. **Manual de Mediação Judicial**. 3.<sup>a</sup> ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos** – Tradução Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

BRAGA NETO, Adolfo. **Os advogados, os conflitos e a mediação**. *Apud*: OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação: métodos de Resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. Resolução n.º 125/2010. Conselho Nacional de Justiça do Brasil, 2010.

\_\_\_\_\_. Provimento n.º 22/2012. Corregedoria Nacional do Conselho Nacional de Justiça do Brasil, 2012.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

DINAMARCO, Cândido. **Instituições de Direito Processual Civil – vol. I**. São Paulo: Malheiros Editores, Paulo, 2005.

FERREIRA, Jaime Octávio Cardona. **Nova Justiça - Velho Idealismo**. Disponível em: <<http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/index.asp?id=Intervencoes>>. Acesso em 06.02.2013.

\_\_\_\_\_. **Justiça e Paz**. Coimbra Editora, 2005.

FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a lei dos juizados especiais cíveis**. Revista de Informação Legislativa – vol. 34. Brasília, 1997.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

FOLEY, Gláucia Falsarella Pereira. **O Poder Judiciário e a Coesão Social**. Revista da Escola da Escola Nacional Magistratura. Associação dos Magistrados Brasileiros: Ano VII – n.º 6 - Novembro 2012.

GOUVEIA, Mariana França. TRABUCO, Cláudia. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: *the meeting of two black arts***. Disponível em: <[http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02\\_TEXTOS\\_ARBITRAGEM/01\\_Doutrina\\_ScolarsTexts/miscellaneous/A\\_arbitrabilidade\\_das\\_questoes\\_de\\_concorrencia\\_\\_C\\_Trabuco\\_e\\_M\\_Gouveia.pdf](http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/miscellaneous/A_arbitrabilidade_das_questoes_de_concorrencia__C_Trabuco_e_M_Gouveia.pdf)>. Acesso em: 06.02.2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça Conciliativa**. 5.ª ed. Brasília: Rev. Enam, III, 2005.

\_\_\_\_\_. ***Novas Tendências do Direito Processual – De acordo com a Constituição de 1988***. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HILL, Flávia Pereira. **A Nova Lei de Mediação Italiana**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito->

[processual/volume-vi/a-nova-lei-de-mediacao-italiana](#)>. Acessado em: 06.02.2013.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e Autonomia Privada: O Princípio da Autonomia Privada na Pós-Modernidade**. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2003.

PEDROSO, João. TRINCÃO, Catarina. DIAS, João Paulo. **Percursos da Informalização e da Desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça**. Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2001. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=x6bYq50VaD>>. Acesso em: 04.02.2012.

PEREIRA, Luciana Leão. **Mediação de conflitos: instrumento emancipador dos sujeitos**. *Parlatorium*: revista eletrônica da FAMINAS-BH, 2005.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação**. In: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato Oliveira (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RUIZ, Ivan Aparecido. BEDÊ, Judith Aparecida de Souza Bedê. **Revisitando novos caminhos para o acesso à justiça: a mediação**. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacidada/?p=1132>>. Acesso em 03.02.2013.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação e novas técnicas de dirimir conflitos**. *Apud*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Repensando o direito de família: anais do I congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.



SCAMUZZI, Lorenzo. *Conciliatori e Conciliazione Giudiziaria*: II Digesto Italiano. 8º v. p. 40.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico**. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de. TRINDADE, João Carlos (Org.). **Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique**, Edições Afrontamento, 2003.

VIANNA, Márcio dos Santos. **Mediação de conflitos: Um novo paradigma na Administração da Justiça**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6991](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6991)>. Acesso em 03.02.2013.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br/Download/Conciliação/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliação/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf)>. Acesso em: 04.02.2013.

WEATHERFORD, J. McIver. **Gengis Khan e a formação do mundo moderno** (tradução Jorge Ritter). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

**QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E  
DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS:  
O DEVER ESTATAL DE  
PRESERVAÇÃO DA FONTE DA PROVA**



*Assusete Magalhães*  
Ministra do Superior Tribunal de Justiça



QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS: O DEVER ESTATAL  
DE PRESERVAÇÃO DA FONTE DA PROVA  
*Ministra Assusete Magalhães<sup>1</sup>*

## 1) INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais são temas de significativa relevância na Constituição Federal de 1988. A opção do Constituinte de destacá-los logo nas primeiras disposições constitucionais, após os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, simboliza o compromisso com a sua proteção e realização, bem como o papel essencial que cumprem em nossa ordem jurídica.

Contudo, a positivação de direitos fundamentais nas Constituições democráticas e a estipulação de garantias asseguradoras desses direitos, compromissadas com a proteção da dignidade da pessoa humana, são resultado de uma maturação histórica gradativa.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>2</sup> É o que se constata, por exemplo, pela perspectiva de estudo das gerações ou dimensões de direitos fundamentais, em que se ressaltam a sua historicidade e a sua relativização quanto à sua pretensão de universalidade, na medida em que dependem de numerosos fatores extrajurídicos (culturais, políticos, sociais, etc). Ou, ainda, a partir da constatação da múltipla funcionalidade dos direitos fundamentais (como direitos de defesa, direitos à prestação, direitos difusos). Nesse sentido, consultar: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83-93.

A triste lição colhida dos abusos cometidos em períodos autoritários, no mundo e na história recente do Brasil, ao longo do século XX, demonstra a necessidade de um contínuo esforço pelo desenvolvimento e proteção desses direitos. Em verdade, os direitos fundamentais acentuam a importância de se reconhecer que os indivíduos, antes de terem deveres perante o Estado, têm direitos a serem respeitados e assegurados.

Essa preocupação com a liberdade e a dignidade da pessoa humana, própria da teoria dos direitos fundamentais, por vezes é expressa a partir da afirmação comum de que esses direitos têm, como características, a posição de supremacia na ordem jurídica e a impossibilidade de sua supressão. Entretanto, isso não traduz a ideia de um direito ilimitado, nem permite concluir no sentido da impossibilidade de algum grau de condicionamento, conformação ou restrição desses direitos.<sup>3</sup>

Em verdade, o conflito de interesses individuais, coletivos e difusos, presente nas complexas e dinâmicas sociedades atuais, exige mecanismos de ajuste, que conciliem o exercício e proteção de distintos direitos fundamentais entre si ou entre esses e outros bens e valores constitucionalmente protegidos.<sup>4</sup>

Em cada ordenamento jurídico, o desafio reside em estabelecer as formas, os mecanismos e os limites de restrição a direitos fundamentais, seja para interpretar o alcance do âmbito de proteção de um direito ou mesmo o de uma restrição expressamente admitida no texto constitucional, seja para enfrentar o problema da existência de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Dada a intenção meramente propedêutica da discussão, não se pretende aqui aprofundar acerca da problemática relativa às diversas conceituações e às múltiplas tipologias das restrições a direitos fundamentais, bem como acerca dos termos correlatos ou afins. Para uma análise mais detalhada, consultar: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra Editora, 2003, p. 172--278.

<sup>4</sup> Cfe. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118-119.

<sup>5</sup> Quanto à problemática da discussão de restrições não expressamente autorizadas na Constituição, consultar: NOVAIS, *op. cit.*, 2003.

No Brasil, a Constituição Federal não definiu uma autorização geral de restrição de direitos, liberdades e garantias. Também não estipulou, de forma geral, como se deve proceder à limitação dos direitos fundamentais, em qualquer caso; nem estabeleceu, textualmente, uma norma ou conceito indeterminado, para tanto (como núcleo essencial ou limite imanente). Mesmo as chamadas cláusulas pétreas não são absolutas e podem ser conformadas e restringidas, em certos casos, embora não possam ser objeto de deliberação as propostas legislativas tendentes a aboli-las.

De todo modo, essa prévia indefinição, quanto a um sistema geral de restrição a direitos fundamentais, não impede que a doutrina e a jurisprudência, com base em uma interpretação sistemática, definam os critérios para tal, em cada caso.

Nesse sentido, operam como critérios contributivos a essa sistematização, por exemplo: a reserva de lei (simples ou qualificada), a definição doutrinária da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e do seu âmbito de proteção, em cada caso, o princípio da proporcionalidade, a proibição de restrições casuísticas (relativas ao princípio da igualdade).<sup>6</sup>

Também se deve considerar que os direitos fundamentais são concebidos, primordialmente, como normas-princípio, passíveis de estarem envolvidos em eventuais colisões entre si ou entre eles e bens ou valores constitucionalmente protegidos.<sup>7</sup> Há, ainda, a preocupação

---

<sup>6</sup> DIAS, Eduardo Rocha. Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, In: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antonio Menezes Albuquerque. (Org.). **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller**. 1 ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Fundação Boiteux, 2006, v. 1, p. 169 -170.

<sup>7</sup> Os critérios relativos à restrição de direitos fundamentais podem variar, a depender das opções teóricas e metodológicas que forem adotadas. Nesse sentido, destaca Gilmar Mendes: "A complexidade da questão relativa às restrições dos direitos fundamentais dificulta, também, a sistematização uniforme das hipóteses incidentes. Em verdade, tal sistematização depende, essencialmente, da própria concepção teórica sobre as restrições e dos objetivos que se lhes atribuem." MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

acerca da adequação formal e material das leis restritivas de direitos fundamentais, que estão, desse modo, sujeitas ao cumprimento de uma série de requisitos.<sup>8</sup>

Enfrentando a temática, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado que

não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição.<sup>9</sup>

## **2) O DIREITO À INTIMIDADE, A INVIOABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES EM GERAL E A EXCEPCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL**

No contexto geral dos direitos fundamentais anteriormente exposto, destaca-se a questão relacionada à interpretação e aplicação do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que dispõe ser

(...) inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A esse respeito, comenta STRECK que se trata de dispositivo que reflete um dos maiores dilemas constitucionais verificados, na atualidade, quanto à tutela dos direitos e garantias fundamentais, pois

---

<sup>8</sup> Segundo Canotilho: “Trata-se de estudar ou analisar a 3º instância do procedimento da restrição de direitos. Depois de verificado o âmbito de proteção e averiguada a existência de uma autêntica restrição através da lei, cumpre verificar se a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais fixados.” CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, Portugal: Ed. Livraria Almedina, 2001, p. 441.

<sup>9</sup> STF, MS 23.453, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Pleno, DJ de 12/05/2000.

(...) embora a Constituição assegure a inviolabilidade das correspondências e comunicações, ela também prevê, nitidamente, a possibilidade de limitação/restricção dessa garantia constitucional. A grande questão que se coloca, portanto, é saber em que medida o Estado, com todo o seu aparato, pode ingressar na esfera privada da vida dos cidadãos, em consonância com o regime inaugurado pelo constitucionalismo democrático.<sup>10</sup>

O referido dispositivo constitucional guarda relação com o direito à intimidade e à privacidade, na medida em que terceiros não estão autorizados a ter acesso à esfera particular de outrem, seja quanto ao conteúdo, seja em relação aos integrantes de suas comunicações pessoais.

Além disso, vale mencionar que a inviolabilidade das comunicações de dados – diferentemente do sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (introduzido na Constituição de 1967) – foi incluída pela Constituição Federal de 1988. A importância dessas garantias de sigilo é evidenciada pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não admitia, até o advento da Lei 9.296/96, a interceptação telefônica como meio de prova, mesmo que precedida de autorização judicial, entendendo que o aludido dispositivo constitucional era, até então, de eficácia limitada.

Destaca-se, outrossim, que ainda é controvertida, na doutrina e em parte da jurisprudência, a questão relativa ao alcance da restrição constitucional prevista na parte final do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, vale dizer, se a quebra da inviolabilidade, por ordem judicial, aplica-se somente às comunicações telefônicas ou também abrangeria a comunicação de dados e as demais hipóteses do referido dispositivo constitucional.

Prevê o art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/96 que as normas contidas no mencionado diploma legal são aplicáveis à interceptação de

---

<sup>10</sup> STRECK, Lênio. Sigilo de correspondência e comunicações. Comentário ao art. 5º, XII, da CF. *in*: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 292.



fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, dispositivo cuja constitucionalidade tem sido frequentemente questionada.

Segundo parte da doutrina, que confere ao aludido dispositivo constitucional interpretação mais restritiva, a que se filia GRINOVER<sup>11</sup>, a expressão “no último caso”, contida no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal – que dispõe ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, **no último caso**, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” –, admitiria a interceptação apenas das comunicações telefônicas.

No mesmo sentido, entende GRECO:

Nossa interpretação é no sentido de que “no último caso”, refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões:

Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”. Ademais, segundo os dicionários, no último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo.

Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interpretação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*).<sup>12</sup>

Pondera, entretanto, GRINOVER:

é possível que o STF venha a adotar uma terceira posição, segundo a qual a exceção constitucional ao sigilo abrangeria não apenas as comunicações telefônicas, mas também as de dados: não tanto porque o Supremo tem admitido por diversas vezes a quebra de dados bancários

---

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 215.

<sup>12</sup> GRECO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296/96**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16-17.

e dados de contas telefônicas (mas aqui se poderia argumentar com o fato de não haver “comunicação de dados”), mas porque na questão de ordem da Petição 577, aos 25.03.1992, ficou expressamente assentado que o art. 5.º, XII, da Constituição somente cogita de dois casos de sigilo, divididos, cada um, em duas situações: a) sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; b) sigilo de dados e comunicações telefônicas. Nesta última, afirmou o Min. Marco Aurélio, a inviolabilidade é relativa, sendo que sua quebra, prevista pelo art. 38 da Lei 4.595/64, foi recepcionada pela Constituição superveniente. A ser mantido esse entendimento, tudo que se referisse a “dados” (e não somente à sua comunicação) estaria abrangido pelo inc. XII do art. 5.º da CF, e a possibilidade de quebra do sigilo estaria prevista não só para as comunicações telefônicas, mas também quanto à comunicação de dados e a dados *tout court*.<sup>13</sup>

Sobre a controvérsia, embora o Supremo Tribunal Federal tenha iniciado o enfrentamento do tema, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1488, não o finalizou, em razão da ilegitimidade ativa *ad causam* da requerente. De todo modo, o indeferimento da medida cautelar, no sentido de manter hígida a regra de possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, milita em favor da presunção da constitucionalidade da referida previsão legal. Eis a ementa do referido julgado:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Parágrafo único do art. 1º e art. 10 da Lei nº 9.296, de 24.7.1996. 3. Alegação de ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º, da Constituição Federal, ao instituir a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. 4. Relevantes os fundamentos da ação proposta. Inocorrência de periculum in mora a justificar a suspensão da vigência do dispositivo impugnado. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Medida cautelar indeferida.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> GRINOVER, *op.cit.*, p. 210-211.

<sup>14</sup> STF, ADI 1488 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, DJ de 26.11.1999.

Nesse sentido, destaca-se que o entendimento que se tem sedimentado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é o da possibilidade de restrição também das comunicações em sistemas de informática e telemática, nos termos da legislação infraconstitucional de regência<sup>15</sup>.

Sobre essa questão, STRECK apresenta o seguinte posicionamento:

(...) a expressão faz referência apenas às “comunicações telefônicas” ou, então, às três modalidades de comunicações previstas no dispositivo legal? A resposta adequada à Constituição, nesse caso, é no sentido de que qualquer que seja o meio utilizado para a comunicação – telegráfica, de dados e telefônica – é passível de interceptação para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, desde que autorizada por ordem judicial, nos termos da Lei 9.296/96. (...) Dito de outro modo, a lei objetivou estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas a qualquer espécie de comunicação, ainda que realizada mediante sistemas de informática, existentes ou que venham a ser criados, como, por exemplo, a modalidade ‘cabo’ ou ‘wireless’ (redes sem fio, hoje largamente utilizada, em substituição ao uso da telefonia para o funcionamento da internet), devendo a lei ordinária ser interpretada de acordo com a Constituição, adaptando-se à criação (inexorável) de novas tecnologias de comunicação de informações e dados.<sup>16</sup>

Ainda a esse respeito, o referido autor sustenta que a Constituição Federal e a Lei 9.296/96 tratam do termo comunicação (idéia de dados em tráfego, que não se confundem com dados estáticos), tendo a referida Lei previsto a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações

---

<sup>15</sup> STJ, HC 33.682, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe de 04/05/2009; HC 101.165, Rel. Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, DJe de 22/04/2008; RHC 25.268, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe de 11/04/2012; HC 148.389, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJe de 31/08/2011; HC 20.087, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 29/09/2003.

<sup>16</sup> STRECK, *op. cit.*, 2013, p. 293.

em sistemas de informática e telemática. Assim, “quisesse o constituinte limitar a interceptação simplesmente aos telefonemas entre pessoas, não teria usado ‘comunicações’ *lato sensu*.”<sup>17</sup>

Outro aspecto importante nesse debate é o fato de que, em 1988, certamente não se vislumbrava um avanço tecnológico tão rápido, no campo das telecomunicações (ao menos do ponto de vista das comunicações entre cidadãos e pessoas, em todo o mundo). Nesse sentido, merece destaque, no Brasil, a expansão da telefonia móvel, que ultrapassou, em muito, a telefonia fixa, como meio de universalização dos sistemas de telecomunicações.

Além disso, os telefones móveis permitem, atualmente, não apenas a realização de ligações telefônicas, mas uma gama de outras formas de comunicações de dados, via internet (ligações; troca de mensagens de texto; troca de arquivos de áudio e vídeo; transações comerciais diversas; troca de *e-mails*, etc). O crescimento do uso de computadores, *tablets*, *smartphones* e outros dispositivos semelhantes também alavancou o uso da internet em todo o país.

De um lado, esse enorme avanço tecnológico e o crescente aumento do uso de novas tecnologias acaba por exigir uma atuação do Estado, em favor da coletividade, no sentido de coibir crimes que ocorram por esses meios, ou identificáveis a partir da investigação dos dados que transitam nesses sistemas de telecomunicações. Ao mesmo tempo, essa constatação parece reforçar o entendimento de que a restrição constitucional possa se dirigir a todas as formas de comunicações, respeitados os requisitos constitucionais e legais.

Não é outra a compreensão de GOMES, ao sublinhar que “a extensão seria condizente com a **ratio legis** que inspirou a própria norma constitucional, e com a própria tecnologia das comunicações.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> STRECK, *op. cit.*, 2013, p. 293.

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio. *apud* DUCLERC, Elmir. **Prova e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 150.

De outro lado, nos tempos atuais, contudo, assiste-se a uma crescente exposição consentida da intimidade e da vida privada, segundo esclarece CASTRO, ao tomar, como enfoque, a questão do tratamento dos dados pessoais:

Apesar da ameaça à privacidade que os tratamentos de dados pessoais podem constituir – daí que, como veremos, a Constituição e as leis tenham velado pela sua garantia –, as vantagens da sua utilização são tantas, que provavelmente já não imaginamos o nosso dia a dia sem a utilização de tratamentos de dados pessoais. Vamos, aos poucos, fazendo cedências, comprimindo o nosso direito de permanecer na penumbra.<sup>19</sup>

É o que se verifica atualmente, em relação ao uso de redes sociais de comunicação na internet e em programas privados de partilha de dados (como fotografias e outros tipos de arquivos), ou mesmo a exposição consentida, em programas denominados *reality shows*.

Apenas a título de contraponto histórico, é curioso notar que, de acordo com CASTRO, “no início do Século XX, a privacidade era fundamentalmente ameaçada pelo crescimento da imprensa escrita, associada à imagem fotográfica.”<sup>20</sup>

De todo modo, a opção pela exposição consentida da intimidade não significa uma permissão de devassa ou intromissão não autorizada, por parte do Estado, no campo da inviolabilidade de comunicações de dados em sistemas de informática e telemática. É preciso obedecer o devido processo legal, produzir e manter as provas colhidas, na seara criminal, nos estritos termos legais, a fim de permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório, princípios considerados como garantia fundamental do acusado.

---

<sup>19</sup> CASTRO, Catarina Sarmiento. **Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2005, p. 21.

<sup>20</sup> CASTRO, *op. cit.*, 2005, p. 19.

Assim, ultrapassadas essas considerações iniciais acerca da relevância dos direitos fundamentais, em nosso ordenamento jurídico, e a importância do direito à intimidade e à inviolabilidade das comunicações em geral – embora excepcionáveis, em determinadas circunstâncias –, avança-se a análise para outra questão correlata às discussões anteriores: o problema da preservação da fonte de prova e a vedação de sua fragmentação e da perda de sua unidade, para efeito do exercício da ampla defesa e do contraditório.

Para elucidar essa questão, toma-se, como base, um recente caso, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

### **3) A PRESERVAÇÃO DA FONTE DA PROVA E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL**

Na lição de GOLDSCHMIDT, “o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários e democráticos da sua Constituição.”<sup>21</sup> Por assim dizer, a uma Constituição democrática, pacto de representação da soberania popular, deve corresponder um processo penal que esteja “a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.”<sup>22</sup> Impõe-se, assim, a leitura dos comandos processuais penais de forma verticalizada, à luz da Carta Magna, que define os limites da intervenção estatal e determina as regras do jogo, o devido processo legal, na sua dimensão formal e material.

Como ensina GIACOMOLLI:

O processo penal é um instrumento de que se valem as partes e a própria atividade jurisdicional para que incida o *ius puniendi* ou para evitar a sua aplicação. Estabelece-se, no desenrolar do processo, uma situação processual de embate entre punição e liberdade. De um lado, o Estado (como regra) desenvolve atividades tendentes à incidência do

---

<sup>21</sup> GOLDSCHMIDT, James, *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

<sup>22</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, *op.cit.*, 2010, p. 7.

*ius puniendi* e a defesa, em pólo antagônico, labora na preservação do status libertatis e/ou na diminuição das conseqüências da intervenção estatal. Nesse jogo dialético, o acusado é o sujeito que integra o processo, como regra, como parte fragilizada pela carga acusatória estatal. Mesmo que toda a carga acusatória atinja o acusado, este continua sendo pessoa humana, sujeito processual e não objeto do processo: é sujeito de direitos e garantias processuais. Não se pode falar em processo constitucionalmente válido sem respeito à dignidade do acusado.<sup>23</sup>

Estabelecida tal premissa, certo é que:

Aos olhos do Estado, Poder Público organizado para a satisfação e realização dos direitos fundamentais, único fundamento legitimante de tal organização política, a condenação de um culpado ou a absolvição de um inocente devem ocupar o mesmo espaço de preocupação e de compromisso, no que respeita ao exercício do Poder Judiciário, isto é, ao poder de dizer o direito.<sup>24</sup>

Assim, sob o enfoque de um processo penal pautado pela presunção de inocência, em que o exercício das atividades persecutórias é norteado pelo respeito à dignidade humana, é que deve ser compreendida a tutela da prova, no processo penal.

Em *Habeas corpus* apreciado recentemente,<sup>25</sup> tive a oportunidade de me manifestar, em voto submetido ao Colegiado da 6ª Turma do

---

<sup>23</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: WUNDERLICH, Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenckner [et al]. **Política criminal contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 335-336.

<sup>24</sup> PRADO, Geraldo. Parecer. As garantias na investigação criminal: o direito de se defender provando. In: SCARPA; Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel El. **Temas de Direito Penal e Processo Penal. Estudos em homenagem ao Juiz Tourinho Neto**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 713.

<sup>25</sup> STJ, HC 160.662, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe de 17/03/2014.

Superior Tribunal de Justiça, favoravelmente à pretensão da defesa, no sentido de anular as provas obtidas mediante a quebra dos sigilos telefônico e telemático, por sua inidoneidade como fonte de prova, em face de sua fragmentação e do extravio de parte do produto das interceptações, ainda no âmbito policial.

Os elementos de prova questionados foram apurados na denominada Operação Negócio da China, deflagrada para investigar a eventual ocorrência de negociações fictícias, com o objetivo de dissimular a natureza de valores supostamente provenientes da prática do delito de descaminho, mediante a ilusão parcial do tributo devido na importação de produtos, por sociedade empresária, resultando na denúncia de 14 agentes.

No *writ* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, discutia-se, entre outras teses defensivas, a ilicitude do produto das interceptações telefônica e telemática, em virtude da sua fragmentariedade e perda de sua unidade, dada a existência de áudios telefônicos descontínuos e mensagens eletrônicas não sequenciais, inclusive vinculadas à conta de *e-mail* do principal denunciado, as quais, após captadas, não foram armazenadas pelo provedor EMBRATEL, nem preservadas pela autoridade policial à qual direcionadas, com a perda irreparável da aludida fonte de prova de interceptação telemática.

Ponderou o impetrante, na ocasião, que a ausência de preservação integral dos elementos informativos impedia os acusados de exercerem, de forma ampla, o contraditório e a ampla defesa, dada a impossibilidade de refutarem a tese acusatória, apresentando interpretação diversa do conjunto probatório.

Restou demonstrado, no aludido processo, que, apesar de franqueado, aos acusados, o acesso aos autos, parte das provas obtidas, a partir da interceptação telemática, foi extraviada, ainda na Polícia Judiciária, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, não sendo, portanto, tais provas encartadas nos autos do Inquérito Policial e da Ação Penal.



Na impetração, demonstrou-se, mediante prova pré-constituída, a impossibilidade de rastreamento da origem da prova, em razão do extravio de parte significativa do produto das interceptações telemáticas, mantidas sob custódia da Polícia Judiciária, fato atestado pela autoridade policial, pelo provedor de internet e pelo Juízo.

A inviolabilidade do direito de intimidade encontra-se consagrada no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

A Lei 9.296/96 – que disciplina a interceptação de comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática – somente autoriza a quebra do sigilo, mediante decisão judicial, devidamente fundamentada, quando presentes indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão, desde que a prova não possa ser obtida por outros meios.

Na hipótese examinada no aludido *Habeas corpus*, entendeu-se pela inexistência de ilegalidade na quebra de sigilos telefônico e telemático dos supostos envolvidos na prática criminosa, que se deu por decisão judicial devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, incisos I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova da extensão da prática criminosa não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica e telemática, tendo em vista a clandestinidade das negociações, supostamente perpetradas por grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96), circunstâncias autorizadoras da quebra de sigilo, na linha da orientação jurisprudencial do STJ.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> STJ, HC 259.554, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 04/12/2013; HC 106.007, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe de 06/09/2010.

Contudo, a despeito da legalidade da decisão de quebra dos sigilos telefônico e telemático, constatou-se a perda irremediável do material obtido a partir das interceptações telemáticas realizadas através do provedor EMBRATEL, quando o aludido material ainda se encontrava sob a custódia da Polícia Judiciária.

A defesa – não obstante os provimentos liminares deferidos, pelo Superior Tribunal de Justiça, para assegurar o acesso aos autos do Inquérito Policial<sup>27</sup>, bem como para suspender o prazo para apresentação de resposta à acusação, prevista no art. 396-A do Código de Processo Penal<sup>28</sup> –, viu-se inviabilizada de contraditar a acusação, porquanto, como se esclareceu, o conteúdo dos áudios telefônicos não fora disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, e as mensagens eletrônicas, vinculadas ao provedor EMBRATEL, perderam-se irremediavelmente, pois o computador utilizado, durante a investigação, precisou ser formatado.

Assim, apesar de garantido, pelo Juízo de 1º Grau, acesso, às partes, a todos os documentos e provas existentes e juntados aos autos do Inquérito e da Ação Penal, o material objeto da interceptação telemática, executada pelo provedor EMBRATEL, perdeu-se, no âmbito da Polícia Judiciária, e, portanto, não pôde ser juntado aos autos do Inquérito Policial e da Ação Penal.

Demonstrou-se, ainda, que, conquanto existentes, nos autos da Ação Penal, quatro mídias, contendo cópia de todos os *e-mails* relacionados ao provedor EMBRATEL, localizados nos computadores dos investigados, apreendidos pela autoridade policial, a recuperação da totalidade dos elementos informativos exigiria a apreensão de todos os computadores dos investigados (incluindo *desktops*, *notebooks* e *netbooks*, telefones, *tablets* e similares, no Brasil e no exterior) – que poderiam

---

<sup>27</sup> STJ, HC 122.992, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, DJe de 04/12/2008.

<sup>28</sup> STJ, Rcl 3.467, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe de 24/04/2009.

ter sido origem ou destino de mensagens enviadas ou recebidas pelo endereço eletrônico alvo –, o que se mostraria inviável, afigurando-se, portanto, inexequível a reconstituição segura da integralidade do produto da interceptação telemática.

Nos termos da Súmula Vinculante 14, do Supremo Tribunal Federal,

é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Na hipótese, como se viu, o material obtido por meio da interceptação telemática, vinculado ao provedor EMBRATEL, foi extraviado, ainda na Polícia Judiciária, impossibilitando, tanto à defesa, quanto à acusação, o acesso ao seu conteúdo. Comprovou-se, outrossim, no aludido feito, que a própria autoridade policial, em ofício dirigido à EMBRATEL, com base em documento do Setor de Inteligência Policial, identificando os *e-mails* interceptados por aquele provedor, insistiu em nova tentativa de sua localização, mencionando a importância, para a investigação, do material perdido.

Nesse contexto, o extravio e a não juntada, aos autos, de parte dos elementos de prova, resultantes da quebra de sigilos telemático e telefônico, tornou-a imprestável, considerando-se a impossibilidade de a defesa, após a denúncia, confrontar ditos elementos informativos, mediante o acesso integral do material probatório colhido, em violação aos princípios da unidade e da comunhão da prova, inviabilizando, assim, o exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, inciso, LIV, da Constituição Federal, assegura a observância de ritos e formas previstos para os atos processuais, impondo, assim, limites à atividade instrutória, somente reputando válida a prova produzida em conformidade com as normas previamente estabelecidas. Sob essa perspectiva, “o rito

probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo.”<sup>29</sup>

O poder punitivo do Estado apenas encontra legitimação na observância dos princípios do devido processo legal e da presunção da inocência, que não podem ser assegurados sem que se disponibilize, a ambas as partes, o conhecimento integral das fontes de prova. Nesse sentido, o produto da interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, impondo-se, ao juiz, a tarefa de franquear, à defesa, os mesmos recursos para se preparar para o litígio, o que somente pode ser assegurado quando houver a preservação da integralidade dos elementos informativos colhidos no curso da investigação criminal.

Além disso, o Pacto de São José da Costa Rica, ao dispor, em seu art. 8º, 2, c, que “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade (...) à concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”, reafirma a necessidade de promover a igualdade entre a acusação e a defesa, desde o início da persecução penal.

A perda da unidade da prova, na contramão, promove a ruptura do equilíbrio entre os litigantes, inviabilizando o exercício da ampla defesa, ante a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória.

Sobre a questão, destacam-se as considerações de GRINOVER:

Se é assim, é evidente que a parte tem o direito de conhecer e de pronunciar-se sobre os resultados dos procedimentos de obtenção e produção da prova, em sua integralidade, até porque um dos princípios fundamentais da disciplina probatória é exatamente o da sua unidade. Significa ele, em síntese, que o material probatório forma uma unidade que, como tal, deve ser examinado pelo juiz em conjunto, para confrontar os diversos elementos, verificar sua concordância ou discordância e chegar, assim, à conclusão final.

---

<sup>29</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10 ed., São Paulo: RT, 2007, p. 155.

A esse princípio liga-se ainda o da comunhão da prova que, por sua vez, indica que a prova não pertence à parte que a produz, pois uma vez trazida validamente ao processo passa a formar aquele conjunto unitário que deve servir à demonstração dos fatos controvertidos, pouco interessando se beneficia ou prejudica àquele que a introduziu nos autos.<sup>30</sup>

Sobre o princípio da comunhão da prova, adverte BADARÓ:

O ônus da prova, em seu aspecto subjetivo, vem sofrendo atenuações. Um primeiro fator de redução da sua importância é a regra da comunhão da prova, também denominada de regra da aquisição da prova. No momento do julgamento, o juiz deve valorar todo o material probatório existente nos autos, independente de qual das partes produziu a prova. Assim, se um fato está provado, pouco importa se foi o autor ou o réu que levou para os autos o meio de prova que permitiu ao juiz formar o seu convencimento sobre a veracidade ou a falsidade da alegação sobre o fato que deveria ser provado. Em consequência, a demonstração dos fatos constitutivos de uma pretensão não deve ser necessariamente feita pelo autor. Por outro lado, a comprovação dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos de tal pretensão não precisa ser obra obrigatoriamente do réu. (...) Diante do princípio da aquisição processual, uma vez realizada a prova, ela será eficaz tanto em benefício como em prejuízo de qualquer das partes, independentemente de quem a produziu. (...) O juiz, no momento de julgar o processo, deverá considerar todas as provas existentes nos autos, quer elas tenham chegado ao processo por impulso da parte que se beneficiou com tal prova, quer por iniciativa da parte contrária, quer pela sua própria iniciativa *ex officio*. (...) Somente se a prova não for produzida pela parte sobre quem incide o ônus da prova, nem pela parte contrária, nem sequer pelo juiz, é que o processo será decidido segundo as regras da distribuição do ônus da prova.<sup>31</sup>

Assim, mostrou-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, em prejuízo da garantia da paridade de armas das partes.

---

<sup>30</sup> Parecer apresentado no HC 160.662, no STJ, p. 536.

<sup>31</sup> BADARÓ, Gustavo. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2000, p. 185-187.

Sobre o tema, leciona FERRAJOLI:

A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ele, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis. A tal fim, todas as implicações da hipótese devem ser examinadas e ensaiadas, de modo que sejam possíveis não apenas as provas, senão também as contraprovas. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos do que a busca daquelas.<sup>32</sup>

Nesse jogo de opostos, destaca, ainda, o referido autor italiano:

(...) para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e acareações.<sup>33</sup>

Dessa forma, incumbe ao magistrado garantir um terreno propício à verificação e refutação das teses da acusação e defesa, salvaguardando o caráter dialético do processo. Nesse sentido, assevera PRADO que a defesa

(...) tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outro modo não tem condições de identificar as provas ilícitas; o conhecimento integral é necessário para a defesa avaliar a correção do juízo e do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada

---

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 144.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 565.

pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou acusações infundadas; e, por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova.<sup>34</sup>

Com efeito, à luz do Estado de Direito, o conjunto de informações submetidas ao contraditório, no processo penal, deve ser completo, não cabendo à autoridade policial proceder à seleção do material colhido na interceptação telefônica.

Pertinentes os ensinamentos de PRADO, que, ao analisar o direito anglo-americano, destaca o seguinte:

Como sublinha Michelle Taruffo, no processo penal angloamericano a qualidade da sentença resultante do debate oral entre as partes na fase de juízo que em nosso modelo corresponde à etapa que se inicia quando é proferida a decisão de admissibilidade da acusação (art. 399 do CPP41), deve grande parte de sua funcionalidade à fase anterior, denominada *pre-trial*, “em que se realizam todas as atividades necessárias para que o debate possa ter lugar de modo mais rápido ordenado e correto”.

Assim, enfatiza o referido jurista que no processo norteamericano, para que o julgamento possa ser eficaz instrumento de definição da verdade e de atribuição de responsabilidade penal, se for o caso, é imprescindível que na etapa preliminar as partes possam contar com amplo repertório de meios de *Discovery*, para o fim de “especificar, examinar e conseguir todos os meios de prova destinados a produzir-se em debate”.

Não há mais espaço para a chamada *carried in the dark*, que consistia no conjunto de manobras de uma parte visando “surpreender” a outra e desse modo conquistar uma vantagem estratégica nos debates. A forma usual de empregar o *carried in the dark* era por intermédio da introdução de meios de prova desconhecidos da parte contrária (*unfair surprise*), que ignorava seu modo de aquisição (a fonte de provas).<sup>35</sup>

Assim, prossegue o referido autor:

---

<sup>34</sup> PRADO, Geraldo. Parecer apresentado em memorial no HC 160.662, no STJ, p. 18-19.

<sup>35</sup> PRADO, *op. cit.*, 2013, p. 710-711.

(...) com o advento da *Rule 16 das Federal Rules of Criminal Procedure*, nos anos 70 do século XX, os Estados Unidos da América testemunharam a construção do conjunto de medidas de “descoberta” das fontes de prova (*Discovery devides*), isto é, de providências eficazes para que uma das partes tome conhecimento das provas que a outra pretende produzir e como as obteve de sorte a poder controlar a legalidade do acesso às fontes de prova.<sup>36</sup>

Desse modo, para assegurar a efetividade do princípio da presunção da inocência, é imprescindível propiciar o controle da atividade probatória, cabendo ao juiz a fiscalização da regularidade procedimental, condição de validade do processo penal voltado ao respeito da dignidade da pessoa humana, “valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional)”, e “princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa”<sup>37</sup>, na concepção de SARLET.

Convém mencionar que, na mesma linha do direito comparado, as alterações promovidas pela Lei 11.719/08 – que define a fase da admissibilidade da acusação (art. 395 do CPP) como mais uma etapa da persecução penal – reafirmam a importância da transparência e da atuação defensiva na investigação criminal, cabendo ao juiz, em conformidade com as novas regras,

(...) controlar a correção dos requisitos de verificabilidade e assegurar a paridade de armas, para que o processo penal concreto não seja mero jogo de cena ou cerimônia protocolar, consoante mencionado, algo que apenas antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas.<sup>38</sup>

E, assim, dar “concretude ordinária ao mandamento constitucional de um processo penal devido regido pela presunção de inocência.”<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> PRADO, *op. cit.*, 2013, p. 711.

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang *apud*. LOPES JÚNIOR, Aury. *op.cit*, 2010, p. 11-12.

<sup>38</sup> PRADO, Geraldo. Parecer apresentado em memorial no HC 160.662, no STJ, p. 20.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 20.



É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, cabe selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação.

Dispõe o art. 9º e parágrafo único, da Lei 9.296/96:

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

O art. 9º da Lei 9.296/96, ao estabelecer a inutilização, por ordem judicial, do material captado que não interesse ao objeto investigado, mediante o acompanhamento da acusação, facultada a presença do acusado, confirma a natureza bilateral da prova, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações telefônicas autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária – tal como ocorreu, no aludido *Habeas corpus* 160.662 –, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame e a valoração da pertinência das provas.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS

CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei

8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 **Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida.** 4. Ordem denegada.<sup>40</sup> (grifo nosso)

Assim, decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização de mídia, contendo o inteiro teor dos diálogos interceptados. A esse respeito, vale mencionar o seguinte trecho do voto proferido no HC 171.910:

(...) é assente nos Tribunais Superiores o entendimento de que não possui a defesa direito subjetivo à redução à termo de todo o conteúdo da quebra de sigilo telefônico, sendo imprescindível, tão somente, a fim de assegurar o amplo exercício da defesa, que se permita às partes acesso à mídia dos diálogos captados, bem como à transcrição dos trechos que embasaram o oferecimento da denúncia.<sup>41</sup>

Sobre o assunto, BALTAZAR JÚNIOR assevera que:

---

<sup>40</sup> STF, HC 91.867, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 20/09/2012.

<sup>41</sup> STJ, HC 171.910, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe de 09/12/2013.

A degravação integral do registro da interceptação é, porém, desnecessária, inconveniente e até mesmo inexecutável. Desnecessária porque muito do que é gravado não diz respeito ao objeto das investigações, sendo a degravação parcial suficiente para a compreensão dos fatos. Caso haja alegação da defesa de que o extrato dos diálogos degrevados leva a uma falsa compreensão dos fatos, deverá apontar quais os pontos que demonstram a inconformidade com a versão da acusação, ou aqueles necessários para uma integral compreensão indicando-os ou transcrevendo-os. Para tanto, deverá ser facultada a oitiva do conteúdo integral da interceptação, disponibilizando-se, na Secretaria da Vara, o equipamento para que os defensores possam ter acesso integral à prova produzida ou entregando cópia das gravações.<sup>42</sup>

Na hipótese mencionada, trazida a exame do Colegiado do Superior Tribunal de Justiça, restou demonstrado que o procedimento de seleção das comunicações telefônicas interceptadas foi realizado com preterição das formalidades legais e com violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Conquanto seja pacífico o entendimento de que desnecessária a transcrição integral de todo o material telefônico interceptado, é imprescindível que, pelo menos em meio digital, a prova seja fornecida à parte em sua integralidade, com todos os áudios do período, sem possibilidade de qualquer seleção, pelos policiais executores da medida, óbice que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, atua como verdadeira garantia ao cidadão.

Inexistindo, pois, nos autos da aludida Ação Penal, a integralidade das interceptações telemática e telefônica, em decorrência de perda e de seleção unilateral das provas, no âmbito policial, sem a intervenção do Juiz e controle das partes processuais, inviável a confrontação das teses acusatórias, pela defesa.

Assim, no caso em análise, a perda da fonte de prova da interceptação telemática, de natureza não repetível, e a seleção do material obtido por

---

<sup>42</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José. **Crimes Federais**. 5.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 558.

meio da interceptação telefônica, com preterição das formalidades legais, previstas no procedimento de incidente de inutilização de provas, inserto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, para a eliminação das gravações, implicou a ilicitude de toda a prova obtida mediante a interceptação, não se tratando de mera inobservância de normas processuais (prova ilegítima), mas de contaminação da própria fonte da prova (prova ilícita), que não pode ser rastreada e contraditada, constituindo a única versão dos fatos, insuscetível de prova em contrário, e, portanto, sem idoneidade para permanecer nos autos da referida Ação Penal.

Nesse ponto, destaco excerto do voto proferido no julgamento do HC 149.250, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Adilson Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), que anulou as provas obtidas na interceptação telefônica, na denominada Operação Satiagraha, citando lição doutrinária do Ministro Luís Roberto Barroso, que consignou:

A observância dos princípios processuais não significa a busca da impunidade e nem mesmo um incentivo à criminalidade. Se o Estado estiver devidamente aparelhado este conseguirá por meio de procedimentos lícitos produzir as provas necessárias que possam demonstrar a culpabilidade de um acusado, ainda que o crime praticado pelo infrator possa causar repulsa aos seus semelhantes em razão de preceitos éticos ou morais. A partir do momento em que existe a quebra de todas as garantias estabelecidas na Constituição Federal pode-se afirmar que o Estado de Direito também está sendo fragilizado, uma vez que as Instituições perdem o seu sentido e a promoção da justiça é transferida para terceiras pessoas, o que fere o princípio da imparcialidade e do devido processo legal.<sup>43</sup>

Sobre a inadmissão das provas ilícitas no processo, leciona PACELLI:

(...) o princípio desdobra-se em duas direções distintas, ambas porém dirigidas ao juiz, a saber: a) de um lado, impondo a observância

---

<sup>43</sup> STJ, HC 149.250, Rel. Ministro ADILSON MACABU (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe de 05/09/2011.

das *regras do jogo*, de modo a limitar a valoração da prova obtida ilicitamente como regra de *juízo*; o juiz, independentemente da qualidade da prova deve ignorá-la, pois aceitar uma prova produzida contrariamente às normas procedimentais implicaria tratamento desigual às partes; b) de outro lado, a vedação das provas ilícitas influiria como regra de *convencimento*, impedindo que o juiz construísse a sua certeza com base em material produzido *fora do controle judicial*.<sup>44</sup>

Portanto, constatada, na situação ora em exame, a ilicitude da prova resultante das interceptações telefônica e telemática, por inobservância do método probatório constitucionalmente adequado (art. 5º, LVI, da CF), em razão do desaparecimento parcial do material informativo e de sua seleção unilateral, no âmbito da Polícia Judiciária, o que afetou a unidade e a comunhão da prova, revelando uma atuação estatal fora dos limites legais e constitucionais, na tutela da prova, restou caracterizada a violação aos direitos fundamentais dos acusados, não havendo outro caminho senão determinar o seu integral desentranhamento (arts. 5º, LVI, da CF e 157 do CPP) e a verificação da existência de eventual prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP.

#### 4) CONCLUSÃO

É inegável que, nas complexas relações da sociedade contemporânea, a exceção constitucional que autoriza a quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas tem-se revelado um eficaz instrumento, notadamente na investigação da macrocriminalidade, do crime organizado, que hoje opera em praticamente todos os países, utilizando-se de avançados sistemas de comunicação.

A legítima pretensão do Estado de investigar as infrações penais e punir seus responsáveis deve, porém, harmonizar-se com as regras do Estado de Direito, com estrita observância do devido processo legal e dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

---

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 184.

Levando-se em conta a proteção constitucional dos direitos e garantias fundamentais e o fato de que a regra é a inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações telefônicas, a decisão judicial que afastar tal postulado depende, necessariamente, de adequada fundamentação, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que justifique a necessidade e indispensabilidade da quebra de sigilo, obedecidos os parâmetros da Lei 9.296/96.

Além disso, autorizada a medida cautelar, deve a prova ser colhida com observância das prescrições legais, sem possibilidade de seleção unilateral dos elementos de informação, no âmbito policial, e com disponibilização, às partes, da integralidade do material colhido na investigação.

Destaca-se, no particular, que o Estado tem o dever de preservação da fonte de prova, em sua inteireza, porquanto a integralidade do material probatório interessa, não apenas à acusação, mas também à defesa, que dela pode – ou poderia – utilizar-se, para contrapor-se à acusação.

A esse respeito, vale rememorar a lição de FERRAJOLI, que destaca que, “para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis”.<sup>45</sup>

No caso em apreciação, no qual houve a perda parcial da fonte de prova obtida mediante a quebra de sigilo telemático e a fragmentação daquela decorrente da escuta telefônica, no âmbito da Polícia Judiciária, sem preservação da integralidade do material informativo obtido na investigação, restou prejudicado o devido processo legal e inviabilizado o exercício da ampla defesa, por impossibilitada a efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova, reputada relevante para a apuração, no que objeto de extravio, pela própria autoridade policial. Revelou-se, assim, indubitosa a violação aos direitos fundamentais dos acusados.

---

<sup>45</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, 2010, p. 144.

**LINHAS GERAIS SOBRE O  
ESTATUTO DA JUVENTUDE (LEI N. 12.852/13)**



*Sérgio Luiz Kukina*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





## LINHAS GERAIS SOBRE O ESTATUTO DA JUVENTUDE (LEI N. 12.852/13)

*Ministro Sérgio Luiz Kukina*

1. Introdução; 2. Dos sujeitos destinatários e da principiologia; 3. Dos direitos dos jovens; 4. Do Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE; 5. Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

Como assentado em seu preâmbulo, a Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013, “institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE”.

Em que pese, porém, a esse largo espectro de abrangência do novel diploma, que deve atuar positivamente sobre o interesse de ao menos 50 milhões de brasileiros com idade entre 15 e 29 anos (art. 1º, § 1º), a imprensa, de forma geral, noticiou a aprovação do Estatuto da Juventude como se ele tivesse vindo a lume com uma única e exclusiva finalidade, qual seja, a de assegurar aos jovens carentes a meia-entrada em eventos culturais e esportivos, até o limite de 40% do total de ingressos disponíveis. De fato, o art. 23 contemplou essa política de acesso à cultura e ao lazer, mas, por óbvio, o Estatuto não se limitou a cuidar apenas dessa fatia de interesse da juventude, tendo ido muito além (acerca da restritiva visão da imprensa, consulte-se, dentre outros: O Globo, ed. 6.8.13, p. 8; Zero Hora, ed. 6.8.13, p. 4).

Conquanto o antecedente projeto de lei sobre o Estatuto da Juventude já tramitasse no Congresso Nacional há quase dez anos (PL 4529/2004 na Câmara dos Deputados e, depois, PLC 98/2011 no Senado), sua ultimação ganhou foros de obrigatoriedade com o advento da Emenda Constitucional 65/2010, que, para além de dar nova e acrescida redação ao *caput* do art. 227 da Constituição, estendendo aos jovens o mesmo rol de direitos fundamentais antes dirigidos apenas às crianças e adolescentes, também assinalou a necessidade de lei específica estabelecer “o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens” (art. 227, § 8º, inc. I).

O Estatuto da Juventude (EJ), enfim, acabou por ingressar no cenário jurídico brasileiro em 2013, em ano, diga-se, bastante simbólico para a juventude brasileira, seja pelo fato de o país ter sediado a Jornada Mundial da Juventude, inclusive com o comparecimento do novo Pontífice (Papa Francisco), seja pelo fato de milhares de jovens terem saído às ruas de todo o país, em junho, reivindicando novos padrões de ética e de moralidade por parte da classe política e dos governantes em geral.

## **2. DOS SUJEITOS DESTINATÁRIOS E DA PRINCIPIOLOGIA**

Nada obstante o art. 1º, § 1º do Estatuto considerar como jovens as pessoas com idade entre 15 e 29 anos, o § 2º do mesmo artigo estabelece que aos adolescentes entre 15 e 18 anos aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90) e, excepcionalmente, o Estatuto da Juventude, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente.

De logo, merece destaque a circunstância de que o legislador brasileiro foi mais abrangente na cobertura etária dos destinatários, ultrapassando, mesmo, a previsão existente na Convenção Ibero-Americana dos Direitos dos Jovens (2005), que delimitou tais pessoas como sendo aquelas com idade compreendida entre 15 e 24

anos. Ressalte-se, no entanto, que, ao criar a Secretaria Nacional de Juventude, ainda em 2005, a Lei nº 11.129/05, em seu art. 11, já previa que seu campo de atuação teria por alvo jovens entre 15 e 29 anos, cujas balizas, tudo indica, serviram de imediata referência para o legislador do diploma juvenil pátrio.

Incurcionando, agora, no âmago do Estatuto da Juventude, verifica-se que ele se acha estruturado em dois únicos títulos. O primeiro deles, situado entre os arts. 1º a 38, dispendo sobre os direitos e sobre as políticas públicas de juventude, ao passo que o segundo, localizado entre os arts. 39 a 47, trazendo os lineamentos informadores do Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE.

No âmbito do título I, merece pronto destaque a principiologia demarcada no art. 2º, onde se indica como importantes vetores a promoção da autonomia e emancipação dos jovens, sinalizando-se no sentido de sua participação social e política e assegurando-se o respeito à identidade e à diversidade individual e coletiva da juventude, livre de discriminação.

Em seguida, o art. 3º preconiza uma série de diretrizes gerais que, exemplificativamente, passam não apenas pela integração internacional entre os jovens (na perspectiva de um mundo globalizado), como também pela integração das políticas públicas de juventude com os Poderes Legislativo e Judiciário, com o Ministério Público e com a Defensoria Pública, em ordem a assegurar eficaz interlocução com esses importantes espaços institucionais.

### **3. DOS DIREITOS DOS JOVENS**

Já no plano específico dos direitos dos jovens, o Estatuto procurou disciplinar uma variada gama de interesses ligados a essa faixa etária, iniciando por dispor acerca de direitos relacionados à cidadania, à participação social e política e à representação juvenil (arts. 4º a 6º), de que é expressivo exemplo a referência à efetiva inclusão dos jovens nos espaços públicos de decisão, com direito a voz e voto.

Logo após, nos domínios do direito à educação (arts. 7º a 13), a par de reafirmar algumas orientações já existentes na Constituição Federal, o Estatuto particulariza, com bastante ênfase, direitos relativos a jovens com deficiência, como o ensino da Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS e, em geral, a inclusão de jovens com deficiência no ensino regular, ressalvadas as adaptações necessárias a cada pessoa, tudo isso, aliás, em estreita sintonia com os padrões firmados principalmente no art. 24 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU/2007), cujo diploma internacional, sabe-se, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 6.949/2009, erigindo-se essa Convenção no primeiro (e até agora único) documento internacional de direitos humanos a amearhar status de emenda constitucional, decorrente da observância do procedimento previsto no art. 5º, § 3º da CF. Por fim, ainda no plano da educação, consta expressa previsão em torno de políticas afirmativas em benefício de jovens negros, indígenas e alunos oriundos da escola pública.

Adiante, no campo do direito à profissionalização, ao trabalho e à renda (arts. 14 a 16), tendo por alvo específico os jovens acima de 18 anos (abaixo dessa idade, há remissão às regras protetivas do ECA), o legislador do Estatuto, atento às diversas realidades de um país continental como o Brasil, centrou preocupação em frentes como a repulsa à exploração e precarização do trabalho juvenil, a criação de linha de crédito especial destinada aos jovens empreendedores e, ainda, apoio ao jovem trabalhador rural e ao jovem trabalhador com deficiência.

Prosseguindo, o Estatuto assinala regras atinentes ao direito à diversidade e à igualdade (arts. 17 e 18), despontando a vedação de discriminação em função de etnia, raça, cor da pele, cultura, origem, idade, sexo, orientação sexual, idioma, religião, opinião, deficiência e condição social ou econômica. Para tanto, estimula-se ações do poder público, seja por intermédio da capacitação de professores, seja pela inserção dos respectivos temas nos conteúdos curriculares.

À frente, no campo do direito à saúde (arts. 19 e 20), após reiterar o primado do acesso universal e gratuito ao Sistema Único de Saúde-SUS, o Estatuto contempla, destacadamente, ações a serem adotadas relativamente ao consumo de álcool, tabaco e outras drogas, à saúde sexual e reprodutiva, prevendo a inclusão desses assuntos em projetos pedagógicos e em campanhas educativas. Tais prescrições, não há negar, deverão ser direcionadas ao enfrentamento de questões altamente preocupantes nos dias que correm, como sucede com a disparada no consumo de “craque” e de bebidas alcoólicas pelos jovens ou, ainda, com os elevados índices de gravidez precoce entre jovens adolescentes.

Passo seguinte, o legislador disciplina o direito à cultura (arts. 21 a 25), dentre todos, o que recebeu tratamento em maior extensão. Como referido ao início, esse foi o segmento que mais despertou a atenção no ambiente midiático, porquanto nele se assegurou o direito à meia-entrada em eventos culturais e esportivos para jovens de até 29 anos pertencentes a famílias de baixa renda, bem como para estudantes, na forma de ulterior regulamento, limitada a benesse a 40% do total de ingressos disponíveis para cada evento. O meio artístico, como era de se esperar, reagiu mal a essas inovações, sob o argumento de aventada perda de faturamento. Cabe, *a latere*, referir que a Lei Geral da Copa (Lei nº 12.663/12), anterior ao Estatuto da Juventude, já havia previsto, em seu art. 26, a garantia de meia-entrada em prol de estudantes, de idosos e de pessoas inscritas em programas de transferência de renda, em harmonia, nesse ponto, com o Estatuto da Juventude, o mesmo não ocorrendo, porém, quanto à disponibilização de 40% do total de ingressos. Finalizando o presente tópico, cabe salientar que o Estatuto se ocupa de vários outros aspectos ligados à cultura, igualmente relevantes para a juventude, tais como a previsão de que o poder público destinará, no âmbito dos respectivos orçamentos, recursos financeiros para o fomento dos projetos culturais destinados aos jovens e por eles produzidos, bem como expressa autorização para que pessoas físicas ou jurídicas possam optar pela aplicação de parcelas do imposto de renda a título de doações ou patrocínios, de que trata a Lei Rouanet (Lei

nº 8.313/91), no apoio a projetos culturais apresentados por entidades juvenis legalmente constituídas há, pelo menos, 1 ano.

Em sequência, trata o Estatuto do direito à comunicação e à liberdade de expressão (arts. 26 e 27), dispondo, ilustrativamente, sobre ações do poder público orientadas à promoção da inclusão digital, bem assim medidas que promovam as redes e plataformas de comunicação dos jovens. Hodiernamente, itens como comunicação virtual, redes sociais de computador e conectividade fazem parte do dia-a-dia da juventude brasileira, devendo-se ampliar a utilização dessas tecnologias dentre todos, com velocidade e da forma mais democrática possível, equipando-se principalmente as escolas públicas frequentadas por alunos jovens de menor poder aquisitivo.

Adiante, o Estatuto regula o direito ao desporto e ao lazer (arts. 28 a 30), assentando que o jovem tem direito à prática desportiva destinada a seu pleno desenvolvimento, com prioridade para o desporto de participação. A tanto, tal direito deverá considerar a condição peculiar do jovem como pessoa em desenvolvimento. No propósito de melhor assegurar a efetivação desse direito do jovem, desponta orientação no sentido de que todas as escolas deverão buscar pelo menos um local apropriado para a prática de atividades poliesportivas. Em breve, vale lembrar, o Brasil estará sediando as Olimpíadas de 2016, sendo lícito acreditar que haverá, sob a inspiração de tais jogos, grandes esforços governamentais para estimular a formação de jovens atletas competidores, como fator para melhor qualificar a participação brasileira em competições internacionais.

Sobrevém o trato em torno do direito ao território e à mobilidade (arts. 31 a 33), aí incluída a promoção de políticas públicas de moradia, circulação e equipamentos públicos, no campo e na cidade. Alvitra-se, aqui, a reserva de duas vagas gratuitas e de outras duas com desconto de 50%, por veículo, destinadas aos jovens de baixa renda, sem prejuízo de futuras políticas, articuladas entre os três níveis da federação, objetivando a oferta de transporte público subsidiado para os jovens, com prioridade para aqueles em situação de pobreza e vulnerabilidade.

Assomam, em seguida, lineamentos concernentes ao direito à sustentabilidade e ao meio ambiente (arts. 34 a 36), mediante a previsão de adequada educação ambiental e incentivo à participação dos jovens na elaboração das políticas ambientais e em projetos de geração de trabalho e renda, que visem ao desenvolvimento sustentável nos âmbitos rural e urbano. Em verdade, deposita-se muita esperança nas novas gerações, no que respeita à conscientização quanto ao uso equilibrado e sustentável dos recursos naturais do planeta, revelando-se absolutamente oportuna a inserção desse tema na agenda legal da juventude.

Cuida o Estatuto, por derradeiro, do direito à segurança pública e ao acesso à justiça (arts. 37 e 38). Dentre outras diretrizes, aponta-se para a prevenção e enfrentamento da violência. As estatísticas policiais tem se mostrado alarmantes quanto ao número de assassinatos de jovens, designadamente os menos abastados do ponto de vista econômico e, dentro desse grupo, expressivamente os jovens negros. Daí a firme opção pela priorização de ações voltadas para os jovens em situação de risco, vulnerabilidade social e egressos do sistema penitenciário nacional. Disponibiliza-se, noutro sentido, o acesso ao aparelho da Defensoria Pública. Necessário e inadiável o máximo empenho do poder público no enfrentamento dessa questão.

Finalizando, trata-se de um leque de direitos essenciais que, por não se afigurar como *numerus clausus*, não exclui nem infirma direitos outros que, descortinando-se inerentes à juventude, também merecerão idêntica proteção do Estado.

#### 4. DO SISTEMA NACIONAL DE JUVENTUDE - SINAJUVE

No intuito de potencializar e dar concretude aos direitos antes referidos, o Estatuto concebe a instituição do Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE (arts. 39 a 47), a ser detalhado em regulamento. Tal sistema, na plenitude de seu funcionamento, exigirá atuação articulada das autoridades governamentais no três níveis da federação, ou seja, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios,



cada um deles uma vasta série de competências. Em tal cenário, caberá à União não apenas estabelecer diretrizes sobre a organização e o funcionamento do SINAJUVE, como também elaborar o Plano Nacional de Políticas de Juventude, o que deverá ser feito em parceria com as demais instâncias federativas, com a sociedade e, em especial, com a juventude, enquanto efetiva destinatária desse trabalho. Incumbirá à União, por igual, convocar e realizar, em conjunto com o Conselho Nacional de Juventude (este, aliás, já existente e em funcionamento desde 2005, fruto da Lei nº 11.129/05), as Conferências Nacionais da Juventude, com intervalo máximo de 4 anos.

Simetricamente, o Estatuto prevê que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal também elaborem seus respectivos planos locais de políticas para a juventude, sempre em conformidade com os planos que lhes sejam hierarquicamente superiores. Igualmente, e observado o mesmo intervalo quadrienal, deverão realizar suas respectivas Conferências da Juventude.

Indica-se, também, a cooperação e a adoção de cofinanciamento entre os entes federados envolvidos, como mecanismo capaz de assegurar a execução de programas, ações e projetos das políticas públicas de juventude. No tocante aos Municípios, vai autorizada, inclusive, a instituição de consórcios públicos, nos termos da Lei nº 11.207/05, que disciplina esse modelo de parcerias.

No que tange aos Conselhos da Juventude, leis no âmbito federal, estadual, municipal e do Distrito Federal disporão sobre a sua organização, observando-se, na composição de cada um deles, compulsória participação da sociedade civil, com representação no mínimo paritária em relação aos representantes do poder público. Tocarà aos Conselhos auxiliar na elaboração de políticas públicas de juventude, que promovam o amplo acesso dos direitos dos jovens. Além disso, terão o importante papel de assessorar o Poder Executivo, a que vinculados, na elaboração das propostas orçamentárias, podendo, com isso, monitorar a imprescindível canalização de recursos financeiros necessários à efetivação das políticas prévia e democraticamente

deliberadas. Cuidou o legislador, também, de assegurar que, no interesse dos adolescentes com idade entre 15 e 18 anos, continuará cabendo aos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente (previstos no art. 88 do ECA) deliberar e controlar as respectivas ações.

Finalizando, cumpre realçar que, já no ano de 2005, por meio da Lei nº 11.129/05, foram criados o Conselho Nacional da Juventude (Conjuve) e a Secretaria Nacional de Juventude (SNJ), ambos vinculados à Secretaria-Geral da Presidência da República. O Conjuve, primeiro conselho específico para jovens na América Latina, é composto por 1/3 de representantes do Poder Público e 2/3 de representantes da sociedade civil, vale dizer, em conformidade com os critérios de paridade gizados no vigente Estatuto da Juventude. Ademais disso, também no ano de 2005, o governo federal instituiu a Política Nacional de Juventude (informações extraídas do sítio <http://www.juventude.gov.br/sobre-a-secretaria/view>). É de se acreditar então que, com a entusiasmada e cívica participação da sociedade civil e das demais instâncias governamentais, a experiência haurida ao longo de quase uma década por essa estrutura federal possa contribuir em muito para a rápida difusão e efetivação dos altos propósitos encartados no Estatuto da Juventude, beneficiando diretamente a um público de pelo menos 50 milhões de brasileiros que atualmente (2014) se encontram com idade entre 15 e 29 anos.

## 5. CONCLUSÃO

O Estatuto da juventude se traduz em vigorosa ferramenta jurídico-legal que, ao regulamentar o art. 227 da Constituição Federal (com os acréscimos advindos da EC 65/2010), traz novo alento a milhões de jovens brasileiros com mais de 18 anos, os quais, já fora do transitório manto protetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente e vivendo num país historicamente marcado por desigualdades de toda ordem, necessitam do conjugado e permanente empenho das autoridades governamentais e da sociedade civil na formulação e execução de políticas públicas capazes de lhes assegurar o acesso e a fruição de direitos nomeadamente elementares.



**DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES.  
DO ADIMPLEMENTO E  
EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES**



*Paulo Dias de Moura Ribeiro*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES.  
DO ADIMPLEMENTO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES**  
*Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro*

**1.- APRESENTAÇÃO**

O objetivo deste estudo é retratar um quadro comparativo do cumprimento das obrigações ou do adimplemento delas, conforme querem os Códigos Cíveis português e brasileiro para se extrair uma conclusão sobre a inserção no regramento processual brasileiro a propósito da possibilidade de se poder extinguir uma obrigação através de uma transação compulsória, assim como os efeitos jurídicos daí decorrentes.

Para isso, se fará um paralelo entre o Código Civil português (CCP), e o Código Civil brasileiro (CCB), examinando o conteúdo das obrigações e suas fontes num e noutro país, assim como a base jurídica para se ter certeza do rompimento satisfatório do vínculo jurídico que uniu o credor e o devedor.

Após, se poderá analisar os efeitos da transação compulsória trazida pelo art. 745-A, do CPC, e as suas consequências no mundo jurídico.

## 2.- CONTEÚDO DAS OBRIGAÇÕES PARA O DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

A teor do art. 397, do CCP, obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação.

E segundo o art. 398, do CCP, o conteúdo da prestação, positivo ou negativo, pode ser livremente fixado, dentro dos limites da lei pelas partes.

Não bastasse, o art. 399, do CCP, admite o ajuste de prestação de coisa futura, sempre que a lei tanto não proíba.

Segue, por conseguinte, embora não estampado expressamente como no nosso CC, que o Direito português admite as mesmas modalidades das obrigações dos romanos (dar e fazer = positivas; não fazer = negativas, arts. 232 e ss, do CCB).

O conceito legal antes destacado vai encontrar base segura na doutrina de ANTUNES VARELA para quem a obrigação se define como *“o vínculo jurídico por força do qual uma pessoa tem o poder de exigir de uma outra certo comportamento (prestação), para satisfação de um interesse digno de protecção legal.”*<sup>1</sup>

Por seu turno, MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, adotando o conceito do art. 397, do CCP, acrescenta que a obrigação deve ser entendida como o *“vínculo jurídico mercê do qual uma ou mais pessoas podem exigir ou pretender, de outra ou de outras, uma prestação.”*<sup>2</sup>

O CCB, anterior e atual, não conceituou a obrigação, deixando a tarefa para a doutrina.

No particular, não se pode deixar à colação a lição de CLOVIS BEVILAQUA para quem *“obrigação é a relação transitória de direito,*

---

<sup>1</sup> *Das Obrigações em Geral*, Almedina, Coimbra, 1973, 2ª edição, pág. 50.

<sup>2</sup> *Direito das Obrigações*, Atlântida Editora, Coimbra, 1968, pág. 22.

*que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que por ato nosso de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.*<sup>3</sup>

Em suma, o que se pode extrair das citações antes destacadas, numa apertada síntese, é que o direito das obrigações abrange um sistema de normas jurídicas que regulam uma relação de crédito porque o conteúdo delas sempre revelam uma prestação economicamente apreciável.

## 2.- FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Para o CCP as fontes das obrigações são os contratos celebrados livremente dentro dos limites da lei (art. 405).

Por tal dizer, se compreende que a regra caminha de mãos dadas com o nosso CC (art. 421), para o qual a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, já que os contratantes durante as tratativas e na execução do contrato deverão observar os princípios da probidade e boa-fé (art. 422, CCB).

Acresça-se que para a nossa Constituição Federal (CF), art. 5º, II, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Vai daí ambos os regramentos adotam como fontes das obrigações a lei e o contrato.

Mas, também numa expressão mais simples, se pode dizer que o contrato, luso ou pátrio, só tem eficácia entre as partes porque a lei assim o estabelece. Por isso, viável se dizer que a fonte imediata da obrigação é a lei.

---

<sup>3</sup> *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Livraria Francisco Alves, Rio, São Paulo, Belo Horizonte, 1958, vol. IV, pág. 6.



### 3.- DO CUMPRIMENTO E DO PAGAMENTO

Para o CCP o nosso adimplemento da obrigação se dá pelo cumprimento, ou seja, pela realização voluntária da prestação devida (art. 762). E esse cumprimento só se faz pela realização integral da prestação, não por partes, exceto se outro regime for convencionado ou imposto por lei (no particular, o CCP faz remissão à compensação de dívidas de montantes diversos, art. 847, 2 e, às regras supletivas para a imputação do pagamento, art. 784).

Anote-se que a prestação também pode ser efetuada por um terceiro, interessado ou não no seu cumprimento, salvo oposição do credor em casos em que não houver sub-rogação (arts. 767 e 768, do CCP).

De qualquer forma, se nota com clareza que o cumprimento da obrigação segundo o CCP, pode ser traduzido como negócio jurídico porque exige agentes capazes, vontade de cumprir, objeto lícito e forma (= quitação, art. 787).

Para o nosso CC, o cumprimento da obrigação do CCP se faz pelo adimplemento dela, que leva à sua extinção, através do pagamento, que também é negócio jurídico (a par de divergências a respeito), porque de igual modo exige agentes capazes, vontade de pagar, objeto lícito e forma adequada (=quitação, sob pena de retenção, arts. 319 e 320).

No mesmo viés do direito português, também para nós, o credor não está obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, mesmo que mais valiosa (art. 313, princípio da identidade), e em consequência, ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser constrangido a receber por partes, se assim não se convencionou (art. 314, princípio da integralidade).

Há uma diferença quanto ao pagamento de terceiro, interessado ou não, no CCB. Isso porque, para o nosso CC, além do devedor, qualquer interessado na extinção da dívida (aquele que tem vínculo com o negócio em caráter acessório, como o garantidor), pode pagá-la (art. 304), mas o terceiro não interessado, também pode pagar para obter reembolso (art. 305), assim como também o terceiro não interessado pode pagar, se o

fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição (justa, razoável), deste (art. 304, parágrafo único).

#### **4.- ROMPIMENTO DO PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE**

O CCP e o CCB assentaram o princípio da integralidade para o cumprimento ou para o adimplemento da obrigação (arts. 763 e 314, respectivamente), como já destacado.

A nota interessante veio para o Direito brasileiro para as obrigações pecuniárias, não pelo CC, mas pela introdução do art. 745-A, do Código de Processo Civil (CPC), que permitiu que no prazo dos embargos, reconhecendo o devedor o crédito do exequente, facultou àquele a possibilidade de depositar 30% do valor devido, mais custas e honorários, requerendo que lhe seja permitido pagar o restante em 6 parcelas acrescidas de juros e correção monetária (a novidade foi introduzida pela Lei 11.382, de 6/12/06).

O que importa destacar é que parece que se está diante de uma transação forçada ou compulsória.

A transação, tanto no CCP como no CCB, é um contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio, deduzido ou não em juízo, mediante concessões recíprocas que envolvam questão de direito disponível (arts. 1.248/9 e 840/1, respectivamente).

A leitura do art. 745-A, do CPC, choca juridicamente porque a transação depende de manifestação de vontade, o que é descartado pela norma inovadora.

Constata-se, então, que a nova regra rompeu com o princípio da integralidade do pagamento e parece estar infringindo o sistema jurídico posto.

Não se ignora que tem sido dramática a história do homem e das suas instituições jurídicas em dar solução à tríade democracia-liberdade-igualdade.

Por outro lado, o princípio sociológico da simetria funciona como exigência de crescente acesso de todos ao suprimento das suas

necessidades básicas, o que condiz com a dignidade humana, princípio maior de toda democracia.

O Direito vem evoluindo para se deixar de lado o método interpretativo da “intenção do legislador” ou da “vontade da lei”. Agora, o que se busca é o sentido e a orientação da regra jurídica, em que direção ela vai, o que ela carrega consigo. Isto só pode ser encontrado se diante dos fatos, a regra estiver conforme a direção das normas e dos princípios constitucionais.

Essa é a nova realidade jurídica que se tem com os direitos de terceira geração ou dimensão, fundados na fraternidade e na solidariedade, ensejando regramentos abrangentes da dignidade, como o Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, novos direitos sociais, etc.

A propósito, a lição de ALEXANDRE DE MORAES merece ser destacada porque para ele, após os direitos fundamentais de primeira geração, consubstanciados nas liberdades públicas, surgidos a partir da *Magna Charta*, sobrevieram os de segunda geração, que aninham os direitos sociais, econômicos e culturais surgidos no início do século passado (vinculados ao trabalho, seguro social, subsistência, o amparo à doença e à velhice). Agora se revelam os direitos fundamentais de terceira geração, “os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.”<sup>4</sup>

Na conclusão do autor em comento, lastreado na doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar a lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> *Direito Constitucional*, Atlas, 24ª edição, 2009, págs. 31 e 32.

<sup>5</sup> *Opus cit.*, pág. 32.

Neste caminhar, possível pensar que a transação compulsória ou forçada está conforme a nossa Constituição Federal e os novos direitos fundamentais que ela encampa.

Aqui, então, a título de direitos da terceira dimensão ou geração, cabe destacar os princípios maiores a partir do Preâmbulo da nossa CF (bem-estar, igualdade, sociedade fraterna) e da própria CF, como a Dignidade Humana (art. 1º, III); Sociedade Justa e Solidária para erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I e III); Prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II); Direitos decorrentes dos Tratados Internacionais (art. 5º, § 2º, ex.- Carta da ONU – Preâmbulo – justiça e direitos fundamentais do homem); Existência Digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, II).

Com base nos destaques feitos, é juridicamente viável se admitir que a regra da transação compulsória está conforme a nossa CF porque nada mais digno que permitir que o devedor se libere das suas obrigações, recebendo regular quitação.

### **5.- CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA TRANSAÇÃO COMPULSÓRIA**

A introdução da regra da nova regra facilitadora do cumprimento da obrigação pecuniária, rotulada de “*medida há muito acalentada*” pelos ARRUDA ALVIM e ARAKEN DE ASSIS<sup>6</sup> parece consagrar direito potestativo ao devedor porque ainda que haja a possibilidade do credor não aceitar o parcelamento, difícil será o indeferimento da benesse.

É certo que a obra em destaque realça a hipótese do credor rechaçar o parcelamento, mesmo preenchidos os requisitos legais, se “*o executado possuir, comprovadamente, dinheiro suficiente à solução integral e imediata da dívida.*”<sup>7</sup>

Também não se discute que se o devedor agir na forma da regra em comento perderá o prazo para o oferecimento de impugnação ao

---

<sup>6</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, GZ Editora, Rio, 2012, pág. 1.180.

<sup>7</sup> *Opus cit.*, pág. 1.180.

valor da obrigação exigido. Mas, a hipótese de indeferimento, parece de um implacável vazio, porque admitido o exercício da faculdade pelo devedor, deve o requerimento ser acolhido de forma inexorável, desde que preenchidas as formalidades prescritas na norma.

A doutrina de CARREIRA ALVIM não discrepa quanto ao exercício da faculdade que ele rotula de uma espécie de “*injunção reconhecida ao executado, em proveito do exequente, quando reconhecer o crédito constante do título executivo objeto da execução*”. Por isso, lembra que se o devedor “*vier a exercer essa faculdade de injuncionar, terá reconhecido a dívida para com o exequente e renunciado aos embargos, que não poderão ser mais opostos por falta de interesse processual*.”<sup>8</sup>

Divergências jurisprudenciais estão surgindo, claro. O Tribunal de Justiça de São Paulo já fixou o entendimento de que a regra só admite o parcelamento na execução por título extrajudicial, afastando a sua incidência, por incompatibilidade, no procedimento de cumprimento de sentença.<sup>9</sup>

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em posição contrária, se pronunciou no sentido de que o art. 475-R, do CPC expressamente prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial, naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença e por isso admitiu o parcelamento como forma de cumprimento espontâneo da sentença, dentro do prazo do art. 475-J, do CPC, o que afasta até a incidência da multa ali prevista.<sup>10</sup>

Também entendeu o STJ que o direito ao parcelamento não é um direito potestativo do devedor e nem que o Juiz de Direito é um mero homologador de tal pedido, pois ensinou que o credor pode impugnar a pretensão desde que apresente motivo justo e fundamentado. Por isso,

---

<sup>8</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*, Juruá Editora, vol. 10, pág. 165.

<sup>9</sup> JTJ 330/112, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> VERA ANGRISNI; e, JTJ 349/48, Rel. Des. \*

<sup>10</sup> REsp 1.264.272, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

o Juiz poderá afastar a impugnação do credor que agir de forma abusiva, contra a boa-fé, uma vez que a proposta lhe é vantajosa, principalmente pelo levantamento dos 30%, acrescido do fato de poder prosseguir na execução pelo remanescente, na hipótese de não pagamento do saldo.<sup>11</sup>

Um caso criminal julgado pela 5ª Turma do STJ em que se discutiu a possibilidade de aplicação analógica do benefício da extinção da punibilidade prevista para crimes tributários em furto de energia elétrica, se enveredou pela possibilidade da incidência do art. 745-A, do CPC, sob a ótica de fazer desaparecer este último crime porque o pagamento implicou retratação do consumidor. Ali se assentou que *“mesmo sem se cogitar de aplicação analógica da lei tributária, com o pagamento do débito admitido pela lei, quer pela transação voluntária realizada, quer pela transação compulsória permitida pela nova ordem instituída pelo art. 745-A, do CPC, a paciente demonstrou arrependimento e se retratou do ilícito, razão pela qual deve ser reconhecida a extinção da punibilidade, pela ausência de prejuízo à fornecedora.”*<sup>12</sup>

Entretanto, o pedido da benesse do parcelamento não pode ser deduzido de forma aleatória, quando bem entender o devedor, porque a *“jurisprudência do STJ efetivamente se consolidou no sentido de que, não obstante seja cabível fracionar o pagamento da dívida na fase de cumprimento de sentença, deve o pleito ser formulado dentro do prazo de 15 dias constante do art. 475-J, “caput”, do CPC”*<sup>13</sup>, afastando a possibilidade quando da fase de praxeamento do bem.

Há um outro caso, bastante interessante, em que se permitiu o parcelamento nos termos da regra em destaque para um débito alimentar. Destacou o Relator, após realçar a boa-fé do devedor que ele já havia

---

<sup>11</sup> REsp 1.264.272, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

<sup>12</sup> *Habeas Corpus* nº 252.802-SE, Relator Min. JORGE MUSSI, voto-vogal Min. MOURA RIBEIRO.

<sup>13</sup> AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 22.312-RJ, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO.

depositado o equivalente a 30% da dívida que *“seria de rigor excessivo não permitir o parcelamento da dívida, o que não se coaduna com o próprio fim da execução que é a satisfação do crédito, ainda mais aqui diante da demonstração de pagamento de parte substancial do valor devido.”*<sup>14</sup>

## 6.- CONCLUSÃO

a) Os poucos casos práticos trazidos à colação, aliados à posição doutrinária citada, demonstram o quanto a novidade legislativa veio influenciar no sistema jurídico do cumprimento da obrigação que implicar a sua extinção pelo pagamento não integral forçado.

b) A nova forma de extinção da obrigação não afronta o princípio da integralidade do pagamento e bem se amolda aos direitos de terceira geração ou dimensão que têm domicílio na fraternidade e na solidariedade.

c) Bem-vinda a nova regra brasileira que o direito luso poderá abraçar.

---

<sup>14</sup> AREsp 431.644-SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

## TRIBUTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS



*Regina Helena Costa*  
Ministra do Superior Tribunal de Justiça





TRIBUTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>  
*Ministra Regina Helena Costa*<sup>2</sup>

***1. Introdução. 2. Disciplina constitucional da tributação. 3. A conexão entre tributação e direitos fundamentais. 4. O princípio da não-obstância do exercício de direitos fundamenais por via da tributação. 5. Exigência de tributos e exercício de direitos fundamentais. 6. Conclusão.***

1. Tema constitucional merecedor de toda a atenção é a relação entre tributação e direitos fundamentais.

Para bem situarmos as considerações a serem efetuadas, cumpre-nos relembrar, primeiramente, o conceito de *tributação*, cuja conexão com os direitos fundamentais adiante examinaremos.

Dentre as múltiplas incumbências a cargo do Estado está a tributação, que consiste, singelamente, na atividade estatal abrangente da instituição, da arrecadação e da fiscalização de tributos.

---

<sup>1</sup> Texto elaborado a partir do nosso *Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013, Parte I, Capítulo I.

<sup>2</sup> Livre-docente em Direito Tributário, Mestre e Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora da Faculdade de Direito e dos Cursos de Pós-graduação em Direito da PUC/SP. Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

Remarque-se consistir a instituição de tributos atividade típica do Estado, indelegável e exercida mediante lei, em sentido formal e material (art. 150, I, CR).

Já a arrecadação e a fiscalização tributárias constituem competências administrativas e, portanto, passíveis de delegação a pessoas de direito público ou privado (art. 8º, CTN).

Na contemporânea concepção de Estado, a tributação revela-se autêntico *poder-dever*, cujo exercício traduz-se no emprego de instrumentos que lhe possibilitem a obtenção dos recursos necessários ao desempenho de suas atividades.

Com efeito, a prestação de serviços públicos e a manutenção do patrimônio coletivo implicam elevados gastos, daí porque o Estado, como regra, não pode prescindir de exigir de seus administrados prestações de caráter compulsório qualificadas como tributos.

Nesse contexto, é sempre oportuno lembrar que as relações de direito público, gênero no qual se inserem as relações tributárias, apresentam, como traço marcante, a *bipolaridade*, a significar que nelas estão presentes dois valores em constante tensão: de um lado, a *autoridade do Poder Público*; de outro, a *liberdade individual*.

Nas relações tributárias tal tensão é evidente, uma vez que o Estado titulariza o direito de atingir o direito de propriedade do particular, e, em consequência, a liberdade deste, absorvendo compulsoriamente parte de seu patrimônio, devendo, contudo, respeitar uma multiplicidade de normas de proteção ao contribuinte.

A esse direito estatal, consubstanciado na supressão de parcela do patrimônio dos sujeitos, para a sustentação das necessidades coletivas, consoante um regime jurídico vinculante, corresponde, evidentemente, um dever, por parte daqueles, de satisfazer tal obrigação, em prol da sociedade.

Em síntese, ao direito estatal de tributar corresponde um dever do administrado de arcar com o ônus de ser tributado, o que lhe viabiliza, em contrapartida, o exercício de outros direitos.

2. Recordado o conceito de tributação, essencial ao exame do tema proposto uma brevíssima dissertação sobre seu regramento constitucional.

A Constituição da República, à evidência, é a principal fonte do Direito Tributário no Brasil. Disciplina o sistema tributário nacional em seus arts. 145 a 162, abrigando os lineamentos para o adequado exercício da ação estatal de exigir tributos.

Peculiaridade do direito brasileiro é o fato de o sistema tributário estar delineado essencialmente na própria Constituição, diversamente do que se dá na maioria dos países, nos quais o texto fundamental dedica pouca atenção à disciplina da tributação, regrada, primordialmente, pela legislação infraconstitucional.<sup>3</sup>

Dessa característica extraem-se, facilmente, duas consequências relevantíssimas para a adequada compreensão dos parâmetros a serem observados pelo legislador e administrador tributários.

A primeira, consistente no fato de que, se a Constituição brasileira é *rígida*, por contemplar um processo especial para sua modificação, mais complexo do que aquele previsto para a elaboração de uma lei ordinária, tal *rigidez* transmite-se ao Sistema Tributário Nacional, que somente pode ser modificado, em sua estrutura básica, por meio de emenda constitucional (art. 60).

E a segunda consequência, consoante a qual toda modificação, a ser implementada no plano infraconstitucional, deverá atentar às balizas preestabelecidas na Lei Maior, o que resulta na *restrita liberdade* outorgada aos legisladores ordinário e complementar para dispor sobre a tributação – e, obviamente, em nenhuma liberdade outorgada ao administrador público nessa seara.

---

<sup>3</sup> Vejam-se, por exemplo, as Constituições da Argentina (1853), da Espanha (1978), da França (1958) e da Itália (1947), que dedicam apenas dois ou três artigos ao trato de matéria tributária.

A rigidez do sistema e a diminuta liberdade conferida aos legisladores e aplicadores da lei tributária encerram limitações diversas, dentre as quais se destacam as chamadas cláusulas pétreas.

*Cláusulas pétreas* são normas constitucionais que consignam valores imutáveis para o Estado brasileiro. Estampadas no art. 60, § 4º, CR,<sup>4</sup> interessam de perto à tributação as referentes à impossibilidade de, por meio de emenda constitucional, veicular-se qualquer dispositivo que conduza à abolição da forma federativa de Estado, da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais.

A Federação pode ser classicamente definida como a forma de Estado consubstanciada na autonomia recíproca entre a União e os Estados-membros. No Brasil, a Federação conta com tríplice ordem jurídico-política, diante da autonomia igualmente outorgada aos Municípios (art. 1º, CR).

Assim, seja qual for a proposta de alteração do sistema tributário, deverá ela observar, necessariamente, a *repartição de competências* inerente ao modelo federativo adotado.

Do mesmo modo, o *princípio da separação dos poderes*, proclamado no art. 2º da Constituição da República, diz diretamente com o perfil das competências tributárias, na medida em que, uma vez estabelecido que a *lei* é o instrumento necessário ao exercício da tributação (arts. 5º, II, e 150, I, CR), pouco podem os atos do Poder Executivo nesse âmbito, sob pena de ofensa ao aludido princípio.

Ainda, os *direitos e garantias individuais* constituem barreiras intransponíveis à introdução de inovações no sistema tributário, uma vez que limitam a própria ação estatal de exigir tributos.

Os direitos individuais contemplados na Constituição são considerados *direitos fundamentais*, assim entendidos aqueles sujeitos a regime jurídico diferenciado, que lhes dispensa maior proteção.

---

<sup>4</sup> Art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; e IV – os direitos e garantias individuais”.

E os tributos atingem, obrigatoriamente, dois direitos fundamentais: o direito à *propriedade* e o direito de *liberdade*.

O primeiro é alcançado direta e imediatamente pela tributação, porque o tributo consiste em prestação pecuniária compulsória, devida por força de lei, implicando sua satisfação, obrigatoriamente, a diminuição do patrimônio do sujeito passivo, diminuição essa que, no entanto, jamais poderá caracterizar confisco (art. 150, IV).

Por outro lado, o direito de liberdade é alcançado pelo tributo de modo indireto, de acordo com os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, porquanto sua exigência pode modular comportamentos dos contribuintes.

Outros direitos fundamentais também devem ser considerados pela tributação, uma vez que por ela alcançados de forma indireta, como veremos adiante.

Em síntese, sendo a Constituição da República a mais importante fonte do Direito Tributário, em razão da minudente disciplina que ostenta, vincula fortemente o conteúdo das leis complementares e ordinárias nesse âmbito.

**3.** Posto isso, é tempo de analisarmos a conexão existente entre tributação e direitos fundamentais.

Convém definamos, inicialmente, o que se deva entender por estes últimos.

Não desconhecendo a divergência terminológica verificada a respeito, podemos afirmar que os direitos fundamentais são aqueles considerados inerentes à própria natureza do homem.<sup>5</sup>

A qualificação de direitos constitucionais como fundamentais reside no regime jurídico de especial proteção que a Constituição lhes

---

<sup>5</sup> Usualmente, a expressão “direitos fundamentais” corresponde a “direitos humanos”, “direitos naturais”, “direitos civis”, “liberdades públicas” e “direitos públicos subjetivos”, todas utilizadas com a mesma significação.

outorgou, traduzido, essencialmente, pelo nível singular de proteção de suas normas, por constituírem os direitos e garantias fundamentais cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), e pela aplicação imediata de seus preceitos (art. 5º, § 1º).

É esse regime jurídico diferenciado, estampado num conjunto normativo de *status* constitucional, revestido de rigidez e tópicos imutáveis, bem como aplicabilidade imediata, que qualifica determinados direitos como fundamentais, dedicando a Lei Maior vasto instrumental para a sua tutela.<sup>6</sup>

Assim entendido o conceito de direitos fundamentais, exsurge evidente que a ação estatal de exigir tributos toca-os diretamente.

Essa relação necessária revela-se, especialmente, mediante a *eleição dos fatos que o legislador constituinte apreende nas regras-matrizes de incidência tributária* e pela *maneira pela qual o Estado exerce a atividade tributante*.

Os fatos abrigados nas regras-matrizes de incidência hão de ser, sempre, de significativo conteúdo econômico, de modo a conferir suporte à exigência de tributos. E a tributação, por sua vez, há de ser desenvolvida dentro dos balizamentos constitucionais, impondo-se a edição de leis tributárias com a observância dos princípios pertinentes, a adoção de uma conduta ética no exercício da fiscalização, a lisura dos procedimentos administrativos e a edição, pelo Fisco, de atos normativos nos estritos limites legais, dentre outras providências.

Interessante observar que os direitos fundamentais dão suporte à atividade tributante do Estado, ao mesmo tempo em que configuram limites intransponíveis a essa mesma atividade.

Pois bem. O tributo, como mencionado, atinge obrigatoriamente dois direitos fundamentais do homem: o direito à propriedade privada e o direito de liberdade.

---

<sup>6</sup> São eles: o mandado de segurança (individual e coletivo), o *habeas corpus*, o *habeas data*, a ação popular, o mandado de injunção e a ação civil pública.

Na lição de Roque Carrazza,<sup>7</sup> a ação de tributar excepciona o princípio constitucional que protege a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II, CR).

Efetivamente, o *direito à propriedade privada* é alcançado direta e imediatamente pela tributação, porque o tributo consiste em prestação pecuniária compulsória, devida por força de lei, implicando a sua satisfação, necessariamente, redução do patrimônio do sujeito passivo.

Recorde-se que tal redução patrimonial não pode caracterizar confisco, porquanto a utilização de tributo com esse efeito é vedada constitucionalmente (art. 150, IV, CR).

Podemos dizer que, assim como o cumprimento da *função social* constitui autêntico limite imposto ao direito de propriedade, por traduzir-se em condição para o seu legítimo exercício, o tributo também molda o direito de propriedade, uma vez que se revela inafastavelmente atingido por aquele, constituindo um de seus parâmetros constitucionais.

A ideia ora exposta corresponde à noção de *fiscalidade*, traduzida no emprego de instrumentos tributários com finalidades meramente arrecadatórias, sem consideração a outros objetivos.

Por outro lado, o *direito de liberdade*, genericamente considerado, é alcançado pelo tributo indiretamente, por via oblíqua, conforme os objetivos a serem perseguidos, uma vez que a exigência daquele pode influenciar comportamentos, determinando as opções dos contribuintes.

Nessa hipótese, ocorre a *extrafiscalidade*, que se traduz na utilização de instrumentos tributários para inibir ou incentivar comportamentos, buscando o atingimento de finalidades não meramente arrecadatórias, mas sociais, políticas ou econômicas, constitucionalmente contempladas.

---

<sup>7</sup> *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 26ª ed., rev., ampl. e atual., até a EC 64, de 2010, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 412.



Neste passo, consideramos importante salientar que a compreensão do Direito Tributário, cada vez mais, está voltada à preocupação concernente à adequação da tributação ao exercício de direitos fundamentais.

De fato, universalmente vem afirmando-se uma *visão humanista da tributação*, a destacar que essa atividade estatal não busca apenas gerar recursos para o custeio de serviços públicos, mas, igualmente, o asseguramento do exercício de direitos públicos subjetivos.

Assim é que a tributação constitui instrumento para atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consubstanciados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e da marginalização e na redução das desigualdades sociais e regionais; bem como na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I a IV).

Atualmente, impõe-se reconhecer estarem indissolúvelmente associadas as ideias de *tributação e cidadania*.

Há que se entender que ser cidadão também é ser contribuinte, pois poder contribuir para as despesas do Estado representa um aspecto do exercício da cidadania.

Isso porque somente pode ser considerado autêntico cidadão quem tem a possibilidade de auferir *renda*, deter *patrimônio* e realizar *consumo*, todas manifestações de capacidade contributiva.

Assim, cremos clara a conexão entre tributação e direitos fundamentais, moldura dentro da qual hão de inserir-se todas as reflexões relativas ao Direito Tributário na sociedade contemporânea.

4. As considerações já efetuadas levam-nos a afirmar que a leitura atenta do texto constitucional aponta vetor relevante para a desejada harmonia entre a ação estatal de exigir tributos e o exercício dos direitos consagrados na Constituição.

Trata-se de princípio derivado da noção de legalidade, que batizamos de *princípio da não obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação*.<sup>8</sup>

Esse princípio, que se encontra implícito no texto constitucional, é extraído das normas que afirmam que os diversos direitos e liberdades nele contemplados devem conviver harmonicamente com a atividade tributante do Estado.

Em outras palavras, se a Lei Maior assegura o exercício de determinados direitos, que qualifica como fundamentais, não pode tolerar que a tributação, também constitucionalmente disciplinada, seja desempenhada em despreço a esses mesmos direitos.

E uma das maneiras pelas quais, indesejavelmente, pode o exercício de direitos vir a ser amesquinhado é por intermédio da tributação, porquanto o tributo, necessariamente, interfere com o direito de liberdade e o direito de propriedade.

O princípio da não obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação projeta seus efeitos, inicialmente, no próprio Texto Fundamental. Todas as normas constitucionais vedatórias da tributação em determinadas situações ou em relação a determinadas pessoas, bem como aquelas garantidoras do exercício de direitos, representam sua aplicação, tais como as imunidades e os princípios.

Portanto, o princípio em foco tem sua eficácia manifestada não somente mediante a instituição de situações de intributabilidade, mas igualmente mediante a observância de outros princípios constitucionais, tais como o da vedação da utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV), o da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III) e o da liberdade de profissão (arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único).

---

<sup>8</sup> Cf. sustentamos em tese de Doutorado em Direito Tributário, defendida na PUC/SP (2000) e publicada como nosso *Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 79-82.

Endereça-se também ao *legislador infraconstitucional* que, ao instituir os tributos, não pode embaraçar o exercício de direitos considerados fundamentais. Ao eleger os fatos que serão apreendidos pelas hipóteses de incidência tributária, o legislador infraconstitucional deve considerar os direitos cujo exercício eventualmente poderá ser afetado pela exigência fiscal, de modo a não obstaculizar seu exercício. A concessão de isenções, por exemplo, pode constituir-se num valioso instrumento de viabilização da eficácia desse princípio.

Por derradeiro, o *administrador fiscal* é igualmente alcançado por seus efeitos, coibindo-se que, a pretexto de regulamentar-se a lei, sejam impostas restrições ao exercício de direitos fundamentais mediante atos normativos, cujos destinatários são, exclusivamente, os agentes públicos encarregados de sua aplicação.

Desse modo, outros direitos fundamentais, além do direito de propriedade e do direito de liberdade, também devem ser considerados pela tributação, porquanto por ela alcançados de forma indireta.

5. A par da mencionada tensão inerente às relações de direito público, dais quais a relação tributária é espécie, vale salientar a existência de uma tensão de outra natureza, de caráter permanente, observada entre a imposição de tributos e o exercício de direitos fundamentais.

Se, de um lado, parece evidente que vários dos direitos assegurados na ordem constitucional dependem, para sua proteção e efetivação, dos recursos advindos da receita tributária, de outro lado a exigência de tributos pode, inadequadamente, dificultar ou mesmo inviabilizar o exercício daqueles.

Assim é que muitos direitos fundamentais podem ter seu exercício afetado pela exigência de tributos, a tal ponto que, em diversas hipóteses, a própria Constituição afasta a possibilidade de sua instituição, peculiaridade do sistema tributário brasileiro.

Ilustremos nosso raciocínio com alguns exemplos.

O *direito à saúde* vem declarado no art. 196 da Constituição, segundo o qual “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Assim sendo, o direito à saúde deve ser tutelado pela tributação, não cabendo, por exemplo, que os valores referentes às despesas médicas e ao seguro-saúde sejam considerados renda tributável para efeito de Imposto sobre a Renda.

A *educação*, por sua vez, na dicção constitucional, é “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205).

Tal como ocorre em relação ao direito à saúde, as despesas com a educação, do contribuinte e seus dependentes, não podem integrar a renda tributável, sob pena de violar-se direito fundamental, uma vez constituírem autênticas despesas necessárias à manutenção das pessoas físicas.

No âmbito dos direitos difusos, por seu turno, igualmente é nítida sua intersecção com a atividade tributante.

Em matéria ambiental, isso manifesta-se mediante o emprego dos chamados *tributos ambientais*, isto é, aqueles vocacionados ao atingimento de propósitos voltados à preservação do meio ambiente, bem como mediante a exigência de tributos que, mesmo sem terem sido instituídos com essa finalidade, podem ser utilizados para modular condutas a ela afinadas.

Como exemplos dessa última categoria, o Imposto Territorial Rural – ITR e as taxas de polícia.

No âmbito do *Direito do Consumidor*, cabe destacar que o *consumo*, ao lado da renda e do patrimônio, constitui um dos índices presuntivos de riqueza, universalmente considerados pela tributação.

Regras importantes, presentes no regime jurídico do IPI e do ICMS – a não cumulatividade e a seletividade em função da essencialidade do produto, mercadoria ou serviço –, repercutem diretamente no direito do consumidor.

Tanto assim é que a própria Constituição o reconhece expressamente, ao proclamar que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” (art. 150, § 5º).

Ainda, vale lembrar que outros direitos contemplados na Lei Maior contam com a *intributabilidade* como meio para garantir seu pleno exercício. Ao outorgar *imunidades* em relação a diversos tributos, a Constituição visa, por meio desse mecanismo, conferir proteção a múltiplos direitos.

É o caso, dentre outros, do *direito de petição* e do *direito à obtenção de certidões em repartições públicas* para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, assegurados independentemente do pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV, *a* e *b*), bem como do *direito à assistência jurídica integral e gratuita* aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

Assim também o direito à *assistência social*, cuja prestação é garantida a quem dela necessitar, *independentemente de contribuição* à seguridade social (art. 203, *caput*).<sup>9</sup>

**6.** Diante do exposto, sublinhamos ser preciso ter em mente que o tributo não é apenas um valor em dinheiro a ser entregue ao Fisco, sem outras repercussões.

Uma visão estreita do conceito de tributo, estribada em lições superadas, segundo as quais se trata, exclusivamente, da principal fonte

---

<sup>9</sup> Para a apreciação das diversas hipóteses de imunidades, veja-se o nosso *Imunidades Tributárias...* cit., pp. 133-229.

de receita para o financiamento da atividade estatal, não mais se coaduna com as exigências da sociedade contemporânea.

Consiste, o tributo, em verdade, numa prestação pecuniária cuja exigência é disciplinada pela Constituição e que atinge, direta e necessariamente, dois direitos fundamentais do sujeito passivo: o direito de propriedade e o direito de liberdade e, indireta e eventualmente, uma série de outros.

Não se pode, pois, pensar em tributo, hodiernamente, dissociando-se essa prestação do contexto constitucional em que ela se insere e de sua convivência com os direitos fundamentais.

Sua exigência repercute na esfera jurídica de cada pessoa física, de cada pessoa jurídica, atingindo a liberdade e a propriedade de cada um e, por vezes, restringindo indevidamente o exercício de outros direitos.

Portanto, direitos dessa estatura não podem ter seu exercício tolhido mediante a adoção, pelo Estado, de instrumentos de propósito puramente arrecadatório, por configurar-se inescusável vulneração a direitos fundamentais.

**São Paulo, dezembro de 2013**

**Regina Helena Costa**

## **BIBLIOGRAFIA**

**CARRAZZA**, Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26. ed. rev., ampl. e atual. até a EC 64, de 2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

**COSTA**, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. *Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.



**Os RECURSOS CÍVEIS NO DIREITO BRASILEIRO**  
**ANTES DO CÓDIGO DE 1973,**  
**EM PERSPECTIVA HISTÓRICA**



*Rogério Schietti Cruz*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça





**OS RECURSOS CÍVEIS NO DIREITO BRASILEIRO ANTES DO CÓDIGO DE 1973,**  
**EM PERSPECTIVA HISTÓRICA<sup>1</sup>**  
*Ministro Rogério Schietti Cruz*

## **I. INTRODUÇÃO**

O estudo sobre a história dos recursos no processo civil brasileiro revela a origem e a explicação de várias opções do nosso atual legislador e demonstra nossa atávica dificuldade de construir um sistema recursal mais enxuto<sup>2</sup> e com predomínio dos elementos da oralidade, em consonância aos reclamos daqueles que idealizam um processo civil mais ágil, célere e transparente.

Deveras, a herança recebida do direito lusitano, nomeadamente das Ordenações que nos regeram durante cerca de quatro séculos<sup>3</sup>, induz-

---

<sup>1</sup> Adaptação do trabalho de conclusão da disciplina “Teoria Geral dos Recursos”, ministrada pelo Professor Antônio Carlos Marcato, no curso de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no 2º semestre de 2003.

<sup>2</sup> Observa J. M. OTHON SIDOU (*Processo Civil Comparado – Histórico e Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 300), o Brasil é o país com maior número de recursos processuais civis do mundo.

<sup>3</sup> É certo que, com a independência do Brasil, em 1822, passamos a legislar sobre matéria de processo civil. Porém, como no nosso primeiro código desse ramo do direito somente veio a lume em 1939, as Ordenações Filipinas serviram, ainda que subsidiariamente, para disciplinar algumas situações não reguladas nas leis que se editaram durante a Monarquia e a Primeira República.

nos a prever uma infinidade de recursos contra as mais variadas situações processuais, prolongando, além do razoável, a prestação jurisdicional e muitas vezes – se não sempre – causando prejuízos patrimoniais e/ou morais à parte que confiou ao Judiciário a solução de um conflito.

Além dessa profusão de meios impugnativos postos à disposição das partes, em total desvirtuamento do princípio do duplo grau de jurisdição – que, saliente-se, pressupõe um único reexame da decisão, não alcançando outros recursos que multiplicam as instâncias revisoras da decisão impugnada – apegamo-nos, de modo excessivo, a um modelo com nítido predomínio da escritura<sup>4</sup>, o que, além de contribuir para esse retardamento da prestação jurisdicional, torna ainda mais nítida a prolixidade de muitas de nossas práticas judiciárias.

É árdua a tentativa de empreender-se um detalhado estudo histórico sobre o tema dos recursos no processo civil brasileiro, principalmente no período anterior à nossa independência política, quando nossa estrutura judiciária era, essencialmente, sediada em Portugal, onde grassavam as espécies de cargos com competência para, de algum modo, intervir nos conflitos inter-subjetivos dos súditos da Coroa lusitana.

Procuramos, então, esboçar uma breve digressão histórica nos recursos processuais no período de Brasil-Colônia para, então, determo-nos com maior preocupação, nos períodos de Brasil-Império e Brasil-República, nos quais construímos, paulatinamente, nossa identidade processual, ainda que, como não poderia ser de outro modo, permeada por fortes traços culturais herdados de nossa ligação com a tradição lusitana<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> A história da civilização jurídica nos legou sistemas ora com *predominância* da escrita, ora com *predominância* da palavra falada, pois, na prática, todo procedimento é um misto de oral e escrito, “sendo que no procedimento oral predomina a palavra falada em pública audiência, e no procedimento escrito predomina a palavra tal como é reproduzida ou referida nos autos” JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR. *Direito judiciário brasileiro*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 251.

<sup>5</sup> Recorde-se que os primeiros cursos jurídicos criados no Brasil somente ocorreram em 1827, em São Paulo e Olinda, tardando a surgir e a afirmar-se um pensamento jurídico desprendido do ideário que, até então, era todo transmitido sob a visão da Metrópole.

Ao propósito, portanto, de analisar, ao longo de nossa história jurídica, o tratamento legislativo dado aos recursos cíveis, dividimos esse percurso em cinco momentos, a saber:

1. PERÍODO COLONIAL, regido pelas Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e, principalmente, Filipinas);

2. PERÍODO IMPERIAL, em que surgiram nossas primeiras leis, nomeadamente nas reformas ocorridas em 1832, 1841 e 1850;

3. PRIMEIRA REPÚBLICA, quando, a par da produção legislativa dos estados, foram mantidas as principais fontes do direito que orientaram sua aplicação durante o regime monárquico;

4. ESTADO-NOVO, durante o qual veio à lume o nosso primeiro Código de Processo Civil, em 1939;

5. GOVERNO MILITAR da Revolução de 1964, que nos legou o Código de Processo Civil de 1973; e, por último,

6. PERÍODO DEMOCRÁTICO – o qual não será analisado neste trabalho – com o estabelecimento de uma nova ordem constitucional a partir de 1988, em meio à qual reformas pontuais na legislação processual civil têm precedido um almejado novo Código de Processo Civil.

## II. O BRASIL SOB A REGÊNCIA NORMATIVA DAS ORDENAÇÕES

O Brasil, sob o regime colonial, sujeitava-se à Casa de Suplicação de Lisboa, até 2 de março de 1607, quando o Rei D. Felipe III, da Espanha (que, então, também era o monarca português), criou a *Relação do Brasil*, na cidade de São Salvador (BA), a qual, suprimida pelo Alvará de 5 de abril de 1626, foi posteriormente restaurada, já sob o reinado de D. João IV, por lei de 12 de outubro de 1652.

Mais adiante, em 13/10/1751, D. José I criou, por Alvará, uma segunda Relação no Brasil, na cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, com jurisdição sobre as comarcas do Rio de Janeiro, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes, Sabará, Rio das Velhas, Serro Frio, Cuiabá, Goiás, Pernaguá, Espírito Santo, Goitacás e Ilha de Santa Catarina.

Finalmente, já nos estertores do Brasil-Colônia, foi elevada, por ato de D. João VI, em 10/5/1808, a Relação do Rio de Janeiro à categoria de Casa de Suplicação, com prerrogativas iguais à de Lisboa<sup>6</sup>, servindo como tribunal de última instância.

A Casa de Suplicação era um tribunal de maior graduação do que as relações, não mais cabendo recurso – salvo o de revista – de suas decisões. Os recursos tinham a forma de súplicas dirigidas ao soberano – seu presidente efetivo ou presumido – daí o nome que lhe originou.

Cabe destacar que durante o Brasil-Colônia o poder jurisdicional concentrou-se, em grande parte, nas mãos de ocupantes de cargos administrativos, como era o caso dos Capitães donatários, a quem se delegava com as “cartas de doação”, entre outras funções, prover os ofícios de justiça e prestar jurisdição, tanto no cível como no crime, com a faculdade de instaurar processo e ditar sentença, de acordo com as Ordenações e demais leis vigentes.

Ainda no Século XVI, quando o Brasil passou a ser administrado por um Governador-Geral, além deste havia outros proeminentes delegados da Corte munidos de poderes jurisdicionais, como o procurador-mor da Fazenda, o capitão-mor da Costa e o ouvidor-geral, suprema autoridade judiciária no Brasil<sup>7</sup>. De fato, tinha este último amplos poderes sobre a vida, a liberdade e o patrimônio das pessoas, porquanto, além de ser competente para impor pena de morte (sem apelação, concordando o Governador) e pena de degredo (para pessoas “de maior qualidade”), tinha alçada, no cível, de até 60 mil-réis.

Releva sublinhar que a organização judiciária brasileira era extremamente fragmentada, pois, além dessas autoridades principais, delegava-se o poder jurisdicional a outros funcionários, com maior ou

---

<sup>6</sup> O Brasil-Colônia teve ainda duas outras relações, a de São Luís do Maranhão, instalada em 1812, bem como de Pernambuco, em 1821.

<sup>7</sup> Cf. SILVA PACHECO. *Evolução do processo civil brasileiro* (Desde as origens até o advento do novo milênio). 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 18.

menor amplitude, tais como os corregedores e ouvidores de comarca, os provedores, os juizes ordinários ou de terra, os juizes de fora, os juizes de vintena, os juizes de órgãos, os juizes especiais privativos, os almotacéis.<sup>8</sup>

Para o segundo e terceiro grau de jurisdição, o órgão mais elevado era a Casa de Suplicação, mas havia outros órgãos encarregados de não apenas exercer competência originária para certas causas, como também de julgar recursos de diversa natureza, tais como o Desembargo do Paço, a Mesa da Consciência e Ordens, a Casa do Porto, o Conselho Ultramarino, a Junta do Comércio, o Conselho do Almirantado, o Tribunal da Junta dos três Estados, o Régio Tribunal ou Fazenda e o Tribunal do Santo Ofício.

Recorde-se que, em solo brasileiro, tínhamos, tão somente, ao final do Brasil-Colônia, quatro Tribunais de Relação (do Rio de Janeiro, da Bahia, do Maranhão e de Pernambuco), bem assim a Casa de Suplicação, sediada no Rio de Janeiro.

No tocante aos recursos previstos nas ordenações portuguesas, admitidos, portanto, no direito brasileiro do período colonial, podem ser elencados os que seguem:

As **Ordenações Afonsinas**, que se caracterizavam por serem uma compilação de leis de reinados anteriores, de forais, de normas de direito consuetudinário e de direito canônico, e até de glosas ao direito romano, de Acúrsio e de Bártolo, foi a primeira legislação processual em vigor no Brasil recém-descoberto, vigendo até 1521, quando foi sucedida pelas Ordenações Manuelinas<sup>9</sup>

Eram, então, previstos os seguintes recursos:

---

<sup>8</sup> Alguns desses funcionários possuíam, também, competência para julgar recursos, como, por exemplo, os juizes ordinários, que julgavam as apelações e agravos das decisões dos almotacéis e os ouvidores, que julgavam os agravos dos juizes ordinários e de fora, bem como as apelações dos juizes ordinários, nas causas em que não excedessem a sua alçada. Para um breve resumo da competência de cada um dos órgãos jurisdicionais citados, ver SILVA PACHECO, *Evolução...*, cit., pp. 15-24.

<sup>9</sup> JONATAS LUIZ MOREIRA DE PAULA. *História do Direito Processual Brasileiro*. Barueri: Manole, 2002, p. 145.

*Apelação*, dirigida a juiz superior (monocrático ou colegiado, a depender do valor da causa ou do órgão que a decidira), contra as decisões definitivas ou interlocutórias terminativas ou às que implicassem dano irreparável à parte;

*Agravo*, destinada ao monarca ou ao juiz competente para obter a reparação da ofensa recebida. Como as Ordenações Afonsinas reduziram o âmbito de cabimento das apelações, passou-se a permitir à parte agravada (ofendida) pela decisão o uso de instrumento de agravo, com o objetivo de rever a decisão<sup>10</sup>;

*Carta Testemunhável*, que se assemelhava, em parte, ao agravo, pois visava atacar o não recebimento da apelação contra a sentença interlocutória proferida por juiz que se encontrasse fora de onde estava a corte<sup>11</sup>;

*Embargos*, meio de impugnação genuinamente português, sem similar no direito comparado, na avaliação de SÉRGIO BERMUDES<sup>12</sup>. Segundo informa esse autor, no Reino de Portugal, “os primeiros tribunais de instância superior eram itinerantes. Quando essas cortes perderam sua característica ambulatória, para se fixar em lugar certo, começaram a grassar os pedidos de reconsideração das decisões judiciais. A dificuldade no apelar, devida à fixação dos tribunais superiores em lugar certo e, em parte, à deficiência e aos rigores do direito relativo aos recursos, sugeriu o pedido de reconsideração das sentenças, com o objetivo de declará-las, alterá-las em algum ponto, em virtude de razão suficiente, ou para as revogar, no todo, ou na parte principal. Surgem, então, os embargos de declaração, os embargos modificativos e os embargos ofensivos”<sup>13</sup>, sendo estes últimos destinados a ‘ofender’ e desfazer as sentenças definitivas;

---

<sup>10</sup> SÉRGIO BERMUDES. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, 77.

<sup>11</sup> JONATAS DE PAULA. *História ... cit.*, p. 154.

<sup>12</sup> SÉRGIO BERMUDES, *Curso ... cit.*, p. 112

<sup>13</sup> *Ibidem*, mesma página.

*Agravo Ordinário*, cabível contra as decisões dos Desembargadores do Paço, órgão de segundo grau de jurisdição. Como essas decisões eram, em regra, irrecorríveis, passou-se a admitir que a parte prejudicada se dirigisse à Casa de Suplicação, tal qual um recurso de revista das decisões daqueles magistrados. Segundo BERMUDES, o Agravo Ordinário era remédio análogo à *supplicatio* romana, “admitido nos mesmos casos, para o mesmo fim e, igualmente, pelo motivo de não se poder apelar das decisões de certos magistrados de maior graduação”<sup>14</sup> ;

*Revista de Graça Especial*, criado pelas Ordenações Afonsinas, era admitido excepcionalmente pelo monarca mesmo que não houvesse vício algum na sentença, servindo, assim, como uma verdadeira graça do soberano.

As **Ordenações Manoelinas** introduziram algumas modificações na temática sob exame.

A principal delas, certamente, foi no detalhamento dos agravos, que passaram a ser de três espécies: Agravo de Petição, Agravo de Instrumento e Agravo nos autos do processo.

O Agravo de Petição e o Agravo de Instrumento, ambos cabíveis para atacar decisões interlocutórias, distinguiam-se apenas pelo “alcance” de cada um, pois, enquanto o primeiro era cabível para as interlocutórias proferidas por juízes situados até 5 (cinco) léguas do local do órgão competente para conhecer da impugnação, o segundo alcançava decisões tomadas além daquela distância.

Já o Agravo nos autos do processo servia para enfrentar as decisões simples, como rejeição da contestação ou da réplica, vedação da oitiva de testemunhas, ou mesmo contra a decisão de recebimento da apelação ou da suplicação (agravo ordinário).

---

<sup>14</sup> SÉRGIO BERMUDES, *Curso ...*, cit., p.76 Recorde-se que, no direito romano, a *supplicatio*, como destaca JOSÉ ROGERIO CRUZ E TUCCI (*Poder e jurisdição*, São Paulo: Saraiva, 1987, p 59) foi instituída para rever atos do *Praefectus Praetorio*, alto funcionário cujas decisões não comportavam apelação, servindo a *supplicatio* como um recurso autônomo e extraordinário.



Este último recurso (Agravo Ordinário), aliás, que substituiu, em nomenclatura, o antigo recurso de Suplicação, continuou a servir para combater as decisões tomadas por altos funcionários, quais sejam, os desembargadores do Paço e os ouvidores.

Interessante inovação trazida ao tempo das Ordenações Manuelinas foi a criação de procedimento similar ao que se identifica, nos dias atuais, com a “súmula vinculante”. Explica MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, referido por JONATAS DE PAULA<sup>15</sup>, que, surgindo dúvidas entre os desembargadores da Casa da Suplicação sobre a interpretação de alguma norma, o regedor da Corte convocava os pares para que fosse fixada a interpretação adequada, com possibilidade de “... submeter a dúvida a resolução do monarca, se subsistissem dificuldades interpretativas”. Como consequência, “as soluções definidas ficavam registradas no Livro dos Assentos e tinham força imperativa para futuros casos idênticos. Surgem, deste modo, os assentos da Casa de Suplicação como jurisprudência obrigatória”

Não houve grandes mudanças na nova compilação legislativa que passou a vigor a partir de 1603, as denominadas **Ordenações Filipinas**, em homenagem ao monarca de então, Felipe II, rei de Portugal e da Espanha (onde era denominado Felipe II).

Felipe I, que era neto de D. Manuel I, reproduziu, em grande parte, o teor das Ordenações Manuelinas, sendo de destacar-se, no âmbito recursal, a introdução da Revista, impugnação cabível contra as decisões que se afirmavam manifestamente injustas ou notoriamente nulas, da Casa de Suplicação.

Com o deslocamento da Corte portuguesa e sua instalação no Rio de Janeiro, passando nosso país a integrar o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve, a estrutura judiciária é alterada, implantando-se a Casa da Suplicação no Rio de Janeiro, em 1808, com prerrogativas e funções

---

<sup>15</sup> JÔNATAS DE PAULA. *História... cit.*, p. 159

iguais à de Lisboa, e a criação de dois outros Tribunais de Relação, nas cidades de São Luís do Maranhão (1812) e Recife (1821).

### III. O BRASIL IMPERIAL

Proclamada a independência do Brasil, uma das primeiras providências relacionadas ao funcionamento dos órgãos de jurisdição foi, por meio de Lei de 20 de outubro de 1823, determinar-se que se continuasse a aplicar a legislação portuguesa, enquanto não elaborado um código para o Brasil. Por conseguinte, estava mantido o já bicentenário Livro III das Ordenações Filipinas, que tinha por fontes principais o direito romano e o direito canônico, além de leis portuguesas anteriores, normas de direito foraleiro e normas costumeiras e, ainda, disposições da Lei das Sete Partidas.

Sobreveio, em seguida, a nossa primeira Constituição, outorgada em 25 de março de 1824, com a qual se instalou um Estado Unitário, com um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, seguindo os modelos que se firmavam na Europa.

Ao lado dos poderes Executivo e Moderador, exercidos pelo Imperador, e do Legislativo, o Poder Judiciário começou a construir uma feição mais moderna.

No primeiro grau, destacava-se a distribuição da tarefa judicante entre juízes de diversas categorias e denominações, com ênfase na figura dos juízes de paz, escolhidos dentre os vereadores, com a incumbência precípua de promover a conciliação entre as partes.

No segundo grau de jurisdição, instituíram-se os Tribunais de Relação, os quais foram-se instalando ao longo das décadas, alguns com certa tardança<sup>16</sup>.

No ápice da estrutura judiciária, a Constituição do Império determinou a criação de um tribunal denominado Supremo Tribunal

---

<sup>16</sup> Somente em 6 de agosto de 1873 (Decreto legislativo n. 2342), para exemplificar, foi criada a Relação de São Paulo, compreendendo o território paulista e do Paraná.

de Justiça, composto de juízes letrados, tirados das relações, “por suas antiguidades”, o que somente veio a concretizar-se em 1828, quando se organizou aquela corte, integrada, então, por 17 juízes.

### III.1. A Disposição Provisória de 1832

O Brasil vivia, nas primeiras décadas do Século XIX, um período de grandes transformações, não apenas políticas, mas, também, jurídicas.

O influxo do ideário iluminista fez-se sentir, com maior nitidez, no âmbito das ciências criminais, que inauguravam um novo período, de cunho humanista<sup>17</sup>, positivando-se, nos primeiros códigos do Império, grande parte dos proclamados direitos naturais, sobre os quais giravam as ideias jusnaturalistas que inspiraram o Iluminismo e a Revolução Francesa no final da centúria anterior.

Entre nós, após o Código Criminal do Império (de 1830), veio a lume o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, por Lei de 29 de novembro de 1832, e com ele uma disposição anexa, relativa à administração da Justiça Civil, a qual, inobstante composta de poucos artigos (vinte e sete), trouxe significativas novidades em nosso ainda incipiente direito processual civil.

Como acentuou MOACIR LOBO DA COSTA:<sup>18</sup> “A reforma, inspirada nas idéias liberais de que estavam imbuídos os homens que detinham o poder, destinava-se a transformar o processo civil em instrumento mais dúctil e menos complicado, despindo-o de

---

<sup>17</sup> Como não poderia deixar de ser, o Brasil de então recebe toda a carga renovadora vivida nos países europeus, como exemplifica o conteúdo do art. 179, ao prever que: “11- Ninguém será sentenciado sendo pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita. (...) 19 - Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis. 20 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitira aos parentes em qualquer grau que seja. 21 - As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” (...).

<sup>18</sup> MOACYR LOBO DA COSTA. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1970, p. 10.

atos e formalidades inúteis e de recursos excessivos, para possibilitar distribuição de justiça mais rápida e menos dispendiosa.”

Com efeito, a Disposição Provisória de 1832, na percepção de SILVA PACHECO<sup>19</sup>, consagrou, com quase um século de antecedência, os princípios da imediatidade (extinguindo-se a figura dos inquiridores), da publicidade (as testemunhas passaram a ser ouvidas em ato público), da celeridade processual (suprimindo-se vários recursos protelatórios), da unirrecorribilidade das sentenças definitivas (sujeitas tão somente à apelação), da eventualidade (eliminando-se a réplica e a tréplica), e da simplicidade (redução de peças para a formação da carta de sentença, diminuição do número de recursos, adoção de procedimento único nos tribunais)<sup>20</sup>.

### III.2. O retrocesso de 1841

Subindo ao poder os conservadores, após a antecipação da maioria de D. Pedro II, o liberalismo e as ideias progressistas presentes na Disposição Provisória de 1832 foram abandonadas, com a promulgação da Lei nº 261.

---

<sup>19</sup> SILVA PACHECO. *Evolução... cit.*, p. 99.

<sup>20</sup> Merecem transcrição os principais dispositivos desse diploma legislativo: “Art. 14, Ficam revogadas as leis que permitiam às partes réplicas e tréplicas e embargos antes da sentença final, exceto aqueles que nas causas sumárias servem de contestação da ação. Os agravos de petição e instrumentos ficam reduzidos a agravo do auto do processo: deles conhece o juiz de direito, sendo interpostos do juiz municipal e a Relação sendo do juiz de direito.

Art. 15. Toda a provocação interposta da sentença definitiva, ou que tem força de definitiva, do juiz inferior para superior a fim de reparar-se a injustiça, será de apelação, extintas para esse fim as distinções entre juízes de maior ou menor graduação.

Art. 18. Fica suprimida a jurisdição ordinária dos corregedores do cível e crime, e ouvidores do cível e crime das Relações (...).

Art. 19. Das sentenças proferidas nas Relações do Império não haverá mais agravos ordinários de umas para outras Relações, e só se admitirá revista nos casos em que as leis a permittem.

Art. 25. Ficam abolidos os inquiridores.

“A reforma, inspirada nas idéias liberais de que estavam imbuídos os homens que detinham o poder, destinava-se a transformar o processo civil em instrumento mais dúctil e menos complicado, despidendo-o de atos e formalidades inúteis e de recursos excessivos, para possibilitar distribuição de justiça mais rápida e menos dispendiosa.”

A L. nº 261, de 2 de dezembro de 1841, continha dois títulos, um sobre disposições criminais, composto de 113 artigos, e outro sobre disposições civis, em 11 artigos (do art. 114 ao art. 124), tendo sido regulamentada, na parte criminal, pelo Decreto nº 120, de 31/1/1842, e, na parte processual civil, pelo Decreto nº 143, de 15/3/1842.

Interessa-nos destacar que dois pontos de expressivo avanço na anterior legislação – a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias e o princípio da eventualidade – foram atingidos nessa reforma normativa.

Deveras, a par da modificação de algumas competências dos juízes municipais, juízes de direito cível e juízes de órfãos, não há dúvida de que a mais importante alteração da L. 261/1841 – assinada pelo Ministro da Justiça Paulino José Soares de Souza, conservador ferrenho e antigo juiz de direito – foi a revogação expressa do art. 14 da Disposição Provisória, restabelecendo a previsão de réplicas e trélicas, bem assim ressuscitando os agravos de petição e de instrumento.

### **III.3. O promissor Regulamento 737**

Em 1850, publicado o Código Comercial, o Ministro da Justiça, Euzébio de Queiroz Coutinho Mattoso Câmara, fez promulgar o Decreto nº 737 – que tivera como principal redator Francisco Inácio de Carvalho Moreira, o Barão de Penedo – destinado a regular o processo comercial.

Entre suas principais inovações, é de sublinhar a restrição dos recursos de Embargos apenas para os casos de Declaração e de Restituição de Menores, bem como Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado (de sentenças de segunda instância), mantidos os demais recursos, Apelação, a Revista e o Agravo de Petição ou de Instrumento.

Outrossim, o Regulamento 737 aboliu o Agravo nos Autos do Processo, restabeleceu a Carta Testemunhável e limitou o cabimento da Revista aos casos de nulidade do processo ou da sentença, não mais contemplando o antigo fundamento da ‘injustiça’ da sentença.

Sobre esse diploma legislativo – cuja importância, no âmbito civil, será reconhecida algumas décadas depois, conforme assinalaremos mais adiante – as opiniões costumam ser favoráveis.

MOACYR AMARAL SANTOS, considerando a época em que foi elaborado e as condições vividas pelo Brasil, destacou a qualidade do Regulamento nº 737, “não só pela linguagem clara e precisa, como ainda pela simplificação dos atos processuais, redução dos prazos e melhor disciplina dos recursos, não obstante fiel às linhas mestras do direito filipino”.<sup>21</sup>

Em igual direção se pôs MOACYR LOBO DA COSTA, para quem o Regulamento n. 737, também elogiado por LIEBMAN (que destacava sua clareza, brevidade e precisão técnica), era superior aos posteriores códigos italiano (1865), português (1876) e espanhol (1881), concluindo por asseverar que o Regulamento 737, a Disposição Provisória de 1832 e o Código de Processo de 1973 “são três monumentos legislativos que dignificam e honram o direito processual brasileiro no confronto com o direito das nações civilizadas”<sup>22</sup>.

Todavia, o mesmo autor destaca a existência de ferozes críticas contra o R. 737, partidas principalmente de PONTES DE MIRANDA (“decreto defeituoso, mal concebido, fácil, por superficial e eivado de graves fugidias às mais sérias dificuldades científicas”) e FREDERICO MARQUES (“atestado de falta de cultura jurídica, no campo do Direito processual, da época que foi elaborado”).<sup>23</sup>

Em avaliação mais moderna, ADA PELLEGRINI GRINOVER *et al.*<sup>24</sup> assinalam que o primeiro “código processual elaborado no Brasil”,

---

<sup>21</sup> MOACYR AMARAL SANTOS. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 52.

<sup>22</sup> MOACYR LOBO DA COSTA. *Breve notícia... cit.*, p. 118

<sup>23</sup> *Ibidem*, 32.

<sup>24</sup> ADA P. GRINOVER, ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 97.

o Regulamento 737 “examinado em sua própria perspectiva histórica, (...) é notável do ponto-de-vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento”, opinião acolhida também por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR.<sup>25</sup>

Ainda merece alusão, nessa quadra de nossa história processual, a assim chamada CONSOLIDAÇÃO RIBAS (homenagem ao seu autor, Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, a quem, em cumprimento à L. n. 2033, de 30/9/1871, incumbiu-se de promover uma compilação das inúmeras leis existentes desde a época do Brasil-Colônia) sendo de salientar, contudo, que o trabalho do Conselheiro Ribas “... não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. Foi além, reescrevendo-as muitas vezes tais como as interpretava; e, como fonte de várias disposições de sua Consolidação, invocava a autoridade não só de textos romanos, como de autores de nomeada, em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou de leis extravagantes”.<sup>26</sup>

Nos estertores do Império, portanto, o processo civil brasileiro era regulado pelas Ordenações Filipinas do Livro III, com as alterações da Disposição Provisória, pela Lei n. 261, de 1841, e respectivo Regulamento n. 143, de 1842, bem assim pelas alterações legislativas posteriores, de menor significado, todas constantes da relação cronológica que acompanha a Consolidação Ribas.

#### IV. O BRASIL REPUBLICANO

Tão logo instituída a República, como novo regime político, adotou-se o modelo federativo norte-americano, pelo qual as antigas províncias passaram a formar os Estados Unidos do Brasil, com alguma soberania própria, máxime na permissão para legislar sobre matéria processual.

O novo regime não tardou a promulgar o Decreto n. 359, de 26

---

<sup>25</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 15.

<sup>26</sup> ADA GRINOVER et al. *Teoria ... cit.*, p. 98.

de abril de 1890, revogando as leis que exigiam a conciliação prévia nas causas cíveis e comerciais, conforme já era de tradição desde a Constituição do Império – que seguira o exemplo do legislador processual civil francês – inclusive com a criação dos juízes de paz, encarregados desse mister.

O Supremo Tribunal Federal – que substituiu o congênere Supremo Tribunal de Justiça<sup>27</sup> – foi organizado com fundamento no Decreto nº 848, de 11/10/1890, editado pelo Governo Provisório da República, sendo inicialmente composto de 15 juízes, reduzidos, posteriormente, a 11 magistrados (Decreto nº 19.656, de 1931, do Governo revolucionário<sup>28</sup>), número que se repetiu ao longo das Constituições e Atos Institucionais posteriores, à exceção do Ato Institucional nº 02/1965 e da Carta Federal de 1967, que elevaram, durante sua vigência, o número de juízes para 16.

Saliente-se que foram mantidas as funções da justiça ordinária – que passou a ser federal e estadual, extinguindo-se a justiça municipal – delegando-se às Constituições dos Estados, sob o regime federativo, a criação dos Tribunais de Justiça, que substituíram, assim, as antigas Relações.

O ponto mais importante a destacar, em relação a este período inicial de nossa história republicana, naquilo que nos interessa mais de perto neste trabalho, é que, tendo em vista a delegação de competência, a cada um os Estados-membros, para elaboração de sua própria legislação processual (civil e penal), foi expedido o Decreto nº 763, de 19 de

---

<sup>27</sup> A criação do Supremo Tribunal Federal implicou a previsão, no artigo 11 do Decreto nº 848, de 11/10/1890) do Recurso Extraordinário, embora este qualificativo somente tenha sido empregado, pela primeira vez, no Regimento Interno do STF, de 26/2/1891.

<sup>28</sup> Essa redução do número de juízes do Supremo Tribunal Federal importou na aposentadoria de seis ministros, alguns deles por serem adversários da Revolução de 1930. Interessante lembrar que a Constituição de 1934, que voltou a fixar em 11 o número de ministros, alterou o nome do órgão de cúpula de nosso Judiciário para *Corte Suprema*, ripristinando-se a denominação anterior poucos anos depois, na Carta de 1937.



setembro de 1890, o qual mandava aplicar o Regulamento 737, de 1850, às demais causas não comerciais.

Passou, deste modo, o Regulamento 737, de 1850, a ser a principal fonte de direito processual civil da Primeira República, a servir de inspiração-mor para os Estados, na elaboração de seus respectivos códigos.

Citem-se, como exemplo, os Estados de São Paulo e da Paraíba, que, por serem os dois últimos Estados a editar seus próprios códigos de processo, mantiveram-se sob a regência do Regulamento 737 até 1930. A seu turno, Goiás, Alagoas e Amazonas, que não promulgaram seus códigos, aplicaram o Regulamento 737 até março de 1940, quando entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1939. Mesmo os estados que promulgaram seus códigos, reproduziram em grande parte o conteúdo do Regulamento 737<sup>29</sup>, mantendo-nos, destarte, ainda apegados ao procedimento escrito e a todos os princípios do direito herdado das velhas ordenações portuguesas.<sup>30</sup>

Com a Revolução de 1930, e, posteriormente, com a Constituição Federal de 1934, começou a amadurecer a ideia de um autêntico Código de Processo Civil, mesmo porque o art. 5º, inciso XIX, “a”, da nova Carta Política restituía à União a competência exclusiva para legislar sobre direito processual<sup>31</sup>, encerrando o confuso e pouco produtivo período experimentado pelo federalismo modelado na Constituição de 1891.

O caminho para o novo código foi aberto pelo art. 11, das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, que determinava se

---

<sup>29</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 180) observa, porém, que uma das exceções ao copiamento do Regulamento 737 foi o Código da Bahia, de 1915, elaborado por Eduardo Espínola, bom conhecedor da legislação de língua alemã, nomeadamente das Ordenações do Império Alemão (1877), da Áustria (1895) e da Hungria (1911).

<sup>30</sup> Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, vol. 1 (Teoria Geral do Processo Civil). 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.p. 54.

<sup>31</sup> Ressalve-se, todavia, que o art. 104 da Constituição de 1934 permitiu aos Estados legislar “sobre a sua divisão e organização judiciária”, mantendo-se, assim, certa descentralização das regras de estrutura e funcionamento dos órgãos jurisdicionais estaduais.

nomeasse comissões de juristas para organizar tanto o Projeto do Código de Processo Civil quanto o Projeto do Código de Processo Penal.

Em 25 de novembro de 1936 foi promulgada a primeira lei processual de âmbito nacional, ou seja, a Lei nº 319, para regular “os recursos das decisões finais das Cortes de Apelação e de suas Câmaras”, instituindo-se, assim, o recurso de Revista, para a Corte Plena dos Tribunais Estaduais (Cortes de Apelação) e o recurso de Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, de acordo com os respectivos regimentos.”, lei que, como observado por FREDERICO MARQUES, a então Corte de Apelação de São Paulo erroneamente julgou inconstitucional<sup>32</sup>.

Sublinhe-se, ainda, que, antecipando as reformas que seriam consolidadas no ano seguinte, o Decreto-lei n. 960, de 17/12/1938, acolheu o despacho saneador do moderno direito processual português e adotou os princípios da oralidade (concentração, debate oral da causa em audiência, imediatidade e identidade física do juiz), para os executivos fiscais.

## V. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Inobstante a ruptura política de que resultou a instituição do Estado Novo, sob a égide da Carta “Polaca” de 1937, não se arrefeceu a ideia codificadora, até porque continuávamos a ter como referências as normas produzidas ainda no tempo do Império.

Com esse propósito, o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, nomeou uma comissão de juristas para apresentar projeto de novo código de processo civil, da qual desligou-se Pedro Batista Martins para apresentar um projeto pessoal, adotado pelo Governo, que o publicou a fim de receber sugestões.

Aperfeiçoado e revisto o Projeto, para o que colaborou o processualista e magistrado Guilherme Estelita, do Distrito Federal,

---

<sup>32</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 56.

veio o nosso primeiro Código de Processo Civil a ser publicado no dia 18 de setembro de 1939, para entrar em vigor a 1º de março de 1940, pelo Decreto-lei nº 1.965, de 16 de janeiro de 1940.

O Código de 1939 era composto por 1.052 artigos, divididos em 9 (nove) livros: a) Disposições Gerais; b) Do Processo em Geral; c) Do Processo Ordinário; d) Dos Processos Especiais; e) Dos Processos Acessórios; f) Dos Processos da Competência Originária dos Tribunais; g) Dos Recursos; h) Do Juízo Arbitral; e i) Disposições Finais e Transitórias.

As duas principais inovações processuais introduzidas pela novel legislação podem ser resumidas ao proclamado abandono dos formalismos inerentes ao procedimento escrito, e a afirmação do novo papel do juiz na condução do processo, que passa a ser concebido como um instrumento público de investigação da verdade e de distribuição de justiça.

No que concerne à opção pela oralidade, a Exposição de Motivos do Projeto do CPC de 1939 é muito clara ao dizer que “o futuro Código não poderia deixar de afeiçoar-se ao sistema a que quase todos os Códigos de Processo do mundo se vêm progressivamente conformando...”<sup>33</sup>

A oralidade – prossegue a Exposição de Motivos – “confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas”

No tocante à outra principal inovação trazida pelo CPC de 1939, a leitura da sua Exposição de Motivos bem ilustra a nova concepção que se procurou imprimir à nossa legislação processual.

---

<sup>33</sup> A Exposição de Motivos do CPC de 1939 não alude, em nenhum momento, às codificações da Alemanha e Áustria, mas há alguns dispositivos que, conforme observa BARBOSA MOREIRA, são verdadeira cópia disfarçada de seus correspondentes alemães. Com efeito, “os textos dos artigos 89, 90 e 92 do Código de 1939 reproduzem, quase literalmente, os dos §§ 61, 62 e 63 da ZPO alemã.” (*Temas...cit.*, p. 182)

De fato, criticando as formalidades bizantinas, minúcias rituais e técnicas do regime jurídico então vigente, que se transformava em “um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados no seu desenlace”, proclama o subscritor da Exposição de Motivos o abandono da concepção duelística, “em que o Estado faz apenas ato de presença, desinteressando-se do resultado dos processos pelos quais foi obtido”, e sua substituição por uma concepção publicística do processo, que passa a ser concebido como “instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça”.

Destaca-se a figura do juiz, que, nessa nova concepção do processo, passa a intervir no processo, com o objetivo de “investigação dos fatos e descoberta da verdade”, abrandando, desse modo, os rigores do princípio dispositivo no tocante à matéria de prova, já que são conferidos ao magistrado poderes instrutórios. Vence, portanto, a ideia de que “o juiz é o Estado administrando justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos”.

Interessante observar, a propósito, que Francisco Campos repudia a opinião de que essa concepção ‘autoritária’ (no sentido de dar ao juiz a autoridade de conduzir os rumos do processo) seja relacionada ao “caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos”, citando, em reforço à sua peroração, os reclamos da doutrina americana e inglesa, países com tradição democrática, por um processo com participação mais ativa do juiz.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Essa também é a opinião de BARBOSA MOREIRA (*Temas... cit.*, p. 183), quando sugere inexistir vinculação entre a ideologia estatal da época e as inovações trazidas com o novo código, entendendo como mero “expediente retórico” tal insinuação. Aliás, sobre a possível influência ideológica dos regimes autoritários vigentes na Alemanha e na Itália, Barbosa Moreira a crê de “de importância secundária”, pois as ideias que inspiraram a elaboração dos respectivos diplomas processuais (oralidade, publicidade, e mesmo o reforço do princípio da autoridade, com a adoção de um juiz mais ativo e com o abrandamento do princípio dispositivo) já vinham de épocas anteriores e continuaram a manifestar-se mesmo após a queda do regime nacional-socialista.

Nada obstante essa aparente mudança radical nos rumos do processo civil brasileiro, alguns processualistas dirigiram severas críticas ao novo código. Uma das mais contundentes proveio de ALFREDO BUZAID, que, após destacar aspectos positivos da primeira parte do Código (adoção da oralidade e seus consectários lógicos), asseverou, *verbis*:

*“Mas o legislador brasileiro, que se empenha em elaborar com rigor científico a primeira parte, não é feliz nas demais. Mantém injustificavelmente uma série exaustiva de ações especiais (do art. 298 ao 807) minuciosamente reguladas e engloba, nesses quinhentos dispositivos legais, que compreendem quase a metade do Código, processos de jurisdição contenciosa e voluntária, dispostos sem ordem, sem unidade e sem sistema. Vergando ao peso da tradição, conserva as linhas fundamentais do quadro de recursos que herdamos de Portugal, com distinções sutis, que os tornaram instrumento de difícil manejo. O processo de execução, que reproduz quase em tudo o Regulamento n. 737, de 1850, não contém senão algumas pequenas e tímidas inovações. O Código foi obra lamentavelmente de improvisação; faltou preparação doutrinária, indispensável não só para compreender os princípios fundamentais que informam a sua primeira parte, mas sobretudo para evitar o desconchavo com as demais partes, especialmente a que regula os recursos e disciplina a execução. Na Itália, a reforma foi precedida de larga discussão, para a qual concorreu com o seu apostolado científico Chiovenda durante muitos anos de ensinamento universitário”*<sup>35</sup>

No entanto, é forçoso reconhecer<sup>36</sup> que essa apregoada oralidade, com todos os seus consectários (concentração dos atos processuais, imediatidade e identidade física do juiz, além da irrecorribilidade das decisões interlocutórias), afirmados pelo Ministro Francisco Campos, não teve a esperada dimensão e não atingiu os proclamados resultados.

---

<sup>35</sup> MOACYR LOBO DA COSTA. *Breve notícia... cit.*, p. 100.

<sup>36</sup> Para MOACYR AMARAL SANTOS, por exemplo, o Código de 1939 não conseguiu, em que pese haver proclamado como um dos seus princípios informativos o da celeridade processual, melhorar as condições da justiça brasileira (*Primeiras linhas... cit.*, p. 56).

Ainda sob esse aspecto da reforma – a adoção da oralidade – destaca JOÃO BONUMÁ que “... os princípios seculares que o [processo civil brasileiro] inspiravam não foram senão parcialmente abalados na sua estrutura. Continuou sendo ele um processo essencialmente escrito, apesar dos pruridos de oralidade de que tanto alarde fizeram seus organizadores...”<sup>37</sup>

Somos inclinados a concordar, ao menos parcialmente, com referido pensamento, se analisarmos, com isenção, o que efetivamente se inovou na temática que mais nos interessa no presente estudo – os meios de impugnação.

Ainda fazendo alusão ao teor da mensagem que apresenta o Projeto do CPC de 1939, afirma-se que: “Quanto aos recursos, foram abolidos os dos despachos interlocutórios. Tais recursos concorriam para tumultuar o processo, prolongá-lo e estabelecer confusão no seu curso. Fundavam-se na sua generalidade em matéria de caráter puramente processual, e só se justificariam em um sistema de processo concebido de maneira rígida ou hierática, como tendo por única finalidade a estrita observância das suas regras técnicas, sem atenção ao seu mérito e à sua finalidade”.

O fato, porém, é que o Código de Processo Civil de 1939 continuou a reproduzir um modelo recursal marcado, desde suas origens lusitanas, por excesso de formalismo, quantidade irrazoável de recursos e apego à escritura.

Deveras, o CPC de 1939 não somente continuou a admitir a Apelação (art. 820), os Embargos de Nulidades ou Infringentes do Julgado (art. 833) e os Embargos de Declaração (art. 862), e a Revista<sup>38</sup>, como foi além.

---

<sup>37</sup> JOÃO BONUMÁ, *Direito Processual Civil*, 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1946, p. 239.

<sup>38</sup> O recurso de Revista (previsto no art. 853 do CPC 1939), tomou o nome do antigo recurso de Revista, do Regulamento 737/1850, mas dele divergia, pois o recurso imperial tinha função semelhante a que desempenha o atual Recurso Extraordinário, ao passo que o de 1939 tinha função similar à que hoje exerce o recurso de Embargos de Divergência (cf. OTHON SIDOU, *Processo Civil Comparado*, cit., p. 301).

Criou o Prejulgado<sup>39</sup> (figura de uniformização de jurisprudência, prevista no art. 861 do CPC de 1939, de iniciativa do próprio órgão jurisdicional, e que funcionava como uma espécie de Revista preventiva, “destinada a evitar a efetivação, ou reiteração da divergência, entre órgãos do mesmo tribunal, na interpretação das normas jurídicas”<sup>40</sup>), os Agravos Inominados<sup>41</sup>, bem como os Embargos contra decisões de alçada<sup>42</sup>, restabelecendo-se, ainda, o Agravo nos Autos do Processo<sup>43</sup>.

Quanto à apelação *ex officio*, ou remessa necessária, figura exótica de nosso direito, introduzida no Brasil independente (nas ordenações já era previsto, mas apenas na área criminal, relativamente às penas e aos suplícios) pela Lei de 4 de outubro de 1831 quanto às sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública, o CPC de 1939 (art. 822) a destinou para os casos de desquite e anulação de casamento, bem como para sentenças contrárias à União, ao Estado e ao Município.

Além desses recursos, outros meios de impugnação eram previstos em leis extravagantes (como era o caso da Carta Testemunhável, cabível

---

<sup>39</sup> A origem deste instituto remonta à Lei nº 17, de 20/11/1891, do Estado de Minas Gerais, que já previa, em seu art. 22, mecanismo dirigido a uniformizar a jurisprudência, eliminando contradição entre decisões definitivas no Tribunal da Relação daquela unidade federativa, sobre questão de direito.

<sup>40</sup> SÉRGIO BERMUDES. *Curso...*, *cit.*, p. 154.

<sup>41</sup> Cabíveis contra a decisão do relator que rejeita, de plano, o recurso de Embargos (art. 836) ou da decisão que não admite o recurso de Revista (art. 860).

<sup>42</sup> Previsto no art. 839 do CPC de 1939, para atacar “sentenças de primeira instância proferidas em ações de valor igual ou inferior a duas vezes o salário-mínimo vigente nas capitais respectivas dos Territórios e Estados”, sendo cabível, nesses casos, apenas embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração, julgados, portanto, no mesmo grau de jurisdição.

<sup>43</sup> Portanto, ao contrário do afirmado na Exposição de Motivos, continuamos a prever recursos contra decisões interlocutórias, particularmente o Agravo de Instrumento (art. 842) e o Agravo no Auto do Processo (art. 851). Acrescente-se, ainda, para confirmar a fragilidade da proclamada “irrecorribilidade das decisões interlocutórias”, que, para aquelas decisões que não comportavam os dois referidos tipos de agravo, os tribunais passaram a admitir a possibilidade de uma espécie de sucedâneo recursal, a Correção Parcial (ou Reclamação, como veio a chamar-se em alguns Estados), tornando passível de impugnação praticamente todo ato judicial decisório e frustrando, definitivamente, os objetivos que inspiraram a adoção da oralidade.

contra a decisão de denegação da interposição ou seguimento do agravo de petição, nos executivos fiscais, conforme estabelecido no Decreto-lei nº 960); em regimentos de tribunais (como o Agravo Regimental, previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para rever decisão do presidente do Tribunal, de Turma ou do relator, que causasse prejuízo à parte); ou mesmo na Constituição Federal (como o Recurso Extraordinário, então previsto no art. 101 da Carta de 1937)

Esse breve relato da quantidade de recursos previstos na legislação processual brasileira parece confirmar a avaliação negativa que, décadas depois, dirigiu Alfredo Buzaid sobre o Código de 1939.

O caminho estava aberto, assim, para o surgimento, ainda em período de exceção democrática, de um Código que, a despeito das múltiplas reformas pontuais experimentadas ao longo dos últimos anos, já completa quatro décadas de existência, a merecer, portanto, sua substituição por um diploma que possa instrumentalizar um acesso mais racional, ágil e funcional à jurisdição, não apenas aos profissionais do Direito, mas, sobretudo, ao seu consumidor.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Direito judiciário brasileiro, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. A argüição de relevância no recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 1, 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

BAPTISTA, Doreste N. Da argüição de relevância no recurso extraordinário. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual (Quinta série). São Paulo: Saraiva, 1994.



BERMUDES, Sérgio. Curso de direito processual civil (Recursos). Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

BONUMÁ, João. Direito Processual Civil, 1º volume, São Paulo: Saraiva, 1946

BUZAID, Alfredo, Exposição de Motivos do Código de Processo Civil.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Recurso especial, agravos e agravo interno. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CORREA, Orlando de Assis. Os recursos no Código de Processo Civil. 2ª. ed. Porto Alegre: Síntese, s/d.

COSTA MANSO, M. O processo na segunda instância e suas aplicações à primeira. Vol. 1. São Paulo: Acadêmica, , s.d.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Jurisdição e poder. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. Lineamentos da nova reforma do CP. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. A reforma do Código de processo civil: (Leis 8.455, de 24.8.92; 8.637, de 31.3.93; 8.710, de 24.9.93; 8.718, de 14.10.93; 8.898, de 29.6.94; 8.950, de 13.12.94; 8.951, de 13.12.94; 8.952, de 13.12.94; 8.953, de 13.12.94; 9.079, de 14.7.95; 9.139, de 30.11.95, e 9.245, de 26.12.95). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Instituições de Direito Processual Civil: Volume I, Título III, Capítulo VI, São Paulo, Malheiros, 2001.

FERREIRA, Pinto. Teoria e prática dos recursos e da ação rescisória no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1982.

FREDERICO MARQUES, José. Manual de direito processual civil, vol. 1 (Teoria Geral do Processo Civil). 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.



GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no Direito Processual Civil, Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 4, nº 1, janeiro/junho 2003.

GRINOVER, ADA P.; ARAÚJO CINTRA, A. C. e DINAMARCO, A. CÂNDIDO, *Teoria Geral do Processo*, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

LIMA, Alcides de Mendonça. Introdução aos recursos cíveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

\_\_\_\_\_. O Poder Judiciário e a nova Constituição. Rio de Janeiro: AIDE, 1989.

LOBO DA COSTA, Moacyr. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1970.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. História do direito processual brasileiro – Das origens lusas à Escola Crítica do Processo. Barueri: Manole, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

NERY Jr., Nelson (org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OTHON SIDON, J. M. Processo civil comparado – Histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PONTES DE MIRANDA. Comentários ao código de processo civil. Tomo I, 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. Recursos da nova Constituição: extraordinário, especial e ordinário constitucional em

mandado de segurança. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA PACHECO, José da. Evolução do processo civil brasileiro (Desde as origens até o advento do novo milênio). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. Dos recursos em primeiro grau de jurisdição. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, Ivan de Hugo. Recursos no novo Código de processo civil: Lei no. 5.869, de 11.01.1973, com as modificações das Leis ns. 5.925, de 01.10.1973, e 6.314, de 16.12.1975: estudos e comentários de acordo com as Leis ns. 6.014, de 27.12.1973, e 6.071, de 3.07.1974, e emendas regimentais ns. 2 e 3 do Supremo Tribunal Federal: indicação das súmulas e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinentes. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo, A efetividade do processo e a reforma processual. Revista Forense. Rio de Janeiro. v.90. n.325. p.09-16. jan./mar. 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos de. Teoria e prática dos recursos: de acordo com o novo Código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1974.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves comentários à 2a. fase da reforma do Código de processo civil: Lei 10,352, de 26.12.2001, Lei 10,358, de 27.12.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

## O PRESO, A JUSTIÇA E A COMUNIDADE



*Eliana Calmon*  
Ministra aposentada do Superior Tribunal de Justiça



**O PRESO, A JUSTIÇA E A COMUNIDADE**  
*Ministra aposentada Eliana Calmon*

## **I – INTRODUÇÃO**

A evolução do direito acompanha a história da humanidade, tendo-se no mundo ocidental, como marco zero, a Revolução Francesa de 1789. Inaugura-se aí a separação dos poderes e das funções estatais, passando a criação do direito a obedecer aos princípios básicos da era revolucionária, a começar pelo princípio da igualdade - todos são iguais perante a lei e com ela o nascimento dos direitos de segunda geração, os chamados DIREITOS POLÍTICOS, em substituição à era dos DIREITOS NATURAIS.

O princípio da igualdade formal assume o domínio absoluto das normas e, na esfera penal, inaugura-se o Período do Direito Penal Humanitário. O poder de punir, enfeixado nas mãos do Estado, afasta a ideia de vingança e torna-se poder dever, como instrumento de reprovação e prevenção de futuros delitos – é o DIREITO PENAL RETRIBUTIVO (ao mal do crime, o mal da pena).

Nesse ambiente de reformas estruturais e de profundas mudanças político-culturais, surgem os precursores dos sistemas penitenciários preocupados, pela primeira vez, com a criação de uma política criminal mais justa.

São desse período os fundamentos da legalidade estrita dos crimes e das penas (ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados em lei), a garantia das liberdades pessoais, a ideia de proporcionalidade entre o delito e a pena, a abolição da tortura e da pena de morte, a ideia de imputabilidade em decorrência do livre arbítrio e o mais importante dos acontecimentos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789.

Com a consciência de que não era possível ao Estado apenas criar direitos obedientes aos princípios introduzidos pela Revolução Francesa (liberdade, fraternidade e igualdade), deixando para as relações individuais o estabelecimento das regras de justa convivência, surge a consciência de que era preciso haver a intervenção do Estado em prol de uma igualdade efetiva, sob pena de não se poder alcançá-la senão formalmente. Em outras palavras, não era suficiente para os cidadãos terem direitos garantidos pelo Estado. Era necessário criar condições de acesso a esses direitos.

Mais de um século após a Declaração dos Direitos do Homem, é aprovada, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Segunda Declaração de Direitos do Homem e com ela um novo sistema de valores, de âmbito universal. Quarenta e oito nações assinam o documento que é a prova maior de que a humanidade compartilha de valores comuns, independentemente de suas origens, história ou religião. Esta foi a resposta dada aos horrores da Segunda Grande Guerra.

Banido o individualismo jurídico, na esfera penal registra-se substancial mudança pela preocupação não apenas com o crime e com a pena, aplicada dentro de uma proporcionalidade sistêmica, mas a preocupação se estende à pessoa do delinquente, cuja evolução levou ao modelo da pena como instrumento de ressocialização, ou seja, a pena tem como finalidade de ressocializar o delinquente para depois reintegrá-lo na sociedade.

A preocupação com o apenado levou, em 1955, o Congresso de Organização das Nações Unidas, realizado em Genebra, a aprovar as

Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, primeiras orientações modernas quanto às diretivas a serem impostas à prisão. E, a partir daí, não parou mais, pois na comunidade internacional é grande a movimentação.

O amadurecimento de novos valores, tais como bem estar, equidade real, manutenção da igualdade além das fronteiras estatais, aproximando os nacionais dos estrangeiros, faz eclodir uma nova era, a era dos DIREITOS SOCIAIS, ou direitos de terceira geração, na qual visualiza-se o homem integrado a um grupo.

As nações civilizadas em tempos distintos, mas consecutivamente, fazem uma revisão crítica de sua ordem jurídica cuja tônica foi deslocar o poder de criação da norma. Passa-se a examinar de per si o caso concreto e ao Legislador é dado elaborar as leis de forma aberta, a permitir que o juiz possa, no caso concreto, aplicá-la de forma peculiar.

O sistema, até então arraigado ao modelo de separação dos poderes, em que a norma era elaborada pelo Legislativo, para ser aplicada pelo Executivo e, autoritativamente, em caso de conflito, pelo Judiciário, muda inteiramente o foco. Segue o direito penal os novos rumos, fazendo um exame crítico das penas e da sua aplicação, atento à personalidade do delinquente.

Ao final do século XX, com a revolução tecnológica e a exploração de novos meios de comunicação o mundo tornou-se pequeno e globalizado. Novas ondas de crimes invadem o planeta, notando-se como característica a falta de limites para agir dos criminosos que não mais respeitam povos ou fronteiras, organizam-se para agir em países diversos, espalhando-se pelos diversos continentes. Surgem os gravíssimos crimes de terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos, por grupos organizados e infiltrados no aparelho estatal.

O Estado, sentindo-se ameaçado, passa a limitar as liberdades em nome da segurança da sociedade. O direito penal muda inteiramente



para punir com rigor os chamados crimes contra o Estado, ao tempo em que descriminaliza condutas e minimaliza as penas dos crimes de baixo potencial ofensivo.

Nessa nova era dos direitos de quarta geração, volta-se a atenção para um novo modelo de política criminal. É o modelo da **Justiça Restaurativa ou da Justiça Negociada**, fundado no consenso, no acordo e na negociação para a obtenção da pacificação interpessoal e social do conflito, para a recomposição dos danos à vítima, ou simplesmente a satisfação das expectativas de paz social da comunidade.

No **Modelo de Justiça Criminal Negociada** a confissão do delito e a assunção da culpabilidade leva a uma punição acordada, podendo-se também negociar a pena prisional, perda de bens, reparação de danos e forma de execução.

Este novo modelo deixa claro, no âmbito da Justiça Criminal, a existência de um espaço de consenso e de um espaço de conflito. O primeiro resolve o conflito mediante solução negociada, enquanto o segundo aguarda a palavra autoritativa do Estado.

Esta breve introdução tem por escopo mostrar a evolução dos modelos de aplicação de penas, os quais estão absolutamente inseridos dentro das diretrizes de cada era e de cada geração, cabendo a nós, ainda, criarmos a forma de enfrentar o problema nesta Era Digital, quando lidamos com os direitos de quarta geração.

## II – AS PENAS E A REPERCUSSÃO NA COMUNIDADE

Nos dias atuais é grande o interesse da comunidade jurídica, do próprio Estado, como responsável pelo *jus puniendi* e da Organização das Nações Unidas pelo assunto – **participação da comunidade no tratamento dos delinquentes**.

A comunidade, historicamente, sempre colaborou no tratamento dos presos, seja através das chamadas visitas humanitárias, seja pela participação no serviço de missivas, tradicionalmente incentivados e

coordenados por entidades religiosas ou filantrópicas organizadas em patronatos oficiais ou particulares.

Aliás, no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do crime e tratamento de Delinquentes realizada em Genebra, no ano de 1955, ao serem adotadas as “Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros”, diversos itens tratam da participação da comunidade na execução da pena privativa de liberdade.

Evidenciado o salutar papel da comunidade na atividade assistencial aos encarcerados, registra-se um elevado grau de participação, em nível de democracia efetiva. A sociedade não mais participa por assistencialismo, mas por compartilhamento, de forma organizada e direcionada, a partir de políticas públicas específicas que a envolve na atividade pertinente ao direito de punir, conforme recomendado pela ONU, desde 1995: *“desde o início do cumprimento da pena, deverá ser considerado o futuro do recluso depois da liberdade, devendo ser estimulado e auxiliado a manter ou estabelecer relações com pessoas e organizações externas, aptas a promover os melhores interesses da sua família e da sua própria reabilitação social.”* Com absoluta maestria o item 58 das regras básicas realça a preparação do preso para o seu retorno sadio ao convívio em sociedade, realçando a essencialidade da atuação direta da comunidade na educação e no estímulo de condutas cidadãs no delinquente, buscando-se a sua recuperação.

Seguiram-se as Regras de Tóquio, editadas pelas Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990, aprovadas mediante a Resolução nº 45/440, voltadas para as medidas punitivas não privativas de liberdade. Nelas há destaque para a participação da comunidade como recurso fundamental à ação da administração da Justiça Penal, fortalecendo os vínculos entre os delinquentes submetidos a medidas não privativas de liberdade e a sociedade. E continua afirmando: *“a participação da comunidade deve ser vista como uma oportunidade para que seus membros contribuam para a proteção de todos.”*

Em plena época de crise, quando se reconhece a ineficácia das penas privativas de liberdade pelos baixíssimos resultados quanto às funções

de prevenção e reintegração dos delinquentes, utilizam-se das penas substitutivas, ao tempo em que se volta a vista estatal para o decisivo papel de participação da comunidade.

No passado o papel de ressocialização era exclusivamente do Estado, mudando-se inteiramente o panorama na atual conjuntura, pela conscientização de que cabe à comunidade trabalhar juntamente com os órgãos estatais para a consecução de seus objetivos, dentre os quais a paz social.

A comunidade, como já registrado, sempre participou no tratamento assistencial dos encarcerados, mas era movida por motivos altruístas, filantrópicos ou religiosos, em trabalhos episódicos e sem sistematização.

O que se pretende agora é estabelecer um outro tipo de motivação, para que a participação da comunidade se faça por razões de cidadania, por dever de quem tem a obrigação cívica de contribuir na arte de governar, despertando-se, para tanto, a consciência de que o aparato estatal não se basta para realizar as atividades necessárias a uma ordem social justa e equilibrada.

Ao tempo em que se reclama da inação ou ineficiência estatais devem-se substituir as insatisfações por ação de compartilhamento e parceria.

Registre-se que, quanto mais livre e democrática a sociedade, mais eficazes se apresentam as críticas ao Estado, sendo tais reclamações importantíssimo elemento no desenvolvimento de qualquer atividade. Mas não basta reclamar, é preciso participar ativamente, sob pena de culpar-se a sociedade, na medida em que apenas exige e não colabora, como adverte Maurício Kuehne.

Contudo, o exercício da atividade participativa, a tônica dos direitos de quarta geração, exige tempo para educar e conscientizar, não sendo tarefa fácil, sequer para as nações desenvolvidas.

Dentre os diversos benefícios prisionais que envolvem a comunidade, temos a espécie identificada como **trabalho externo**. Modernamente,

procura-se, através do **trabalho externo**, manter o apenado fora da prisão, em contato direto com pessoas que exercem o mesmo tipo de trabalho, sendo este uma espécie de benefício legal que necessita da participação da comunidade, eis que o trabalho externo pode ser feito junto a empresas e atividades privadas, com as restrições pertinentes.

O benefício do trabalho externo pode ser concedido ao preso que esteja em qualquer dos regimes, fechado, aberto ou do semi-aberto, devendo-se observar as cautelas apropriadas a cada um dos regimes, preparando-se a comunidade com informações necessárias, evitando com isso hostilidade ou rejeição.

Anota-se ainda o decisivo papel da comunidade no acolhimento da mão de obra dos detentos que estão em regime de liberdade condicional, ou dos egressos do regime, pela aceitação da mão de obra dos ex-detentos sem preconceito algum, pela criação de um **CADASTRO DE EMPREGOS**.

Nota-se a importância da comunidade quando se verifica a perfeita **integração do apenado na sua própria comunidade**, mantendo-o próximo de sua família, dos amigos e dos conhecidos, sendo esta uma das recomendações de maior importância, nem sempre possível pela tendência de concentração dos regimes prisionais.

Toda a força participativa de um grupo social, para evitar dispersão e informalidade, pode ser formalizada via **Conselho Comunitário de Assistência aos Presidiários**, constituído por pessoas de realce na comunidade, com mandato certo e pré-estabelecido.

Uma das missões maiores do Conselho é sensibilizar e despertar o interesse da comunidade pela **participação no trabalho de construção de um sistema prisional inteiramente novo**, mediante o compartilhamento e a parceria, em prol da almejada paz social.

Afinal, tem-se hoje a consciência de que a punição não se esgota em si mesma. É preciso, mais do que ressocializar, É preciso inserir o egresso do regime punitivo e na sociedade.

Por fim, encontra-se na lei o fundamento precípua sobre a participação da comunidade na execução penal, o artigo 4º da Lei 7.210/84, - Lei de Execuções Penais, a qual dispõe que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança. Trata-se, como se vê, de um dever e não de uma mera faculdade.

### III – O PAPEL DO JUIZ

A Justiça Brasileira vive hoje com uma das suas maiores incoerências. Por dever de ofício aplica-se obrigatoriamente a Lei das Execuções Penais – Lei 7.210/84, mas ao mesmo tempo não se podem ignorar as lúcidas ponderações da doutrina quanto ao descrédito na recuperação do delinquente, fato constatado pelas elevadas taxas de reincidência que varia de 70 a 80%.

Afinal, dizem, não há como preparar alguém para viver em sociedade encarcerando-o, privando-o do convívio social, retirando-lhe a identidade pessoal e familiar, a intimidade e a vida privada.

O cárcere brutaliza, degrada a personalidade e o caráter, ingredientes importantíssimos para colocar o detento à mercê das lideranças paralelas do presídio.

Ciente e consciente da insuficiência de espaço carcerário, da falta de assistência médica e jurídica, ausências que elevam o nível de ansiedade dos presos à potência máxima, o Juiz Penal não tem o que fazer, colocando-se entre dois deveres, um funcional e outro de cidadania.

Abre-se caminho para a imaginação, para a única forma possível de escapar a um sistema inteiramente desacreditado: a Justiça Restaurativa ou Negociada, nas quais o magistrado divide sua responsabilidade pela solução alternativa de conflito, sabendo ainda dosar as suas decisões diante do potencial ofensivo do delito cometido.

Nas palavras do Professor Luiz Flávio Gomes, *“incumbe também aos próprios juízes a responsabilidade em procurar promover essa integração*

*comunitária, atuando principalmente na divulgação da importância da participação da sociedade, firmando convênios, esclarecendo às pessoas a maneira e o local em que podem prestar serviço voluntário, etc.”*

Não mais sendo o juiz um convidado de pedra e sim agente de criação no direito a ser aplicado no caso concreto, encontra-se devidamente autorizado pela lei, pela doutrina, pela ONU e pelo controle ético da sociedade brasileira, a inserir a comunidade como partícipe na tarefa de aplicar a lei penal.

#### IV – CONCLUSÕES

1) A evolução do direito penal acompanhou o perfil de todas as fases de mudança da ordem jurídica, desde a Revolução Francesa quando se decidiu limitar o Estado (DIREITOS NATURAIS) para ser possível deixar resguardados os direitos individuais (DIREITOS POLÍTICOS), passando pelos (DIREITOS SOCIAIS), até serem alcançados os direitos de quarta geração (ERA DIGITAL), quando se faz uma verdadeira revolução na aplicação do direito penal, aplicando-se o Modelo Restaurativo ou o Modelo da Justiça Criminal negociada pelos métodos de solução alternativa de conflitos tais como transação penal, acordo, mediação, etc.

2) A participação da comunidade na aplicação do direito penal tem origem histórica e antiga pelas visitas e missivas realizadas aos encarcerados, em trabalho executado de forma episódica e circunstanciado por razões altruístas, filosóficas, humanitárias ou religiosas.

3) Entretanto, chamou atenção o trabalho da comunidade como importante fator de integração do preso na comunidade, surgindo pela primeira vez em regra traçada pela ONU quando em 1955, em Genebra, ficando ali evidenciadas as regras de integração da comunidade ao lado do Estado, detentor absoluto e monopolítico de aplicação da pena.

4) Nas Regras de Tóquio, formuladas pela ONU em 14 de dezembro de 1990, voltou-se a pugnar pela necessidade de despertar a comunidade para a relevância do seu papel na aplicação da pena.

5) Na medida em que se tem consciência da crise quanto à eficácia das penas privativas de liberdade, voltando-se a Justiça pela aplicação das penas substitutivas, exorta-se o sentimento de cidadania e de patriotismo, preparando-se a sociedade para terem como elementos participativos os seus cidadãos, como co-responsáveis pelo bom funcionamento da máquina estatal.

6) Se os serviços do Estado são precários ou ineficientes, cabe aos cidadãos substituir as reclamações e queixas por maior participação, de sorte a também compartilhar das políticas públicas.

7) Dentre os diversos tipos de intervenção da comunidade destacam-se o **trabalho externo**, o **cadastro de mão de obra** para os detentos que cumprem pena em regime aberto, em liberdade condicional ou egresso do regime prisional, e a **criação do Conselho Comunitário de Assistência aos Presidiários**, como elo de ligação entre o estado e a comunidade.

8) Por fim, aponta-se na LEP o fundamento para buscar-se o apoio da comunidade na aplicação do direito penal, diante da redação do seu artigo 4º, o qual traduz-se não em uma faculdade do juiz e sim em um dever.

9) A incoerência do sistema e o difícil papel do juiz penal pela deficiência de um sistema absolutamente falido e assim apontado por mais da metade da doutrina.

10) Busca-se solução pelo ativismo judicial, plenamente autorizado nesta moderna fase de revisão crítica do direito.







*Gabinete do Ministro Diretor da Revista*

**Projeto gráfico**

*Coordenadoria de Programação Visual - STJ*

**Editoração**

*Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ*

**Impressão**

*Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF*

*Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ*

**Capa**

*Arte: Coordenadoria de Programação Visual - STJ*

*Fotógrafo - STJ*