

2



ISA MARIA FORMAGGIO MARQUES GUERINI
ORGANIZADORA

REVISTA JURÍDICA



ESA

MATO GROSSO DO SUL

Conselho Editorial Life Editora

Prof. Dr. Amilcar Araujo Pereira

UFRJ/ Faculdade de Educação

Prof. Dr. Edgar César Nolasco

UFMS/ Campo Grande-MS

Prof. Dr. Gilberto José de Arruda

UEMS/ Unidade de Dourados

Prof. Dr. Matheus Wemerson G. Pereira

UFMS/Campo Grande-MS

Prof. Dr. Giovanni José da Silva

UFMS/Campus de Nova Andradina

Prof^á. Dra. Helena H. Nagamine Brandão

Universidade de São Paulo - USP-SP

Prof^á. Dra. Joana Aparecida Fernandes Silva

UFG/Goiás

Prof. Dr. João Wanderley Geraldi

Universidade do Porto, Portugal/ INEDD/Universidade Siegen/Alemanha e Unicamp

Prof^á. Dra. Léia Teixeira Lacerda

UEMS/ Unidade de Campo Grande

Prof^á. Dra. Maria Cecília Christiano Cortez de Souza

Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo

Prof^á. Dra. Maria Leda Pinto

UEMS/ Unidade de Campo Grande

Prof. Dr. Marlon Leal Rodrigues

UEMS/ Unidade de Campo Grande



O papel utilizado neste livro é biodegradável e renovável. Provém de florestas plantadas que dão emprego a milhares de brasileiros e combatem o efeito estufa, pois absorvem gás carbônico durante o seu crescimento! A tinta utilizada na impressão das páginas é à base de soja, cujo componente é renovável e atóxico que não degrada o meio ambiente.

Conselho Editorial da Revista das ESA/MS:

Ricardo Souza Pereira
Diretor Geral

Marcelo Radaelli Da Silva
Vice-Diretor Geral

Leonardo Basmage P. Machado
Secretário Geral

Elaine Cler
Secretária Geral Adjunta

João Paulo Sales Delmondes
Diretor-Tesoureiro



Copyright © by **ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB-MS**

Direitos Autorais reservados de acordo com a Lei 9.610/98

Coordenação Editorial

Valter Jeronymo

Organizadora

Isa Maria Formaggio Marques Guerini

Projeto Gráfico

Life Editora

Revisão

Os próprios autores

Impressão e Acabamento

Life Digital



Life Editora

Rua Américo Vespúcio, 255 - Santo Antonio

CEP: 79.100-470 - Campo Grande - MS

Fones: (67) 99263-5115 - Cel.: (67) 99297-4890

life.editora@gmail.com • www.lifeeditora.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB-MS

Revista da ESA Volume 2 - Escola Superior de Advocacia - OAB-MS / ESA -
Escola Superior de Advocacia - OAB-MS – Campo Grande, MS: Life Editora,
2021.

350p. : il. : 23 cm

ISBN 978-65-5887-119-4

1. Direito 2. Advocacia 3. Escola Superior de Advocacia I. Título

CDD - 370

Proibida a reprodução total ou parcial, sejam quais forem os meios
ou sistemas, sem prévia autorização da OAB-MS ESA.

Apresentação

A gestão da ESA/MS 2019/2021 buscou através da revista da Escola Superior da Advocacia consubstanciar a produção jurídico-científico do estado de Mato Grosso do Sul, abrindo mais um elo para a produção jurídica de artigos científicos, que são produzidos pela classe jurídica como um todo, oportunizando um novo veículo para a divulgação das formas de pensar acerca de temas específicos do Direito de extrema importância na vida profissional e acadêmica dos profissionais do estado de Mato Grosso do Sul.

Deste modo, a Escola Superior da Advocacia (ESA/MS) cumpre seu papel, tanto na continuação de formação de profissionais do Direito, através de seus cursos, seminários, palestras e congressos, e agora fechando esse ciclo com a revista que seria uma forma de implementar fisicamente a forma de pensar da sociedade jurídica de Mato Grosso do Sul.



MATO GROSSO DO SUL

ESA

Sumário

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes no Controle Concentrado de Constitucionalidade ante o Sistema de Precedentes <i>Vinícius César Rodrigues Freitas, José Manfroi e Maria Teresa de Mendonça Casadei</i>	09
Universalidade dos Direitos Humanos Frente à Diversidade Cultural nos Países <i>Luciana da Silva Vilela e Roberta Seben</i>	35
Epopeia na Busca pela Prestação Jurisdicional Justa e Efetiva: êxito na Perseverança Recursal <i>Amanda Camargo Manhabusco e Kayque Fernando Marin dos Santos</i>	57
A Aplicação do <i>Overruling</i> Equivocado pelas Cortes de Justiça: uma Questão de Segurança Jurídica <i>Israel Longen</i>	85
A Exigência de Programas de Compliance na Celebração de Contratos Públicos: a Legalidade e a Eficácia do Instituto <i>Eduardo Marques de Souza Costa Junior, Luiz André de Carvalho Maccena e Heitor Romero Marques</i>	103
Responsabilidade Civil pela Perda de Tempo Vital nas Relações de Consumo <i>Letícia Natália Ribeiro da Silva Santos</i>	123
Aplicação da Teoria Punitive Damages no Direito Brasileiro <i>Marcelo Júnior Nunes de Menezes, Eduardo Henrique Magiano Perdigão Lima Cardoso Ferro</i>	153
Legalização do Parto Anônimo: Análise Sociojurídica <i>Larissa August de Oliveira, Maria Teresa de Mendonça Casadei e José Manfroi</i>	175
Negócios Jurídicos Processuais <i>Mateus kruký Guevara, Rosana Cristina Kruký Guevara</i>	193

Legitimidade Concorrente da Parte e de seu Advogado para Recorrer do Capítulo dos Honorários Sucumbenciais

Cassiano Garcia Rodrigues, Rodrigo Rodrigues da Silva.....217

Big Data como Instrumento Jurídico de Prevenção dos Crimes de Corrupção por parte do Estado e Terceiros

Josemar Campos Maciel, Raphael R. Chaia Jacob e Rodrigo José C. Ângelo...235

Os Homicídios ocorridos na Condução de Veículo Automotor, sob a Influência do Álcool: a Problemática da Culpa Consciente e do Dolo Eventual

Giovana Vieira Lino.....259

As Particularidades Jurídicas do Pacote Anticrime

Leandro José Torres Soares.....291

Sistemas Processuais Penais e o Controverso Sistema Misto Brasileiro

Lucas dos Santos, Heitor Romero Marques.....315

Incompatibilidade da Tabela *Price* para o Abatimento Proporcional por Liquidação Antecipada do §2º, Art. 52 do CDC

Cassiano Garcia Rodrigues.....337

A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ANTE O SISTEMA DE PRECEDENTES

Vinícius César Rodrigues Freitas¹

José Manfroí²

Maria Teresa de Mendonça Casadei³

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade ante o sistema de precedentes no Brasil. Tem como escopo verificar o sistema de precedentes inserido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei 13.105/15, bem como a aceção da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade, procurando demonstrar a sua aplicação na jurisdição constitucional nacional em virtude sobretudo da teoria estruturante da norma jurídica. A pesquisa pautou-se no método dedutivo, com uma abordagem qualitativa, visualizando-se, num primeiro momento, a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Num segundo momento, são analisados os preceitos relativos ao sistema de precedentes, acerca de sua concepção, entendimentos necessários para a compreensão integral do tema e sua proposta para o Brasil. Por fim, são analisadas as informações relativas à incidência da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade

1. Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco. Auxiliar Jurídico da Santos Filho Sociedade Individual de Advocacia. Estagiário de Direito devidamente inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Mato Grosso do Sul sob o nº 8.066-E. E-mail: vcesarrf@hotmail.com.

2. Doutor em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (1995). Graduado em Filosofia pela Faculdade Unidas Católicas de Mato Grosso (1990). Professor da Universidade Católica Dom Bosco. E-mail: jmanfroí@terra.com.br.

3. Doutoranda em Humanidades, Direito e Outras Legitimidades pela Universidade de São Paulo. Mestre em Estudo de Linguagens pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2016). Especialista em Metodologia de Ensino Superior pelo Centro Universitário da Grande Dourados (2010). Aperfeiçoamento em Teologia pela Universidade Católica Dom Bosco (2011). Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Católica Dom Bosco (2010). Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2003). Professora da Universidade Católica Dom Bosco. Advogada. E-mail: casadei.mjp@gmail.com.

em decorrência das análises anteriores. Após a análise dos conceitos reputados interessantes, concluiu-se que, por intermédio da interpretação dinâmica do direito, consubstanciado na teoria estruturante da norma, bem como da proposta do sistema de precedentes para o Brasil, os motivos determinantes do controle concentrado de constitucionalidade transcendem a parte dispositiva e passam a vincular a Administração Pública e o Poder Judiciário por observância, sobretudo, do princípio da supremacia da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Transcendência dos Motivos Determinantes. *Ratio Decidendi*. Sistema de Precedentes.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico consiste na teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade, considerando a concepção do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da sua aplicação, a conceituação indutiva oriunda da inserção do sistema de precedentes no Brasil por intermédio da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como a teoria estruturante da norma jurídica.

A teoria consiste basicamente na atribuição de eficácia vinculante⁴ e efeito *erga omnes*⁵ aos fundamentos determinantes do julgamento em determinada ação de controle concentrado de constitucionalidade.

O instituto em apreço enfrenta verdadeira inconstância quanto à sua aplicação na jurisdição constitucional, uma vez que o STF já decidiu em algumas oportunidades a possibilidade de aplicação da referida teoria (Informativo do STF n° 335), bem como já decidiu em outras oportunidade a sua não aplicabilidade, especialmente para o manejo de reclamação constitucional (Informativo do STF n° 808).

Entretanto, a Lei 13.105/15 instituiu na jurisdição brasileira o sistema de precedentes, o qual indica parâmetros vinculantes aos juízes e tribunais quanto à sua atribuição própria jurisdicional, sendo que, de

4. Eficácia vinculante consiste na vinculação do ato quanto aos demais que discutam questão idêntica, tornando o parâmetro obrigatório.

5. Efeito *erga omnes* consiste na indicação que os efeitos de determinado ato atingem todos os indivíduos ou membros de uma organização.

certa forma, alcançou por consequência a jurisdição constitucional.

Nesse sentido, para afirmação dedutiva acerca da aplicabilidade da teoria em estudo, cabe uma averiguação preliminar sobre a conceituação da referida teoria, a incumbência do STF ao realizar o controle, inclusive quanto à interpretação dinâmica do direito, bem como a atual proposta do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, o presente artigo científico é composto por 4 tópicos e utiliza como material de apoio e de pesquisa, além de material doutrinário, fonte do primária de estudo científico jurídico, por ser um tema eminentemente técnico, informativos de jurisprudência que abordam o posicionamento da Suprema Corte Brasileira.

A teoria em apreço tem ínsita ligação com o controle de constitucionalidade. No âmbito do território nacional a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) ocupa a base de validação de todas as demais normas com incidência no território brasileiro, ou seja, para que qualquer norma ou ato produza seus efeitos no âmbito nacional deverá estar em consonância com os preceitos e diretrizes estabelecidas na Constituição Federal.

Existe a presunção de que toda lei ou ato normativo são constitucionais, entretanto, nem sempre isso ocorre, uma vez que todo ato normativo é passível de estar eivado de algum vício quando confrontado com a Constituição Federal, quer seja formal, quer seja material, daí a necessidade do controle judicial e da instituição competente para realizar esse controle nos ditames da Lei Fundamental.

Controlar a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo consiste genuinamente na averiguação de verdadeira adequação da lei o ato normativo submetido ao controle com a Lei Maior, verificando-se, sobretudo, os requisitos formais e materiais impostos.

Nessa seara o legislador constituinte originário criou mecanismos de controle dos atos normativos, sendo de fato a sua confrontação direta com o Texto Fundamental, o qual pode ser exercido por todos os poderes constituídos na república, Executivo, Legislativo e Judiciário, visto que todos devem respeito à Constituição Federal.

Ademais, o aludido controle normativo possui divisões no que diz respeito ao momento, competência e objeto. O STF é o único competente para realizar o controle de constitucionalidade repressivo, concentrado e abstrato.

Do julgamento realizado pelo STF em sede de fiscalização normativa em abstrato, a decisão proferia sobre determinada Lei ou ato normativo possui eficácia vinculante quanto ao Poder Judiciário e à Administração Pública, servindo prontamente de orientação condutiva consubstanciada na relação hierárquica devidamente estabelecida.

Ocorre que a legislação processual atual, dentro de sua competência e de acordo com as recentes inovações legislativas, tem indicando conceitos indutivos para a extensão dos parâmetros de vinculação, especialmente nos casos de controle concentrado de constitucionalidade.

2 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade realizado pelo STF de forma concentrada e abstrata ostenta algumas características intrínsecas, especificamente quanto a seus efeitos, os quais são vinculantes, quanto ao Poder Judiciário e a Administração Pública, e *erga omnes*, ou seja, alcança todos em uma projeção extraprocessual, consoante expresso no art. 102, § 2º da CRFB/1988.

Os efeitos tradicionalmente decorrem da parte dispositiva⁶ da decisão da corte em determinada ação de controle de constitucional de forma concentrada, isto é, a parte dispositiva do acórdão é que vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Nessa seara se o STF ao julgar em sede de controle concentrado que determinada lei X é inconstitucional, a vinculação *erga omnes* recai especificamente sobre a aplicação da referida lei declarada inconstitucional.

Entretanto há o entendimento de que a eficácia vinculante das decisões não pode estar limitada à sua parte dispositiva. Trata-se da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade, a qual considera no processo de fiscalização normativa *in abstracto*, a eficácia vinculante também à *ratio decidendi*

6. A parte dispositiva da sentença corresponde ao terceiro requisito essencial da sentença, a qual é dividida em relatório, fundamento e dispositivo, e consiste na abordagem da conclusão da decisão, quer seja monocrática, quer seja oriunda de órgão colegiado.

(razão de decidir), projetando-se, para além da parte dispositiva do julgamento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, caracterizando sua verdadeira irradiação.

Essa percepção de transcendência ou irradiação dos motivos determinantes consiste no reconhecimento de que a eficácia vinculante não está limitada apenas à parte dispositiva, mas também está entrelaçada aos próprios fundamentos determinantes do julgamento que a Corte Extraordinária venha proferir em sede de controle concentrado em abstrato (MORAES, 2003).

Nesse sentido, se o STF, em julgamento de controle concentrado de constitucionalidade decidir que determinada lei “X” é inconstitucional, não somente a eficácia dessa lei específica fica comprometida, mas toda aquela que tiver semelhança com a lei declarada inconstitucional, no que se refere especialmente quanto aos fundamentos determinantes elegidos pela Corte Suprema.

Oportunamente vale salientar que a teoria em estudo consiste apenas na transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado e não no controle difuso. A abstrativização do controle difuso, que atribui efeito *erga omnes* e eficácia vinculante ao controle incidental realizado pelo STF, possui maior resistência por parte da doutrina, sendo também assunto distinto do presente trabalho.

A referida teoria não consiste em um arrastamento do controle realizado, mas sim na ampliação do parâmetro de interpretação constitucional, o qual passa a ser também os fundamentos essenciais do julgamento.

A ampliação do aludido parâmetro de adequação constitucional incide primordialmente na necessidade de preservação da força normativa da Constituição Federal sob uma ótica integral, a qual é revestida de supremacia e conseqüentemente deve ser velada, observada e valorizada em face de sua autoridade e grau hierárquico (PALU, 1999).

Ao tratar sobre o assunto, Lenza (2016, p. 364) leciona que a teoria em estudo se baseia na *ratio decidendi* da decisão, a qual “é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação”. Posteriormente o mencionado autor estabelece a distinção de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, indispensáveis para compreensão integral do tema.

Obiter dictum (“coisa dita de passagem”) ou simplesmente *dictum* são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, aceita a “teoria do transbordamento”, não se falará em irradiação de *obiter dictum*, com efeito vinculante, para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi*, sendo *holding* a denominação mais usual na experiência norte-americana, é a **fundamentação essencial** que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, aceita a “teoria dos efeitos irradiantes”, a **“razão da decisão” passaria a vincular outros julgamentos.** (grifos nossos).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 652), ao lecionarem sobre *obiter dictum*, asseveram que “*obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução”.

Nesse diapasão percebemos que o que vincula não é a fundamentação da decisão, mas sim a *ratio decidendi*, a qual aborda a análise específica da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser decididas pelo julgador (MARINONI, ARANHART e MITIDIERO, 2016), não alcançando, por oportuno, o *obiter dictum*, a qual, por sua vez, consiste apenas em comentário passageiro, não determinante para a decisão no controle normativo em abstrato.

O Supremo Tribunal Federal vinha atribuindo eficácia vinculante aos fundamentos determinantes da decisão em sede de controle concentrado e abstrato (LENZA, 2016), consoante se vislumbra no entendimento da Excelsa Corte sedimentada no Informativo do STF nº 379, entretanto, em julgamento mais recente houve a sobreposição da inaplicabilidade da teoria em apreço, consoante se depreende do julgamento na Reclamação Constitucional nº 10.604/STF.

O mencionado entendimento que afasta a atribuição da eficácia vinculante aos fundamentos determinantes da decisão tem sido fortalecido sob o argumento de que com a utilização de Reclamação Constitucional para uniformização da jurisprudência infraconstitucional, o STF tem se transformado em um Tribunal de Revisão, o que contraria sua essência. Estamos diante de verdadeira jurisprudência defensiva (LENZA, 2016).

Ademais o Informativo do STF nº 808, estabelece que “a juris-

prudência do STF é firme quanto ao não cabimento de reclamação fundada na transcendência dos motivos determinantes do acórdão com efeito vinculante”, o que literalmente atesta a inaplicabilidade da aludida teoria como parâmetro de constitucionalidade.

Entretanto a Lei 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil, a qual entrou em vigência em 18 de março de 2016, estabelece em seu art. 988, III, que a reclamação é cabível para assegurar a observância à decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, bem como estipula no § 4º do mesmo dispositivo que a hipótese tratada no inciso III compreende a aplicação indevida de tese jurídica ou sua não aplicação nos casos a que ela correspondam.

Nesse sentido observa-se que o Código de Processo Civil preza pela observância não só de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, como especificamente quanto à aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam, o que deveras atesta, no mínimo, a previsão da teoria da transcendência dos motivos determinantes no texto legal.

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES E A SUA PROPOSTA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei 13.105/2015 inovou no campo processual civil em diversos aspectos. Uma das inovações relevantes que houve com a nova Lei foi a inserção do sistema de precedentes no Brasil, estabelecendo assim parâmetros indicativos de vinculação das decisões judiciais. Essa inovação corresponde em verdadeira aproximação da tradição *civil law*⁷ da tradição *common law*⁸.

Nesse sentido, o art. 926 do CPC estabelece que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Insta salientar que a jurisprudência não corresponde a precedente, até porque não pode ser compreendida como sinônimo técnico e se essa foi a proposta original, de fato está equivocada.

Na realidade o referido dispositivo materializa a incumbência das

7. Estrutura jurídica que consiste na aplicação do direito a partir da lei escrita.

8. Estrutura jurídica que consiste na aplicação do direito a partir dos costumes e precedentes.

Cortes Supremas, no caso do Brasil, o STF e o STJ, de dar unicidade ao direito, cuja função primordial é interpretar o direito e revelar o entendimento do direito constitucional e o direito federal no Brasil (MARINONI, ARANHART e MITIDIERO, 2016).

O art. 927 do CPC traz expresso o dever de observância dos juízes e Tribunais a um rol indiscriminado e homogêneo de parâmetros oriundos de julgamentos e orientações dos tribunais divididos doutrinariamente em Cortes Supremas, STJ e STF e Cortes de Justiça, TRF e TJ (MARINONI, ARANHART e MITIDIERO, 2016).

O rol do citado dispositivo aborda como parâmetro de observação obrigatória (I) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, (II) os enunciados de súmula vinculante, (III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, (IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O dispositivo legal retro mencionado estabelece o núcleo do sistema de precedentes, entretanto, a abordagem indistinta dos parâmetros indicativos de observância não corresponde integralmente ao conceito de precedente, o qual depende da interpretação da lei e não se confunde com a jurisprudência dos tribunais.

Assim, para integral compreensão do estudo exposto, cabe analisar a interpretação do direito como indicadora de precedente, a ressignificação doutrinária acerca do conceito de súmula e jurisprudência, o atual conceito de precedentes e de fato a vinculação gerada pela inserção deste instituto no Brasil.

3.1 Da interpretação e aplicação do direito e da concepção de norma jurídica

Da análise quanto a interpretação e aplicação do direito, quer em matéria constitucional, quer em matéria infraconstitucional, nota-se que ambas incidem concomitantemente, e precedem, por consequência, à análise jurisdicional, a qual, em regra, em uma esfera constitucional analisa sob a ótica jurídica os preceitos constitucionais e em uma

esfera infraconstitucional os preceitos infraconstitucionais, ressalvada exceções.

Há de se observar que os juízes e tribunais estão condicionados à legalidade e, portanto, sua esfera de atuação e julgamento baseiam-se na lei, aplicando, por conseguinte a norma jurídica em questão. Entretanto, não se pode confundir texto com norma, uma vez que norma não é objeto, mas sim o resultado da interpretação da lei em uma aplicação concreta.

Nesse propósito Grau (2002, p. 17) afirma:

O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.

O objeto da interpretação hermenêutica é o texto, e do exercício de interpretação a norma é alcançada como resultado. Em um simples silogismo entendemos então que quem produz a norma jurídica é, portanto, o intérprete.

O texto de lei é criado pelo Poder Legislativo e a partir do texto criado se desenvolve a atividade de interpretação, a qual possui a incumbência de transformar, por consequência, o texto em norma, sob uma premissa de subsunção do texto com a realidade (SGARBI, 2006).

O direito é uma arte alográfica⁹, pois reclama um intérprete para dar o sentido real do texto de lei em norma jurídica, sendo que os juristas são os artistas que o interpreta (STRECK, 2007). A norma é produto da interpretação, portanto, nessa seara, é correto afirmar que a norma é sobretudo produto da atuação judicial (BARROSO, 2018).

Estamos diante da teoria estruturante da norma, a qual refuta a simples subsunção do fato ao texto normativo, mas sim preceitua que não há norma em abstrato, visto que o caso submetido a juízo deve ser submetido ao texto normativo para que, por intermédio do exercício de interpretação, a norma jurídica surja. A mencionada teoria estruturante da norma foi apresentada inicialmente por Friedrich Muller, de acordo com Nery Jr. e Abboud (2019, p. 151):

9. A arte alográfica é aquela que depende da mediação de um intérprete para o destinatário obter as sensações estéticas da obra.

Assim, a obra de Friedrich Muller é a pioneira em apresentar e sistematizar uma teoria para se navegar nas águas do pós-positivismo: trata-se da teoria estruturante do direito. A partir da metódica estruturante é possível enquadrinhar a norma a partir de nova perspectiva, mediante a qual passa a inexistir a cisão entre o estudo do direito e a própria realidade.

Nesse sentido, o STJ é o intérprete maior da lei federal, e possui a incumbência de, por intermédio do exercício de interpretação, criar a norma jurídica por meio do processo normativo, o que não se confunde com criação de lei.

Por sua vez o STF ostenta a qualidade de intérprete maior no texto constitucional e de acordo com a sua interpretação a norma constitucional emerge, constituindo então parâmetro de adequação entre determinada lei ou ato normativo com a norma constitucional.

A concepção de norma jurídica como resultado da interpretação do texto de lei fomenta a aceitação do sistema de precedentes, inclusive quanto à atribuição às cortes supremas da qualidade de responsáveis pela unicidade do direito por intermédio de seus precedentes, os quais são oriundos, redundantemente, de suas interpretações.

3.2 Da ressignificação dos conceitos de súmula e jurisprudência e da aceção de precedentes

Identificado o equívoco técnico conceitual sobre o sistema de precedentes no que tange ao art. 927 do CPC expor um rol indistinto de parâmetros vinculativos aos juízes e tribunais, o instituto em apreço (precedentes) refletiu na conceituação clássica de súmula e jurisprudência, possibilitando, quiçá, uma ressignificação de seus conceitos.

Em uma concepção clássica a súmula correspondia basicamente a um sistema de método de trabalho, facilitando, como forma de controle de interpretação abstrato e aplicação do direito, a atividade judicante, incidindo na análise do caso concreto, contudo, sem ser revestida de força vinculante (LEAL, *apud* MARINONI, ARANHART e MITIDIERO, 2016).

Por sua vez, jurisprudência consistia nas decisões reiteradas dos tribunais sobre determinado assunto, gerando uniformidade ca-

paz de servir como controle, entretanto, igualmente, sem gozar de força vinculante.

Ocorre que o novo CPC outorgou novo sentido ao conceito de jurisprudência e súmula. A jurisprudência que consistia meramente nas decisões reiteradas dos tribunais passa a dispensar a múltipla reiteração de julgamentos para sua caracterização, visto que basta um único julgamento sobre determinado incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, revestindo-se, portanto, de força vinculante, dado o dever de observância.

Por seu turno a súmula que antes era compreendida como método de trabalho criado pelos tribunais para os próprios tribunais, passa a servir como parâmetro de controle da interpretação da lei, como reflexo do processo normativo, observando por necessidade as circunstâncias fáticas que motivaram sua criação, saindo do plano abstrato (MARINONI, ARANHART e MITIDIERO, 2016).

Quanto ao precedente o seu conceito é de simples entendimento, e consoante Cole (1999, p. 10), observamos que:

A doutrina do *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, estabelecendo, assim, um precedente, a Corte continuará a aderir a este precedente, aplicando-o a casos futuros em que os casos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas.

Conseguimos compreender a identificação do precedente partindo da premissa que ele não se equivale à decisão judicial, mas sim que ele é formado a partir da decisão judicial, consoante assevera Marinoni (2013, p. 215-216):

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que se todo precedente ressaia de uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente. Note-se que o precedente

constitui decisão acerca da matéria de direito – ou, nos termos da *common law*, de um *point of law* – e não a matéria de fato.

Nesse sentido o precedente procede de uma decisão judicial que transcende o caso concreto no que se refere a seus motivos determinantes, não se limitando a plena reprodução do texto de lei (NEVES, 2016), mas sim desenvolvendo o processo normativo para posterior decisão de determinado caso concreto.

Não há precedente em abstrato, visto que ele só se constitui quando se decidiu à luz do caso concreto e suas especificidades considerando sua razão de decidir (BUENO, 2017). Logo, o precedente só se caracteriza quando a partir de determinada decisão é utilizado pela Corte de última instância como forma de parâmetro aos fatos relevantes que reclamam a aludida decisão (PINHO, 2018), visto que essa atribuição integra intrinsecamente seu conceito.

O precedente desencadeia verdadeira vinculação horizontal, uma vez que após ser exarado, sua consideração para efeito de aplicação do direito passa a ser obrigatória em todas as oportunidades que a matéria que originou determinado precedente volte a ser discutida pelo mesmo julgador em casos análogos (ZANETI JR., 2014).

3.3 Da proposta do sistema de precedentes no Brasil

Além da aproximação da tradição *civil law* da tradição *common law* proporcionada pelo sistema de precedentes, há de se observar que o aludido instituto processual possui como base de sua sustentação no ordenamento jurídico a proposta basilar de conferir unidade ao direito, isso porque se observou a possibilidade de utilizar da decisão judicial como elemento de unificação do discurso jurídico por intermédio do processo normativo.

Nessa seara lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 640):

A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solu-

ção de determinado caso concreto, mas também como um meio de promoção da unidade do direito.

Com a inserção do sistema de precedente na sistemática processual brasileira, faz-se necessário a distinção para um maior aproveitamento judicante das cortes responsáveis a aplicar a justiça no caso concreto e das cortes responsáveis à unidade do direito. Às primeiras cortes nos referiremos como Cortes de Justiça, enquanto às segundas cortes nos referiremos como Cortes Supremas, no caso da jurisdição comum, TJ e TRF, e STJ e STF, respectivamente (MITIDIERO, 2013).

A unidade do direito proporciona, de certa forma, isonomia quanto à aplicação da lei em casos semelhantes, dispensando eventuais contradições do entendimento jurisdicional, bem como a segurança jurídica ao jurisdicionado, o qual ao olhar para a justiça como um todo, sabe exatamente o que esperar da possível manifestação judicante, dissipando por consequência, ou ao menos tentando dissipar, a incerteza sobre os pronunciamentos judiciais.

Assim ensina Moreira (2012, p. 5): “Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão.”.

Os precedentes representam de certa forma a materialização do princípio da segurança jurídica, cumprindo o papel principiológico de condicionar a atividade do intérprete e dar unidade ao sistema (BARROSO, 2004). Nesse diapasão Canotilho (2003, p. 965-966) afirma que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida”.

Daí a previsibilidade proporcionada pelos precedentes, no que tange à manifestação jurisdicional acerca de determinado fato ou comportamento, garante a segurança necessária no relacionamento entre indivíduos particulares e entre estes com o Poder Público, proporcionando, por consequência, a efetividade dos direitos fundamentais constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Portanto, o sistema de precedentes inserido no Brasil ostenta como proposta primordial a unidade do direito por intermédio da interpretação dos textos normativos pelas cortes supremas, proporcionando, com efeito, segurança jurídica ao jurisdicionado, visto que dispõe da previsibilidade sobre as manifestações jurisdicionais.

3.4 Da vinculação da *ratio decidendi*

Superado a compreensão do sistema de precedentes, especificamente quanto ao seu conceito e proposta, cabe agora conhecer do parâmetro de vinculação. O que vincula nas decisões e conseqüentemente geram o precedente são as razões constantes de sua justificação, sendo que sempre devem constar ligação direta com os fatos narrados no relatório, demonstrando congruência entre a razão e o fato (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2013).

O precedente oriundo da decisão judicial é identificado, portanto, com a *ratio decidendi* de determinado caso. Não se pode confundir a *ratio decidendi* com a pura fundamentação da decisão, visto que a partir daí um vasto campo de incertezas e empecilhos poderiam ser criados. Há a necessidade da técnica de sua identificação. Trata-se do cerne individualizado e suficiente da fundamentação judicial.

Nesse sentido ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 652):

Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial. É preciso perceber, contudo, que *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação – nem, tampouco, de raciocínio judiciário. A *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito. Nada obstante, tanto a *ratio* como a fundamentação são formadas com material recolhido na justificação.

Assim nem tudo que está incluso na fundamentação da decisão pode ser considerado razão de decidir. Ocorre de haver também na identificação de precedentes o *obiter dictum*, que semelhantemente ao da identificação dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade, são comentários ditos de passagem, ou seja, não integram as razões fundamentais.

Logo é indispensável a técnica de identificação do precedente, prevenindo assim a possibilidade de o Poder Judiciário servir apenas como reproduzidor da jurisprudência. O processo de identificação do precedente depende piamente da matéria, sendo que deve existir sempre uma correlação entre o fato e a decisão, por intermédio do contraditório.

Assim estabelece o art. 489, § 1º do CPC.

A discussão entre o precedente existente e o fato submetido ao controle judicial é imprescindível, visto que deve existir identidade ou semelhança entre os aspectos fáticos-jurídicos entre os casos capazes de permitir a aplicação do precedente (MARINONI, ARANHART e MITIDIERO, 2016). Assim conseguimos identificar, garantindo sempre a discussão inerente a técnica, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

Ademais, a ausência de identidade entre o fato e o precedente não vincula o julgador à *ratio decidendi*, possibilitando ao intérprete deixar de aplicar determinado precedente quando amparado pelo instituto *distinguishing* (distinção), notadamente em virtude das peculiaridades existentes no fato submetido e discutido sob a ótica de determinado precedente.

4 A INCIDÊNCIA DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ANTE O SISTEMA DE PRECEDENTES

Consoante já exposto no presente trabalho, a teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade baseia-se precipuamente na atribuição de eficácia vinculante e *erga omnes* à *ratio decidendi* da decisão em controle concentrado.

A teoria enfrenta verdadeira inconstância quanto à sua aplicação pelas cortes superiores, especialmente quando analisado sob a ótica histórica, sendo que, atualmente, sem necessariamente considerar o sistema de precedentes, não vem sendo aplicada em virtude do Informativo do STF nº 808, o qual prevê que o STF não admite a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Entretanto, o CPC, Lei nº 13.105/2015, o qual entrou em vigor na data de 18 de março de 2016, inovou no sistema processual, incluindo para tanto o sistema de precedentes, conforme já exposto, inserindo no referido sistema de precedentes o controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido, o CPC ao prever que será utilizado reclamação para garantir a observância de decisão do STF em controle concentrado

de constitucionalidade, especialmente quanto à aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam, indica que a teoria está novamente em ascensão, notadamente pela atenção dada à tese jurídica como parâmetro de vinculação.

4.1 Da aplicação da teoria em virtude da função do Supremo Tribunal Federal e do sistema de precedentes

O STF desempenha o papel instituído pelo legislador constituinte originário de controlar os atos normativos em relação com a Constituição, sendo que de acordo com Mendes (1999, p. 181): “a aferição da constitucionalidade de ato normativo pressupõe colisão direta com a Constituição”.

Entretanto, considerando a interpretação dinâmica do direito, em virtude da teoria estruturante da norma, e conseqüentemente a sua aplicação, a qual consiste na conceituação de norma como produto do exercício de interpretação, bem como a atribuição do STF, como corte suprema apta a dar o sentido à norma constitucional e realizar o controle de constitucionalidade concentrado, visualizou-se, a oportunidade/necessidade de proporcionar ao jurisdicionado segurança jurídica das decisões judiciais.

Nessa seara o sistema de precedentes emerge como principal caminho a ser seguido no que tange a unificação das decisões judiciais em casos semelhantes, mantendo, sobretudo a isonomia e averiguação específica, quando os casos comportarem singularidades que indiquem a inaplicabilidade do precedente.

Ato contínuo, considerando que o sistema de precedentes garante o dever (imposição) de observância dos juízes e tribunais ao que foi decidido pelo STF em sede de controle de constitucionalidade concentrado, mediante disposto no art. 927, I do CPC, há de se considerar a atribuição do STF não só como guardião da Constituição, mas também de intérprete superior e criador da norma jurídica constitucional.

Essa idealização complementar confere à Corte Extraordinária brasileira uma atribuição mais abrangente e necessária como garantidora da unidade do direito em relação aos pronunciamentos do Poder Judiciário, notadamente em observâncias às manifestações do STF em controle concentrado.

O controle de constitucionalidade deve rechaçar todo e qualquer ato normativo que contraria seu teor, visto que se se admitir a eficácia de instituto incompatível com a Constituição verdadeira diferenciação entre governo ilimitado e limitado estaria desfeita, o que impediria a Constituição ostentar caráter de Lei Fundamental (WOLFE, *apud* NERY JR. ABOUD, 2019).

Não se pode admitir lei inconstitucional, inclusive preceitos declarados inconstitucional, ainda que prevista em lei ou ato normativo diverso, uma vez que vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da Supremacia da Constituição, o que favorece a irradiação da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

O efeito da inconstitucionalidade não recai apenas sobre a lei, mas sim sobre as circunstâncias da lei. Isso permite a vedação de determinada ofensa à Constituição ser repetida em Lei ou ato normativo distinto, visto que, conforme ensina Rosas (1999) a lei ou ato normativo declarado inconstitucional aborda vício crônico em respeito ao princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Nesse diapasão, observando o CPC que determina o uso da reclamação para garantir a observância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, especialmente quanto à aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam, observamos, no mínimo a existência da teoria da transcendência dos motivos determinantes positivada na legislação federal, uma vez que tese jurídica corresponde à *ratio decidendi*.

Nesse propósito lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 648):

A ratio decidendi da decisão de inconstitucionalidade da lei municipal X obviamente aplica-se à lei Y, de outro município, cuja dicção é igual ou similar a da lei X, antes declarada inconstitucional. O juiz ou tribunal que tem à sua frente a lei Y, ao tomar em conta a ratio decidendi da decisão de inconstitucionalidade da lei X, deve deixar de aplicar a lei Y por inconstitucionalidade.

Todavia, insta salientar que os motivos determinantes da decisão em controle concentrado de constitucionalidade, não são revestidos de imutabilidade e aplicação cega, uma vez que na mesma intensidade que a discussão é indispensável para distinguir *ratio decidendi* de *obter*

dictum, também é indispensável para analisar a aplicabilidade dos referidos motivos determinantes no caso submetido a julgamento, notadamente em virtude da teoria estruturante da norma.

Assim ensinam Nery Jr. e Abboud (2019, p. 151):

Contudo, se for o caso de uma sentença proferida em controle abstrato de constitucionalidade, com os efeitos vinculantes e *erga omnes* (CF 102 § 2.º), o enunciado do dispositivo somente poderá ser norma para o processo subjacente à sua constituição (ADIn, ADC e ADPF). Para os demais casos, será apenas um texto normativo que, tal qual todo o enunciado, comportará nova interpretação e adequação às particularidades dos casos que vinculará.

Ainda nesse diapasão Nery Jr. e Abboud (2019, p. 904), também lecionam que: “Todo provimento vinculante, seja lei, súmula, acórdão paradigma são textos (dados linguísticos) passíveis de interpretação para se alcançar a solução dos casos que lhes são subjacentes.”.

Portanto, visualiza-se que o CPC instituiu, por intermédio do sistema de precedentes, a possibilidade de utilização da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade para realização do controle de adequação da lei ou ato normativo com a Constituição Federal, especialmente no que tange à *ratio decidendi* extraída do julgamento em controle concentrado.

4.2 Da decisão em controle concentrado de constitucionalidade e da vinculação do Poder Judiciário e da Administração Pública à *ratio decidendi*

Consoante se depreende da leitura do art. 102, § 2.º da CRFB, vislumbra-se que as decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade produzirão efeitos contra todos e terá eficácia vinculante, relativamente quanto aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e/ou indireta.

Todavia, em virtude da teoria da transcendência dos motivos determinantes, a eficácia vinculante recai também sobre a *ratio decidendi*, a qual alcança não só o Poder Judiciário, em decorrência primordial do sistema de precedentes, como também a Administração Pública.

É bem verdade que a vinculação da Administração Pública à *ratio decidendi* do controle concentrado de constitucionalidade representa verdadeiro desafio, visto que no exercício direto das incumbências constitucionais do Poder Executivo, há independência quanto ao Poder Judiciário, além de proporcionar diversas discussões eventuais.

Destacamos entre as eventuais discussões a possibilidade do chefe do Poder Executivo deixar de cumprir um comando legislativo em virtude do controle de constitucionalidade realizado em norma estadual diversa a de sua competência.

Ao comparar a eficácia *erga omnes* do direito brasileiro com o alemão, Nery Jr. e Abboud (2019, p. 899) lecionam que: “O efeito vinculante, por sua vez, pode estender-se aos motivos determinantes, não se restringe ao dispositivo, porém não vincula os particulares, apenas os órgãos constitucionais e a Administração Pública”.

Ademais leciona Mendes (2011, p.190):

A limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força da lei. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

Assim a eficácia vinculante recai sobre a parte dispositiva do julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade, bem como sobre os motivos determinantes da fundamentação, sendo que tal eficácia recai sobre os demais órgãos do Poder Judiciário como sobre a Administração Pública.

4.3 Da reclamação como controle judicial em virtude da eficácia vinculante da *ratio decidendi* do julgamento em controle concentrado de constitucionalidade

A reclamação tem previsão constitucional nos arts. 102, inciso I, alínea l, 103, § 3º e 105, inciso I, alínea f, e consiste precipuamente no instrumento jurídico específico para garantir a competência dos tribunais superiores, bem como a autoridade de suas decisões. As hipóteses de cabimento e procedimento, além da previsão constitucional, estão

previstas nos arts. 988 ao 993 do CPC e na Lei nº 11.417/06.

Relativamente a teoria da transcendência dos motivos determinantes o STF vinha decidindo sobre a inviabilidade da utilização da reclamação fundada exclusivamente na transcendência dos motivos determinantes do acórdão com eficácia vinculante, consoante se vislumbra no Informativo do STF nº 808.

Claramente tal posicionamento configura verdadeira jurisprudência defensiva por parte do STF, sob o argumento de transformar a Corte Extraordinária em tribunal de revisão, bem como elevar a reclamação ao *status* de sucedâneo recursal.

Todavia em virtude de o CPC estabelecer eficácia vinculante ao sistema de precedentes, especialmente à *ratio decidendi* do julgamento em controle concentrado de constitucionalidade, parece-nos que tal entendimento foi superado, devendo o aludido posicionamento ser revisto pelo STF.

Nesse diapasão lecionam Nery Jr. e Abboud (2019, p. 905):

Parece-nos que o CPC vigente, ao conferir efeito vinculante a provimentos judiciais, na realidade, amplia o alcance das decisões que em regra seriam apenas *inter partes* (no caso de decisões de REsp e RE) ou de súmulas que vinculariam tão somente os tribunais que a criaram. Ou seja, o efeito vinculante do CPC atribui efeito *erga omnes* e vinculante para decisões que seriam tão somente *inter partes*, por consequência, atribui a essas hipóteses a possibilidade de se manejar reclamação.

Inclusive há previsão legal nesse sentido, especificamente no art. 988, § 4º, do CPC, o qual confere a possibilidade do manejo da reclamação para assegurar o dever de observância aos juízes e tribunais à decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, especialmente a aplicação indevida de tese jurídica ou sua não aplicação nos casos a que ela correspondam, isto é, à *ratio decidendi* do julgamento.

Portanto, a reclamação é o instrumento hábil de controle exercido perante o STF, uma vez que o julgamento parâmetro é oriundo dessa Corte Suprema, para assegurar a autoridade do julgamento em controle concentrado, inclusive quanto à sua *ratio decidendi*, visto que a eficácia vinculante alcança os demais tribunais e juízes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidades ostenta grande relevância no âmbito jurídico científico, notadamente em virtude de sua flagrante importância para o direito brasileiro, até porque incide no controle de adequação das leis e atos normativos com a Constituição Federal.

Superada as informações técnicas e conceituais sobre o tema em estudo, percebemos que o direito brasileiro tem se aproximado da cultura *commom law*, concepção notadamente fortalecida pelas influências pós-positivistas, como a teoria estruturante da norma jurídica.

Assim concluímos com o presente trabalho que a teoria da transcendência dos motivos determinantes do controle concentrado de constitucionalidade tem plena incidência no direito pátrio, em virtude da inserção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como pela validade conferida pela teoria estruturante da norma.

Oportunamente, ressaltasse que a principal limitação imposta à pesquisa materializada no presente artigo científico, corresponde à recente inserção do sistema de precedentes que gradativamente tem demonstrado a aproximação do direito pátrio com a *commom law*, o qual, comparado com tradições precursoras no âmbito do direito, revela-se tímido e imaturo.

Nesse diapasão o presente estudo contribui com a comunidade científica nos assuntos relativos ao controle concentrado de constitucionalidade, especialmente em virtude da Lei 13.105/15. Assim novas pesquisas poderão ser desenvolvidas investigando, por oportuno, a ligação existente entre o direito constitucional e processual, analisando sobretudo os futuros entendimentos interpretativos do STF em sede de controle concentrado.

Na especificidade do presente estudo concluiu-se ainda que a teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade almeja a concretização de um objetivo desafiador: dar unidade ao direito nacional.

A vinculação do Poder Judiciário e da Administração pública à *ratio decidendi* proporciona verdadeira segurança jurídica ao jurisdicionado, além de prezar pela isonomia no julgamento de casos semelhantes,

bem como observar o princípio da soberania da Constituição Federal.

Observamos que a eficácia vinculante da *ratio decidendi* do controle concentrado de constitucionalidade ao Poder Judiciário contribui para os objetivos da teoria, inclusive quanto ao sistema de precedentes.

Todavia reputamos ser extremamente delicada a situação quanto à vinculação da Administração Pública aos motivos determinantes do controle concentrado, visto que, por exemplo, o chefe do Executivo de determinado Ente Federativo poderá deixar de executar determinado comando legislativo em virtude do controle concentrado de constitucionalidade realizado em lei de estado diverso que conste o mesmo instituto e/ou comando, o que poderá gerar instabilidade de gestão.

A continuação da pesquisa científica com abordagem específica do sistema de precedentes e a atribuição institucional do STF possibilitará a consolidação do estado democrático brasileiro e fortalecerá as instituições nacionais, no sentido de desenvolver a prática interpretativa do direito e a relação entre Estado-Juiz e jurisdicionado, além de superar as inquietudes existentes sobre os dispositivos estudados.

Salienta-se, por fim, dois aspectos: a teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade não representa retrocesso na esfera constitucional e garante a consolidação da segurança jurídica em decorrência das concepções pós-positivistas, contribuindo assim para a estabilização do direito à realidade social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 05 out 1988, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 09 set 2019.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 20 dez 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm#art11. Acesso em 29 set 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 17 mar 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045. Acesso em 12 set 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo do STF nº 335**. Brasília/DF, 11 fev 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo335.htm>. Acesso em: 27 set 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo do STF nº 379**. Brasília/DF, 17 mar 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo379.htm>. Acesso em: 27 set 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo do STF nº 808**. Brasília/DF, 26 nov 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo808.htm>. Acesso em: 27 set 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 10.604**. Rel. Min. Ayres Brito. Brasília/DF. Diário da Justiça 15 out 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3946408>. Acesso em: 27 set 2019.

BUENO, Cassio Scarpinela. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

COLE, Charles D. **Precedente judicial: a experiência americana**. Revista de Processo, n. 92, ano 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael de. **Curso de direito processual civil**. vol. II, 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ARANHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei n. 9.882, de 3-12-1999**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 16. ed. rev. atual. e ampl. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro: Curso Completo**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC – Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 1 ed. São Paulo: RT, 1999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais**. vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SGARBI, Adrian. Norma. In: BARRETO, Vicente (org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE À DIVERSIDADE CULTURAL NOS PAÍSES

Luciana da Silva Vilela¹⁰

Roberta Seben¹¹

RESUMO: O presente artigo aborda a universalidade dos direitos humanos, tema de grande relevância, que gera certo impasse entre países que possuem aspecto cultural diversificado, e que causa tensão em encontros mundiais na Organização das Nações Unidas. Trata-se de uma abordagem dedutiva, onde é feita menção teórica acerca da evolução histórica, conceito e características essenciais dos direitos humanos frente à exposição da realidade de diversidade cultural nos países. A importância é demonstrada pela expressão contemporânea de direitos humanos, expondo como essencial a resolução dos problemas erradicados através do diálogo. A Convenção de Viena de 1993 travou um embate entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, que lutaram pela adoção de duas correntes diferenciadas (universalismo e relativismo) acerca do âmbito de proteção dos direitos estabelecidos pelas Convenções Internacionais. Foi contemplado como caráter essencial o universalismo, que determina que os direitos humanos devem ser obedecidos de forma ampla, independentemente da localidade ou situação cultural em que se encontrem as vítimas. Fato é que, na realidade existem culturas diversificadas de países que são resistentes à submissão da legislação internacional, por contraposição de ideais morais, políticos e costumeiros com o mundo ocidental, e, geralmente, não se curvam diante dos regramentos estabelecidos pelos direitos humanos. Não obstante, a base legal de Declaração Universal dos Direitos Humanos deve ser respeitada, a fim de efetivar os direitos conquistados ao longo dos séculos, visando a concretização de necessidades (talvez utópicas), mas contemporâneas e iminentes: a dignidade humana como fundamento essencial e a nivelção de justiça na atualidade.

10. Advogada. Aluna Especial do Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-graduada em Direito Público pela Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes. Pós-graduada em gestão previdenciária e regime próprio de previdência pela Faculdade Unyleya. E-mail: luvilela11@hotmail.com

11. Servidora Pública Federal. Aluna Especial do Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em parceria com a Escola Superior de Advocacia do Mato Grosso do Sul. E-mail: robertaseben@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos, Universalismo, Relativismo, Diversidade cultural.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos constituem parte integrante da conquista de direitos fundamentais ao longo dos séculos, que hoje fazem parte de Convenções e Tratados Internacionais e também de normas locais de alguns países, como no Brasil (através da Constituição Federal de 1988), por exemplo.

Os direitos estabelecidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o caráter universal dos direitos humanos confirmado pela convenção de Viena de 1993 geraram dúvidas acerca do âmbito de proteção de tais direitos, dada a enorme diversidade cultural existente entre os países, onde alguns acreditam dever ser aplicado o universalismo (garantia total dos direitos, que devem ser analisado sob a luz da proteção internacional), e outros o relativismo (onde a cultura local deve ser levada em consideração antes de analisar a infringência aos direitos humanos, contrários às teorias padrões e modernidade).

Esse é um dos cenários de maiores cobranças nos centros de encontros mundiais, onde alguns países (orientais) mais conservadores tendem para a aceitação de suas práticas culturais, enquanto outros países (ocidentais), com tendência mais moderna, asseveram a necessidade de abranger a universalização da exigência e proteção dos direitos humanos em âmbito internacional.

Assim, o presente artigo sugere que uma boa garantia à efetivação dos direitos humanos seria uma maior tolerância e fomentação do diálogo mundial, como formas de abrandar as displicências existentes, levando em consideração o multiculturalismo e as normas estabelecidas internacionalmente, visando sempre a dignidade e aplicabilidade de justiça, os aspectos mais importantes da contemporaneidade.

O objetivo, portanto, é de fazer uma análise geral e teórica acerca da importante luta histórica para reconhecimentos de direitos humanos, que se encontram em crescente progressão na humanidade, tecendo seus aspectos conceituais, característicos e explicando sobre o universalismo, relativismo e multiculturalismo, indicando, ao final que

haja reflexão sem extremismos por parte das nações, a fim de que direitos sejam preservados e mantidos, pois se tratam de garantias inerentes a cada ser humano.

Para se atingir o desiderato pretendido, inicialmente, é feita uma breve análise do histórico e ponderações de conceituação acerca dos direitos, com abordagem de suas características, que demonstram o quão intensa é sua aplicabilidade e amplitude no rol de direitos das pessoas. Também, faz uma ponderação entre o universalismo versus o relativismo, abrindo margem para a conceituação do multiculturalismo. Por fim, sugere que no multiculturalismo haja diálogo inerente à garantia de aplicação dos direitos humanos no âmbito universal, todavia, ajustando os diálogos, a fim de que valores não sejam sobrepostos, garantindo a contemplação dos direitos humanos visto sob o âmbito da dignidade e da uniformização de justiça.

2 METODOLOGIA

A metodologia do artigo tem cunho meramente de abordagem dedutiva, sendo realizadas menções e explicações teóricas acerca da evolução histórica, conceito e características essenciais dos direitos humanos frente à exposição da realidade de diversidade cultural nos países. São utilizadas bibliografias de direitos humanos, diversidade cultural e pesquisas na rede de internet sobre temas atuais que ajudam a posicionar um enfoque conclusivo sobre as sugestões adotadas.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são produto de uma constituição histórica ao longo dos anos, através do embate face às atrocidades e contra os abusos de poder em face de seres humanos. A denominação de “Direitos Humanos” foi concebida pela Organização das Nações Unidas – ONU, no ano de 1948, adotada no contexto internacional, no entanto, há outras expressões que podem ser utilizadas como *direitos naturais*, *direitos morais*, etc.

O estudo de direitos humanos envolve uma pesquisa integrada en-

tre vários aspectos mundiais, como o econômico, político, individuais, sociais, de dignidade, podendo ser conhecido como os direitos fundamentais dos seres humanos.

O código de Hammurabi talvez tenha sido a primeira codificação para consagrar direitos comuns a todos os homens. Na antiguidade clássica, filósofos admitiam a existência de direitos da personalidade humana, com fundamento jusnaturalista.¹² A ideia de direitos naturais surgiu nas antigas cidades gregas, onde as prerrogativas inerentes à personalidade humana não poderiam ser desconsiderados pelos governantes. Todavia, os direitos humanos eram reconhecidos apenas aos cidadãos, posto que os escravos não eram considerados como tais. Ainda, na Roma antiga, os direitos civis eram reconhecidos apenas pelo homem mais velho da família, fatores que demonstram a precariedade do âmbito de protecionismo.¹³

A religião também serviu como base para a evolução dos direitos humanos, pois pensadores cristãos passaram a produzir um enfoque canônico de direitos naturais, baseados em fundamentos religiosos. Na idade moderna, pensadores iluministas passaram a racionar sobre valores básicos de direitos, inaugurando uma nova ordem no mundo, o capitalismo, que passou a mudar a forma de obtenção de poder e trouxe diretrizes fundamentais para os direitos humanos: a *Petition of Rights* (requerimento ao Rei), o *Habeas Corpus* (reclamação por escrito do indivíduo para benefício do preso), a *Bill of Rights* (indicava que atos de autoridades que suspendiam leis e mandassem arrecadar além do permitido, eram considerados ilegais) e a Declaração de Virgínia (proclamava direitos humanos). Na idade contemporânea, a Revolução Francesa trouxe a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de grande importância para o estudo dos direitos humanos e objeto de análise no presente artigo.¹⁴

Ademais, além dos aspectos históricos mencionados, no decorrer

12. Informação dita por Sabrina Batista Sampaio no artigo *Direitos humanos fundamentais: evolução histórica e visão da carta constitucional pátria*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62478/direitos-humanos-fundamentais-evolucao-historica-e-visao-da-carta-constitucional-patria>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

13. Informação disponibilizada em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/idiomas/evolucao-historica-dos-direitos-humanos/72105>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

14. Evolução e marcos do capitalismo com diretrizes fundamentais para os direitos humanos mencionados por Sabrina Batista Sampaio no artigo *Direitos humanos fundamentais: evolução histórica e visão da carta constitucional pátria*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62478/direitos-humanos-fundamentais-evolucao-historica-e-visao-da-carta-constitucional-patria>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

dos anos e ao longo da história, houve várias gerações (de acordo com as necessidades da época), que deram origem aos direitos e à evolução de direitos humanos, constituindo, cada vez, um marco para conquista de cada prerrogativa, refletindo uma aceção cumulativa de reconhecimento de direitos, objetivando maior garantia à dignidade humana.

A primeira geração de direitos humanos ocorreu no final do século XVIII, na fase de resistência dos monarcas absolutistas, em face da luta da burguesia pelos direitos individuais, possuindo como marco histórico a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. A ideia da conquista de direitos dessa época foi a de garantia de direitos individuais e políticos, já que até então o Estado interferia em todas as ações dessa natureza. Os direitos individuais consistem em permitir a liberdade de expressão do cidadão, com proteção à sua integridade (física e moral) contra quaisquer abusos cometidos por arbitrariedade estatal, passando a proteger a vida, a liberdade, a locomoção, dentre outros. Quanto aos direitos civis e políticos, passou a ser assegurada participação popular na administração do Estado. Garantiu direito ao voto, à ocupação de cargos e funções políticas e ao direito de permanência em funções públicas. São direitos de cidadania, como filiação partidária, alternância de poder, dentre outros a ele inerentes.¹⁵

Quanto à segunda geração, foram surgidos após a Primeira Guerra Mundial, emergindo da necessidade que o Estado tinha de garantir direitos iguais a todos os cidadãos, por meio de políticas públicas estatais, possibilitando o acesso a direitos básicos como a saúde, educação, trabalho, lazer, dentre outros. Desta forma, ligado à aceção de igualdade, surgiram os direitos fundamentais, exigindo do Estado a garantia de direitos que possibilitassem à condição de vida digna e mais igualitária. A edição do Manifesto Comunista (por Karl Marx e Frederich Engels), a encíclica *Rerum Novarum* de 1891, a Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919 são exemplos de normas criadas sob as aceções de direitos humanos de segunda geração, que exerceram influência sobre países democráticos.¹⁶

Aliás, a Constituição Federal de 1988 prevê direitos assegurados na segunda geração, em seu artigo 6º, garantindo direitos sociais aos

15. Gerações descritas por Isabela Souza em informações disponíveis em: <https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>. Acessado em 28 de setembro de 2019.

16. Idem.

cidadãos, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹⁷ Ainda, o artigo 170 da CF/88 prevê a garantia de direitos econômicos da seguinte maneira: “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 [...]”¹⁸

Os direitos humanos de terceira geração surgiram a partir do ano de 1960, pelo ideal de fraternidade, surgindo direitos difusos e coletivos, como por exemplo, os direitos inerentes ao meio ambiente, onde muitas pessoas (determináveis ou não) podem ser atingidas pela sua depredação ou beneficiadas na sua conservação às presentes e futuras gerações. São assegurados os direitos transindividuais, podendo ser reclamados através de ações coletivas. Estão incluídos nesse âmbito não apenas o meio ambiente, mas também a paz, consumidor, direitos dos idosos e crianças, portadores de necessidades especiais, dentre outros.

Ainda, estando em constante transformação e passíveis de acréscimos dos direitos humanos, há aqueles que acreditam que houve o surgimento de outras gerações, com a necessidade de adequação da realidade contemporânea à ciência, tecnologia, direitos autorais, propriedade intelectual, dentre outros. Mas que até então, não ficaram consolidados no campo teórico do marco de evoluções dos direitos humanos, sem consolidação ou reconhecimento constitucional.

4 PONDERAÇÕES CONCEITUAIS

Conforme dito no tópico anterior, os direitos humanos podem ser denominados por outras nomenclaturas como direitos do homem, direitos fundamentais, direitos morais, etc. Entende-se que todas elas estão corretas, pois, a positivação de direitos humanos ao longo da história se deu, especialmente, para a garantia dos direitos acima mencionados, estando corretas as nomenclaturas utilizadas.

Vladimir Oliveira da Silveira afirma que a expressão “direitos hu-

17. Artigo 6º, CF/88.

18. Artigo 170, CF/88.

manos” é preferível dentre todas as existentes, já que transcende o campo jurídico e estatal, passando a ser um termo geralmente aceito na sociedade, e mais utilizado na linguagem cotidiana. Assevera ainda:

Do mesmo modo, a expressão é congruente com o exposto no parágrafo 8º do preâmbulo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando indica ser a realização desses direitos o ideal comum pelo qual todos os povos e nações devem se esforçar. Em uma análise mais pormenorizada observa-se que o termo “direitos humanos” tem uma força significativa que conjuga as expressões “direito” e “humano/ ser humano”, conduzindo a uma aproximação conceitual que envolve o exame de cada um desses termos e de como se relacionam. (SILVEIRA, 2010, p. 206).

Para Paulo Gonet Branco, a expressão de direitos humanos ou direitos do homem é reservada às reivindicações reservadas a respeito de posições essenciais ao homem, postulados com bases jusnaturalistas, já os direitos fundamentais referem-se a direitos básicos das pessoas, vigentes numa ordem jurídica concreta, garantidos e assegurados na medida da Constituição de seu Estado, sendo este o real intuito conceitual dos direitos humanos (BRANCO, 2011, p. 166).

De acordo com a Organização das nações Unidas – ONU (que proclamou a Declaração Universal de Direitos Humanos), os direitos humanos são compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano, reconhecendo que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos, sem distinção de cor, raça, sexo, língua, religião, opinião política, origem social, riqueza, etc. São garantidos pela lei de direito humanos, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana.¹⁹

Desta forma, é possível verificar que, apesar das várias nomenclaturas são denominadas como referência para menção aos direitos humanos, mas todas se referem àqueles direitos garantidos como fundamentais às pessoas, como o direito à vida, à dignidade, à liberdade, ao trabalho, moradia, lazer, políticos e partidários, sociais, dentre outros inúmeros direitos garantidos por tratados e internacionais, e, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988.

Legalmente, é possível conceituar os direitos humanos como sen-

19. Conceito definido pela ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

do um conjunto de regras estabelecidas por leis (mundiais, nacionais e regionais) e tratados internacionais do qual o país tenha ratificado, para o que ser humano possa ter a garantia de uma vida com dignidade, respeito, sem que seja colocado em situação de inferioridade em comparação com qualquer outro ser humano, independentemente das suas condições de credo, cor, opinião, sexo, origem, religião, etc, devendo se protegido de arbitrariedades e abusos, devendo, ainda, o seu infrator, sofrer sanções previstas para a barbárie praticada.

Não se pode olvidar que os direitos humanos encontram-se intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, coibindo os abusos praticados ao início dos tempos, até sua sedimentação e concretude ocorrida ao longo dos anos. Isso não significa dizer que nos tempos atuais esses direitos fundamentais encontram-se plenamente solidificados, pois estão em plena consumação e descoberta de amplitude e evolução. Malgrado, o regramento é existente e devem ser observados pelos países que preveem suas garantias nos normativos internos que tenham ratificado os protocolos internacionais.

Como visto, uma concepção teórica dos direitos humanos é tarefa árdua, pois exige que sejam analisadas premissas sistematizadas a partir de diversas perspectivas conceituais de diversas ordens, sejam elas filosóficas, internacionais ou da prática de proteção dos direitos mencionados. No entanto, o que importa é que todas as perspectivas conceituais e definidoras encontradas obtenham como base uma única finalidade específica do seu âmbito de proteção: a dignidade da pessoa humana.

5 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

Definida a forma conceitual aplicável aos direitos humanos é possível constatar a necessidade de direitos que garantam a dignidade da pessoa humana em toda a sua amplitude. Os direitos à vida, os políticos, individuais, civis, econômicos, sociais, culturais, meio ambiente, dentre outros, foram estabelecidos ao longo dos anos de acordo com a geração em que eram sedimentados.

No entanto, ainda faz-se necessário medir a força de cumprimento dos direitos humanos estabelecidos, por possuírem características inerentes a eles próprios, que, por si só, se mostram cogentes na humanidade.

Inicialmente, pode-se destacar que os direitos humanos estabelecidos são irrenunciáveis, pois se voltam ao ser humano, independentemente de sua vontade. Nesse ponto, um direito humano pode colidir com outros na mesma espécie, um autêntico conflito de direitos, sem ponderações de concorrência. Nesse caso, há de levar em conta o critério da ponderação, compatibilizando a situação no caso concreto, como por exemplo no caso de eutanásia e aborto (práticas permitidas em alguns países), devendo-se compatibilizar direitos, solucionando a situação concreta, lembrando, sempre da dignidade humana.²⁰

Outras características inerentes ao direito são a imutabilidade, intangibilidade, imprescritibilidade e inviolabilidade, por não poderem ser modificados, desrespeitados, violados e jamais perece com o decurso do tempo.

Além disso, não pode deixar de ser mencionada a historicidade, posto que, conforme demonstrado em tópico antecedente, os direitos humanos foram concebidos, e continuamente continuam sendo estabelecidos ao longo da história da humanidade, de acordo com a evolução humana da concepção de proteção aos direitos dos seres humanos.

Os direitos humanos também são indivisíveis, pois notoriamente formam uma unidade com elementos interdependentes, sem hierarquia entre eles, e sem nenhuma análise isolada. Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2007, p. 123) lembra que a Declaração Universal de Direitos Humanos coloca em mesmo patamar de igualdade os direitos civis e políticos e também os direitos econômicos e culturais de forma que quando um direito humano é violado, provavelmente vários outros também o serão, sendo impossível a dissociação.

Além dos já mencionados, podemos mencionar também o caráter dialético dos direitos humanos, posto que não existe um rol taxativo de valores protegidos por normas internas, convenções ou tratados internacionais. Sabe-se que a modificação nas relações sociais é presente na sociedade, pois situações inovadoras vão exigindo soluções hodiernas, e passam a necessitar de proteção, como o meio ambiente (direitos de terceira geração), a genética, os matrimônios homossexuais, e outras hipóteses, que passam a se tornar direitos dos homens garantidos com o progresso da humanidade.

20. Exemplos citados por SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos. Conceitos, significados e funções*. São Paulo : Saraiva, 2010.

Por fim, vale ser mencionada ainda a característica da universalidade, onde os direitos humanos devem ser protegidos em abrangência universal. Sim, a universalidade é adotada como uma característica, onde os direitos humanos devem ser garantidos a todos, universalmente, independente do local onde o ser humano se encontre ou da situação costumeira que lhe é aplicável.

Tema do presente artigo, pode-se adiantar que o caráter da universalidade foi reconhecido na Convenção de Viena, no ano de 1993, quando foi promovida uma avaliação mundial acerca a implementação dos direitos humanos pelos Estados, onde foram colocadas duas proposições: o universalismo (corrente dos países desenvolvidos - Ocidente) e o relativismo (corrente dos países em desenvolvimento - Oriente). O documento de Viena, a seu turno, acabou incorporando o universalismo como caráter dos direitos humanos, como se pode observar através do artigo 5º, *in verbis*:

“Todos os direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do Homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais”.

O debate entre ocidente e oriente ficou explicitado nos contrapostos demonstrados na convenção de Viena de 1993, posto que há países com cultura diversificada, como no mundo islâmico, que destoam da cultura praticada em países ocidentais, motivo pelo qual defenderam o relativismo cultural. A polêmica foi salutar, pois posteriormente, além da questão politizada baseada na prevalência pela cultura ocidental, também foi afirmado que nem todos os países (do oriente) estavam presentes na Convenção, dando margem ao embate da definição de caráter universal dos direitos humanos.

Todavia, o universalismo será melhor explanado em tópico próprio, cabendo até o momento ressaltar que é tido como uma característica (e problemática) do âmbito de proteção dos direitos humanos.

6 UNIVERSALISMO X RELATIVISMO

6.1 Universalismo

Atualmente, uma das maiores causas de tensão mundial e colisões conceituais concernentes à temática da proteção dos direitos humanos referem-se ao universalismo e o relativismo da proteção dos respectivos direitos.

Ao passo em que a universalidade dos direitos humanos vai de encontro a uma proteção ilimitada, independentemente das fronteiras e de intervenção de quaisquer fatores culturais da localidade, devendo ser obedecidos por todos, sem distinção, o relativismo defende que essa proteção deve ser relativizada, protegendo as individualidades das práticas culturais de cada localidade.

Para aqueles que defendem a ideia do universalismo dos direitos humanos, tais direitos decorrem a dignidade da pessoa humana, intrínseco à condição humana, ao passo em que os relativistas acreditam na proteção relacionada à política, economia e cultura vigente em determinada sociedade (PIOVESAN, 2006, p. 22).

A universalidade de direitos humanos detém três planos tradicionais de aplicabilidade, sendo a titularidade, segundo o qual qualquer ser humano é detentor de proteção aos seus direitos pelo simples fato de ser humano, sem qualquer distinção de ordem discriminatória. O segundo é a temporalidade, que refere-se à época de proteção, posto que em qualquer época da história os direitos humanos devem ser protegidos, e o último diz respeito à cultura, no qual os direitos humanos devem prevalecer, independentemente do meio cultural em que o sujeito encontrar-se inserido.²¹

Ademais, conforme Norberto Bobbio:

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p.5).

21. Diferenciação trazida por Elis Nobre Ferreira no artigo Teorias dos direitos humanos debate entre universalismo e relativismo cultural. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46552/teorias-dos-direitos-humanos-debate-entre-universalismo-e-relativismo-cultural>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

A Universalidade dos direitos humanos foi tratada na Conferência Mundial sobre direitos Humanos em 1993. Por sua vez, a Declaração de Viena, adotada pela Conferência Mundial, afirmou a necessidade de respeitar a universalidade da proteção dos direitos humanos, todavia, firmou o entendimento de que as particularidades de cada localidade devem ser respeitadas, sendo dever dos Estados proteger os direitos humanos, independentemente dos sistemas políticos econômicos e culturais.²²

Verifica-se, portanto, que na Conferência mundial, adotada a Declaração de Viena, apesar de rejeitar uma concepção de relativismo cultural, determinou que a especificidades culturais de cada sociedade devem ser levadas em consideração para que sejam adotados os meios menos traumáticos de proteção dos direitos humanos. Referido entendimento acabou por confundir adeptos de universalismo e relativismo, posto que acabou “relativizando” a aplicação da universalidade.

Fato é que o universalismo entende que independentemente das particularidades culturais de determinada sociedade não podem justificar a ausência de cumprimento de proteção às normas internacionais de direitos humanos estabelecidas, devendo ser protegido o maior conceito contemporâneo de direitos humanos: a dignidade.

Todavia, apesar do tema vir sendo discutido ao longo dos anos, são notórias as dúvidas existentes com relação à aplicabilidade dos direitos humanos no tocante a proteção das particularidades culturais de cada localidade, no intuito de potencializar a efetivar a proteção humana.

Segundo André de Carvalho Ramos (RAMOS, 2005, p.182), as maiores críticas com relação ao universalismo de direitos humanos refere-se ao fato de que, para muitos, trata-se de colonialismo, sendo a proteção de direitos humanos disfarçada influência estrangeira em assuntos internos, tendo como consequência a imposição de normas em detrimento da cultura da população. Ainda, em diversas situações, críticos impõem restrição à aplicação do universalismo por entenderem ofensivos às práticas culturais da localidade.

Outras críticas dizem respeito à visão sobre o universalismo dos direitos humanos, sob o fundamento de que a ideia central do universalismo no mundo não é compartilhada por todas as culturas. Além disso, ainda há as críticas com relação à ratificação dos tratados e convenções internacionais pelos países, posto que nem todos os países aderiram às

22. Idem.

normas internacionais protecionistas estabelecidas. Frise-se que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos não teve a participação de todos os países, ficando de fora as várias nações do continente Africano e Asiático.

Desta forma, sob a visão dos críticos ao universalismo e adeptos ao relativismo cultural, a ideia de abranger indistintamente a proteção de direitos humanos seria uma forma de “imperialismo ocidental”, sob o enfoque de referidos países do acidente tem a intenção de impor suas culturas e padrões ao mundo todo.

De fato, a Declaração Universal de Direitos humanos foi elaborada por países na maioria ocidentais, no entanto, sua concepção de protecionismo deve referir-se e basear-se no principal entendimento de ramo da proteção dos direitos, repita-se: a dignidade humana. Independentemente de tratar-se de país do ocidente ou oriente, independentemente de concepções politizadas.

Também, não pode ser negado que a história dos direitos humanos, como demonstrado em tópico específico, foi marcada por conflitos entre liberalismos de diversas concepções, baseando-se na liberdade e dignidade da pessoa humana. “Ambos os problemas tornaram-se evidentes a partir do nascimento do código internacional dos direitos humanos. As cores ideológicas da Declaração Universal eram evidentemente ocidentais e liberais. (...)” (DOUZINAS, 2009, p. 135).

Malgrado, Giuseppe Tossi afirma que deve ser combatida a informação de que o universalismo seria forma de preponderância ocidental, nos seguintes termos:

Afirmar, portanto, que os direitos humanos são uma ‘ideologia’ que surgiu num determinado momento histórico, vinculada aos interesses de uma determinada classe social na sua luta contra o Antigo Regime, não significa negar que eles possam vir a ter uma validade que supere aquelas determinações históricas e alcance um valor mais permanente e universal. De fato, apesar de ter surgido no Ocidente, a doutrina dos direitos humanos está se espalhando a nível planetário. Isto pode ser medido não somente pela assinatura dos documentos internacionais por parte de quase todos os governos do Mundo, mas igualmente pelo surgimento de um movimento não governamental de promoção dos direitos humanos que constitui quase que uma ‘sociedade civil’ organizada em escala mundial, desde bairro até as Nações Unidas. (TOSI, 2005, p. 37)

Nesse sentido, deve ser observada a visão do autor André de Carvalho Ramos, veja-se:

Os direitos humanos e sua vocação universalista estão em nítida oposição a várias tradições religiosas e culturais, no entanto, não se trata de buscar uma denominação comum mínima dos diversos valores culturais, que aceita diversas condutas humanas apenas por serem integrantes de tradições culturais, em sacrifício da dignidade da pessoa humana, mas de se afirmar que a pluralidade de culturas e orientações religiosas devem ser respeitadas com o reconhecimento da liberdade e da participação com direitos iguais para todos. (RAMOS, 2005, p. 194)

Verifica-se, portanto, que o universalismo, tido como princípio de direitos humanos, devem ser aplicados a todos os países, em abrangência universal, visando unicamente a dignidade da pessoa humana. A teoria determina que seja a aplicado indistintamente, independentemente do âmbito de localização dos direitos protegidos, das condições políticas, econômicas, sociais e culturais de uma sociedade, o que encontra certa dificuldade de contemplação, posto que as individualidades de cada país determinam as normas aplicáveis ou não em seus territórios, sendo possível determinar-se, de antemão, que cada nações observe um senso de medida, visando as verdadeiras intenções protecionistas no âmbito mundial.

6.2 Relativismo

O Relativismo, por sua vez, encontra-se em patamar contraposto à determinação de universalidade dos direitos humanos estabelecida pela Declaração de direitos Humanos (1948) e ratificada pela Declaração de Viena (1993), de modo que a cultura de cada país acaba se tornando um liame de divisão entre a aplicação do caráter essencial universal estabelecido.

No relativismo, é difundida a ideia de que os direitos devem estar relacionados à política, economia, meio social e cultural de uma sociedade, possuindo assim, cada uma, uma individualidade de proteção de direitos humanos, não estando abarcada pela proteção universal (PIOVESAN, 2006, p. 22).

Para Wolfgang Kersting (2003, p.82) “O relativismo defende a tese de que os sistemas morais só possuem validade relativa, não podendo, por conseguinte, reivindicar uma validade universal, uma validade supratemporal e invariável de cultura para cultura”.

Na análise dos adeptos ao relativismo, a pretensão de universalidade dos direitos humanos constitui a uma determinação mundial cultural ocidental em detrimento das próprias culturas de suas localidades, o que os deixam resistentes à efetivação de tais direitos, desacreditando de uma concepção geral de moral. Ainda, conforme Almeida:

“O relativismo cultural dos direitos humanos é representativo do fato de que cada sociedade, por ter suas próprias crenças e princípios, pode valorizar e conceituar de forma distinta o que são direitos humanos, ou seja, cada sociedade pode ter uma concepção individualizada desses direitos” (ALMEIDA e et al, 2011, p. 04).

Assim, a cultura de determinada localidade é analisada individualmente, relativizando conceitos pré-concebidos, que nos parece ser ir-restritos, pois certamente as atitudes comportamentais de uma cultura são diferentes de outras, analisando os valores do grupo a partir de seus padrões. Como exemplo, podem ser citados os costumes de descoberta do sexo dos bebês na Índia, onde muitas meninas recém-nascidas podem ser abandonadas ao nascer. Ainda, certas tribos indígenas praticam canibalismo e infanticídio. Também, a mutilação genital de meninas na África. A cultura desses povos é resguardada, não sendo passível de punição, dadas as condições de sua cultura, tal como acontece no Brasil, no caso do infanticídio indígena, apesar do direito à vida ser resguardado pela Declaração Universal dos direitos humanos e da Constituição Federal de 1988.

Verifica-se, portanto, que há uma divergência e uma ponderação entre as normas internacionais concebidas pela ONU e Constituição da República Federativa do Brasil com as culturas internas de cada povo, acabando por relativizar o universalismo dos direitos humanos adotado.

O grande questionamento que fica é se concordar com prática das condutas tidas como legítimas por algumas sociedades (infanticídio e canibalismo indígena, abandono de bebês, mutilação genital feminina, dentre outros), estar-se-ia concordando com a prática de dos atos em

detrimento da proteção da dignidade das “vítimas” e negando vigência às normas protecionistas de direitos humanos? Ou apenas se estaria respeitando o aspecto cultural milenar de povos, que pensam que não há ilegalidade, honrando a prática costumeira das condutas?

Não se pode esquecer que dentro dessas próprias localidades, há pessoas que se manifestam em sentido contrário às práticas culturais, e também há as pessoas adeptas, no entanto, é necessário cautela no estabelecimento de um valor universal, na tentativa de evitar extremismos e desconhecimento sobre os aspectos culturais locais.

Flávia Piovesan afirma que “(...) Não há uma moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas. Há uma pluralidade de culturas no mundo, e estas culturas produzem seus próprios valores”. (PIOVESAN, 2006, p. 22)

Ocorre que o relativismo não é aplicado tão somente pelo simples respeito às normas culturais de certo povo, sendo utilizado também como subterfúgio para o descumprimento de normas internacionais protecionistas de direitos do ser humano para que possam distanciar e impedir o cumprimento de legislações, convenções e tratados internacionais em seus países. Tudo deve ser analisado com ponderação.

A exemplo dessa informação, Marcos Antônio Guimarães, citando Wolfgang Kersting, afirma que “aqueles que o defendem se tornam ‘idiotas úteis dos ditadores deste mundo que, a pretexto de autodefesa cultural, isolam seus regimes autocráticos contra a penetração de exigências de democracia e Estado de direito” (GUIMARÃES, 2006, p. 60).

É possível perceber, portanto, um verdadeiro impasse mundial no tocante à diversidade cultural existente, sendo mais um motivo pelo qual o diálogo e consenso devem ser tidos como primordiais, a fim de evitar impasses entre nações em ambas as correntes mencionadas, sope-sando os reais valores do protecionismo.

7 MULTICULTURALISMO

Para Enrique Dussel (DUSSEL, 2002, p.93), as culturas “são modos particulares de vida, modos movidos pelo princípio universal da vida humana de cada sujeito em comunidade, a partir de dentro”.

Para José do Nascimento (NASCIMENTO, 2010, p. 63), o multi-

culturalismo é definido como princípio de respeito à diversidade cultural, seguindo perspectivas que aliam concepções jurídicas e antropológicas que nem sempre são compatíveis, afirmando ainda sobre a referência da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural adotada pela 31ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO realizada em Paris em 02 de novembro de 2001.

Santos (SANTOS, 2003, p.18), traduz o multiculturalismo da seguinte maneira:

“O multiculturalismo, tal como eu entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuante potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo (...) nesse domínio, a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceptualização e prática dos direitos humanos de um localismo globalizado num projeto cosmopolita”. (SANTOS, 2003, p.18)

O multiculturalismo traduz a ideia de coexistência dentro de um país, região ou local onde haja diversas tradições, costumes e cultura. Neste local, há uma mescla das tradições existentes, com aceitação e diálogo entre a diversidade das culturas, a fim de que haja uma convivência harmônica. Pode ser focado sob os dois ângulos anteriormente abordados: sob a órbita relativista ou universalista.

No campo do relativismo, o multiculturalismo é visto como uma forma liberal, onde todas as formas de manifestações culturais e pensamentos é aceita, sem que seja necessário um diálogo para tanto, onde todas as atividades e pensamentos são corretos. Nesse campo de atuação, não há se falar em universalidade de direitos humanos, posto que é liberado que cada cultura aja da forma como entende correto, sem intervenções. Fica impossível, nesse sentido estabelecer uma universalidade de direitos humanos, caráter reconhecido pela Convenção Internacional.

Já o multiculturalismo observado pelo âmbito do universalismo permite que em um ambiente onde há diversidade cultural, haja um diálogo entre os povos, permitindo um respeito e convívio com ideias diferentes, mas sempre estabelecendo como patamar mínimo comum entre as partes para proteção de direitos humanos universais, o que nos parece mais adequado diante das situações ocorrentes entre os países e

da necessidade de estabelecer-se um regramento para proteção de direitos humanos.

A adoção do relativismo em países que possuem uma vasta concepção e abrangência cultural acaba por permitir tudo, estando num conceito de liberalismo que pode ser prejudicial aos detentores dos direitos humanos, diminuindo a importância de conquistas e regramentos internacionais de proteção, como a Declaração de Direitos Humanos de 1948.

Pode-se perceber que a mencionada Declaração de direitos humanos pode ser tida como uma base sólida para o cumprimento dos direitos nela estabelecidos, com uma base geral e com um mínimo para coexistência de diálogo entre as sociedades onde há diversidade cultural. Todos os lugares necessitam de um mínimo de regramento para que convivam em harmonia, como nos condomínios residenciais, por exemplo. Imagina se todos pudessem fazer o que quisessem, de acordo com sua criação ou determinação cultural, sem o mínimo de respeito aos direitos dos próximos? Seria um caos!

Diante do multiculturalismo, torna-se possível conceber a ideia de que é possível haver um diálogo entre as nações que adotam a teoria exclusiva de universalismo ou de relativismo, priorizando a aplicabilidade dos direitos humanos na sociedade.

Não se pode, exclusivamente, ser adepto do universalismo irrestrito, tendente a ignorar os aspectos culturais milenares de cada país sob a justificativa extremamente rigorosa de que os direitos devem ser aplicados em todas as nações independentemente das justificativas e condições existentes naquela sociedade.

Ao mesmo passo, também não se pode aderir ao relativismo tendente a negar aplicabilidade aos direitos humanos conquistados ao longo da história, praticando barbáries tendentes à supressão de direito à vida, educação, segurança, igualdade, trabalho, liberdade, dignidade, dentre outros, sob a perspectiva de que direitos devem ser negados pura e simplesmente por uma prática cultural difundida há séculos, impassível de intromissão. Seria o mesmo que legalizar a prática de ilicitudes, por fundamentos de diversidade cultural, um posicionamento arcaico que não poderia prevalecer.

Faz-se necessário tecer reflexões levando em consideração a construção de um diálogo intercultural entre os países, que reflitam a su-

premacia da conquista dos direitos humanos frente àquela sociedade, elaborando um modo de interação entre os cidadãos, deixando como base as normas de proteção internacionais.

Desta maneira, fica evidente que há uma certa dificuldade em caracterizar os direitos humanos como universais, se não levar em consideração alguns aspectos culturais, de desenvolvimento e de própria realidade das diversas nações. Não se trata, apenas, de relativizar o universalismo, mas sim, diante do multiculturalismo, ponderar situações que não deixam de desconsiderar as bases legais internacionais estabelecidas mundialmente, dialogando com as características intrínsecas de cada nação, a fim de atingir o ideal máximo e contemporâneo dos direitos humanos da atualidade como o respeito à dignidade (das pessoas e nações), visando a harmonia e hegemonia de justiça social em seu contexto mundial.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como desconsiderar a importância dos direitos humanos para a sociedade, posto que ao longo da história, após barbáries, guerras, manifestos, foram elaboradas normas de constituição de direitos intrínsecos ao ser humano unicamente pelo fato de serem humanos. Com o avanço, a Declaração Universal de Direito Humanos (1948) estabeleceu diretrizes representativas fundamentais a toda a humanidade, protegendo, em âmbito internacional, a dignidade humana.

No entanto, seria muito pensar que esse âmbito de proteção internacional deveria ser seguido por todos os países indistintamente, propiciando uma qualidade de existência melhor a várias pessoas. A diversidade cultural existente entre as nações propiciam tratamentos diferenciados a vários grupos, que, infelizmente, deixam de levar em consideração a ampla conquista histórica de direitos humanos e as normas estabelecidas pela Declaração Universal.

Um dos embates mais latentes no âmbito dos direitos humanos, atualmente, é justamente acerca desse âmbito de proteção das normas internacionais estabelecidas às pessoas, posto que alguns países entendem que a proteção do rol de direitos deve ser universal, colocado em supremacia frente a qualquer outra condição interna da localidade, in-

clusivo cultural; e outros países entendem que suas práticas culturais políticas, religiosas, pessoais (nocivas ou não), discriminatórias (ou não), não devem ser extintas ou abrandadas pelo simples fator protecionista de direitos humanos, negando seu caráter universal.

Ora, determinar uma base mínima de proteção de direitos dos homens é o mesmo que perceber que a proteção às liberdades do ser humano é condição necessária para a convivência harmônica em sociedade, sem a imposição nociva de práticas que limitem, deturpam ou extingam a moral e o mínimo para coexistência na humanidade. Universalidade, nesta senda, é permitir que cada um tenha garantido o mínimo existencial para uma vida com dignidade, possibilitado um diálogo entre nações diversas.

No multiculturalismo é possível o diálogo entre as diversas culturas, priorizando sempre o bem estar das pessoas, seguindo, assim, o aspecto hodierno necessário aos direitos humanos, reafirma-se, a dignidade pessoal e social.

Desta forma, por mais utópica que pareça ser, a aceitação de um multiculturalismo com caráter universal é a sugestão mais adequada à problemática atual vivenciada pelos países, devendo ser levada em consideração, a fim de finalizar o embate entre nações, deixando de analisar situações sob a ótica de política ou de extremismos. É tempo de analisar proposições harmônicas e coniventes com a pretensão assecuratória de garantia dos direitos humanos e unificação de justiça e paz social.

REFERÊNCIAS

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

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DA AÇÃO DE VIENA (1993). Portal de direito Internacional. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>. Acesso em 01/10/2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 01/10/2019.

ALMEIDA e et al. **Os direitos humanos sob a ótica do relativismo cultural: uma breve análise do infanticídio no Brasil . Infanticídio indígena no Brasil.** Revista âmbito jurídico. Vol.10, n.92, p.27-39, 2011.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DOUZINAS, Costa. O *fim* dos direitos humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão.** 2.ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2002. p.93.

GUIMARÃES, Marcos Antônio. **Fundamentação dos direitos humanos: relativismo ou universalismo?** In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos.** Curitiba: Juruá Editora, 2006. Vol. 1. pp. 55-66.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p.82.

NASCIMENTO, José do. **Direitos humanos, culturalismo, multiculturalismo e as diversidades culturais.** 1ª. Ed. Campo Grande : 2010. Instituto de Direitos Humanos de Mato Grosso do Sul.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea.** In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos.** Curitiba: Juruá Editora, 2006. Vol. 1. pp. 15-37.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos.** In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (org.). **Reconectar para liberar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.18.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 1998.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico.** São Paulo: Forense Jurídica, 2010

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. – **Direitos humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo : Saraiva, 2010.

TOSI, Giuseppe. Direitos Humanos: reflexões iniciais. In: TOSI, Giuseppe. (Org.). **Direitos Humanos: história, teoria e prática**. João Pessoa: Universitária, 2005.

BARRETO, Vicente. Artigo: **Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/globalizacao_dh/barretoglobal.html. Acesso em 28/09/2019.

CRUZ, Andre Viana. Artigo: **Multiculturalismo e direitos humanos**. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/6981/4959>. Acesso em 01/10/2019.

MARTINS, Urá Lobato. Artigo: **Direitos humanos: universalismo versus relativismo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19027/direitos-humanos-universalismo-versus-relativismo>. Acesso em: 28/09/2019.

TEÓFILO, Anna Mayra Araújo. Artigo: **Direitos Humanos e Multiculturalismo como horizontalização da justiça internacional do século XXI**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0a8e127a7b5717b3>. Acesso em: 01/10/2019.

EPOPEIA NA BUSCA PELA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL JUSTA E EFETIVA: ÊXITO NA PERSEVERANÇA RECURSAL

Amanda Camargo Manhabusco²³
Kayque Fernando Marin dos Santos²⁴

ÁREA DO DIREITO: Direito Processual Civil, Direito Civil e Direito do Consumidor.

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo demonstrar, diante da dinâmica da prestação jurisdicional do Poder Judiciário, o meio de garantir o eficaz acesso à justiça através da interposição de recursos, evidenciando, deste modo, que recorrer é fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Recorribilidade. Êxito recursal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo a demonstração de como garantir o acesso à justiça através da persistência recursal. Aponta como deve ser o acesso do indivíduo que procura o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos garantidos. Anuncia a indispensabilidade da cooperação entre todos os integrantes do processo na busca pela solução justa. Detalha os princípios que norteiam essa cooperação processual. Foca na atuação daquele que é o destinatário imparcial do procedimento probatório, de como deve ser pautado o seu desempenho no processo. Destaca a sua atuação independente, ressaltando o respeito que deve cultuar à hierarquia das decisões que emanam do Poder do qual ele mesmo faz parte.

23. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio Educacional. Advogada.

24. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio Educacional. Advogado.

Promove a discussão de que mesmo diante de um acesso não tão dinâmico como o prometido, cabe ao recorrente combativo abrir as portas deste acesso na busca pela prestação jurisdicional, garantindo que sua voz seja ouvida e seus questionamentos pertinentes considerados. Estimula o recorrente a perseverar. Estimula o recorrente a insistir na sua tese. Estimula o recorrente a acreditar no desfecho da sua persistência. Pois, ao final, recorrer pode valer a “pena”.

2 DIREITO DO ACESSO À JUSTIÇA

2.1 O acesso à justiça e a prestação jurisdicional

Qualquer cidadão tem acesso ao Poder Judiciário, podendo reivindicar seus direitos ou resolver seus litígios. Esta é a premissa que todos conhecem. Isto é o que vaticina o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. O papel do Estado como ator principal no cumprimento das garantias de quem recorre a ele.

A questão é saber se esta procura resultará em um acesso efetivo, atuação que a sociedade deseja (e espera) que a justiça social desempenhe ou, apenas, no cumprimento de uma formalidade, em que todos têm acesso, quando, na verdade, o resultado prático disto se torna meramente simbólico.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (1988, p. 12)

Logo, é necessário que o Poder Judiciário haja com comprometimento de invocar meios justos e eficazes para suprir as lacunas dos que buscam soluções através dele. Tratá-lo, tão somente, como um direito social fundamental a ser reconhecido não é o bastante. É preciso promover modos de garantir resultados satisfatórios através desse reconhecimento.

Custas, tempo, recursos. Se por um lado, há quem defenda que

tais exemplos visam combater os “aventureiros judiciais”, aqueles que invocam o Poder Judiciário a todo momento, sem a preocupação com o respaldo legal de seus pedidos, há outro que, certamente, cria barreiras aos que, de fato, precisam de sua atuação. Explica-se:

Quando se condiciona o ingresso do cidadão à Justiça ao pagamento de taxa, estar-se-á criando barreiras ao seu acesso ao Judiciário; apesar de ser garantido constitucionalmente e processualmente o direito à razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF e artigos 4º e 6º do CPC), este, como regra, nunca é cumprido. E o resultado é que há mais custo para as partes e a pressão para aqueles economicamente mais necessitados fazerem acordos mais vantajosos para aqueles economicamente mais fortes; e, por fim, a interposição de recursos seria em algumas situações desnecessária, mas não porque protelatória, mas pela falta de enfrentamento pelo julgador dos argumentos fáticos e jurídicos das partes. É sabido que a jurisprudência caminha sempre no sentido de que o juízo não precisa combater em sua decisão todos os argumentos suscitados pelas partes, mas desse modo, desde que os argumentos supostamente não considerados não influírem na entrega do contraditório (artigo 5º, LV, da CF) a elas.

Como bem esclarecem Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes:

Não se fala em *tutela de direitos* mas em *tutela de jurisdicional* às pessoas, qualificada como o amparo que, por obra dos juízes, o Estado oferece a quem tem razão em uma causa posta em juízo. Tutela é ajuda, proteção. É *jurisdicional* a proteção outorgada mediante o exercício da jurisdição, para que o sujeito beneficiado por ela, obtenha na realidade da vida e das relações com as coisas ou com as outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava. (2017, p.22)

Conclui-se, portanto, que, ao invés de o Estado apenas se preocupar em criar barreiras para o acesso à justiça sob o argumento de combater ajuizamentos desamparados de legalidade, que ele se preocupe, também, ou somente, com a garantia de que todos possam ser amparados pelo Poder Judiciário na busca pela solução justa, célere e efetiva de seus conflitos.

2.2 Relação angular entre as partes e o juízo – princípio da cooperação

O Estado é invocado para solucionar questões envolvendo direitos e litígios. Entretanto, nessa relação que nasce, não se pode atribuir apenas a ele a responsabilidade do resultado útil do procedimento. É essencial que todos os participantes cooperem nessa busca.

O CPC de 2015 consagrou o princípio da cooperação no artigo 6º, que assim discorre: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Pode-se, ainda, depreender que ele reforça esse dever no artigo 379, que narra que: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

Fábio Caldas de Araújo discorre sobre o tema assim:

O princípio da cooperação permite visualizar a atividade processual como um todo. O resultado útil, célere e efetivo não depende da prática de atos isolados, mas de participação e do diálogo entre os sujeitos do processo (*Dialogverfahren*), para a construção de uma solução justa. A cooperação é uma necessidade, em vista da realidade do processo civil global. (2017, p.177)

E complementa:

A cooperação pressupõe a lealdade como atitude que guie a prática dos atos processuais. As requisições judiciais devem ser cumpridas pelas partes, ao mesmo tempo em que os pedidos por elas formulados devem ser alvo do esclarecimento e aconselhamento por parte do juiz, sem comprometer sua imparcialidade. O dever de esclarecimento é recíproco. (2017, p.178)

Reiterando o mencionado anteriormente, o foco é sempre pela efetividade, ou seja, pela solução efetiva que atenda aos interesses dos envolvidos, não bastando somente por fim a disputa. As partes colaboram com o julgador para que o fim atenda ao interesse de todos.

Daniel Mitidiero complementa:

Isso significa desde logo encarar o *diálogo* como ferramenta essencial para condução do processo, evitar o *desperdício* da atividade processual, *preferir decisões de mérito* em detrimento de de-

cisões processuais para o conflito, *apurar a verdade* das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito de *empregar as técnicas executivas* adequadas para a realização dos direitos. (2015, p. 105)

Interessante colocação foi o contido na obra de Cappelletti e Garth, assim constou:

O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes “eventuais” e “habituais”, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. (1988, p.25)

Logo, mais um obstáculo do acesso à justiça promovido pela falta de experiência. A prática traz o conhecimento, mas o inverso não pode ser verdadeiro. Somente a experiência nos prepara e nos ensina para lidar com os eventos durante os atos processuais. Nessa realidade, em que cada um dos presentes nessa relação jurídica já foi inexperiente, a cooperação entre todos se torna de importância vital e, porque não, humana, para a decisão justa e legítima.

Sendo assim, nessa relação que se forma, ao ingressar com a ação, entre partes e julgador, todos devem cooperar, cada um com o seu papel, mas visando um objetivo comum, qual seja, a verdade real: as partes exercendo o direito de provar suas alegações e solucionando controvérsias durante o procedimento e o julgador exercendo o dever de conduzir com isonomia a direção do processo e de justificar substancialmente o motivo de sua decisão.

3 O OLHAR SOBRE O JULGADOR

3.1 Princípios essenciais à conduta das partes

Qualquer conduta no sistema jurídico pode ser fundamentada através da aplicação de princípios. Diversos são os princípios que poderiam ser citados, entretanto, para delimitar o enfoque do estudo, serão mencionados os que melhor auxiliam no objetivo principal deste trabalho.

3.1.1 Princípio da Boa fé processual

O princípio da boa-fé processual norteia toda e qualquer conduta de qualquer dos lados no ordenamento jurídico. Presume-se que qualquer ato, afirmação, questionamento, prova, decisão sejam dotados de boa-fé.

Este princípio não requer muitas explicações, visto que acaba sendo autoexplicativo. Todos os participantes na relação processual devem agir com lealdade e utilizar meios idôneos para provar suas alegações.

Fábio Caldas de Araújo elucida:

A boa-fé processual volta-se para o comportamento dos sujeitos na relação processual. Ela é centrada na conduta reta por parte daquele que cumpre com seus deveres no processo (honeste procedere). Sua construção no CPC se socorre da formatação do direito material num diálogo entre o direito material e o processual fundado na unidade do sistema jurídico. E qual a importância da boa-fé para o processo civil? Ela é um princípio vetor e assume função interpretativa, integradora e corretiva na relação processual. Sem o princípio da boa-fé a relação processual legitimaria condutas inapropriadas e sem limites. Não devemos esquecer que o processo reflete uma batalha entre as partes, mas com estratégias e atos que devem se pautar pela lealdade. (2017, p.187)

Como bem asseverado pelo autor, é um princípio vetor que guia todo o procedimento dentro do processo. O artigo 5º do CPC exalta nesse sentido ao constar que: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Destarte, o princípio está disposto de forma taxativa no início do

Código, o que demonstra a sua estima. Outrossim, torna-se necessário apontar que há penalidade quando as partes agirem com má-fé. O CPC tratou dessa previsão apenas com relação à possibilidade de comportamento temerário das partes. O juízo foi excluído.

Os artigos que dispõem sobre a responsabilidade das partes por dano processual são o 79, 80 e 81 do CPC. Há a previsão de aplicação de multa de 1% a 10% sobre o valor da causa ou em até 10 vezes o valor do salário mínimo. É forçoso demonstrar que há previsão de penalidade quando as partes não agirem com boa-fé, do mesmo modo que é forçoso, também, destacar que essa penalidade deve ser utilizada com muita cautela, observando o contraditório e motivada com prova incontestável da conduta típica da parte. Inclusive o STJ já decidiu, por exemplo, que a condenação por litigância de má-fé somente será possível se ficar demonstrado que houve alteração da verdade com a intenção de induzir o juiz ao erro (3ª Turma, REsp 1.641.154) e que a aplicação da penalidade prescinde da comprovação de dano processual em decorrência de recurso interposto (3ª Turma, REsp 1.628.065).

3.1.2 Princípio da Proporcionalidade

Este princípio norteia a atuação do julgador, aquele que vai profereir decisão baseada nos fatos, provas e normas legais.

Ada Pellegrini ensina:

No caso de colisão de princípios, a solução deve ser buscada pela aplicação do denominado *princípio da proporcionalidade*. Trata-se de um princípio constitucional, que vincula todos os Poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário) mas é utilizado precipuamente pelo intérprete, e, portanto, pelo juiz.

Por proporcionalidade entende-se o *justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados*. E o princípio desdobra-se nos seguintes subprincípios: (i) *adequação*, ou seja, a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; (ii) *necessidade*, como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; (iii) *proporcionalidade estrita*, como escolha baseada na ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou seja, entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito) e a vantagem conseguida, o que importa na (iv) *não excessividade*. (2016, p.97)

Como bem afirmado, é um princípio que pode ser reconhecido, também, como um critério para julgar. O CPC ordena em seu artigo 8º que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

É um princípio que impede excessos por parte do julgador e busca evitar restrições infundadas ou abusos contra direitos das partes. Há um princípio que é utilizado conjuntamente com ele, muitas vezes até como sinônimo, corrobora-se o entendimento da, novamente citada, Ada Pellegrini:

Muito se escreveu, inclusive na doutrina brasileira, sobre a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. A nosso ver, razoabilidade indica bom senso, equilíbrio, observância de valores sociais. Nessa visão, a razoabilidade é um critério que deve ser aplicado no subprincípio da proporcionalidade estrita, orientando o intérprete na escolha entre dois princípios, para que um deles prevaleça no caso concreto e assim limitando seu subjetivismo pela aplicação da razoabilidade. (2016, p.98)

Assim, a proporcionalidade, que pode ser associada juntamente com a razoabilidade, é um caminho pelo qual o intérprete da norma deve percorrer se quiser promover solução justa. Isso porque, correto afirmar que ela age como uma “balança”, a qual não permite excessos nem tendência para um dos lados.

3.1.3 Princípio do Contraditório e da ampla defesa

Princípios inerentes a todo o procedimento no âmbito jurídico. É garantido constitucionalmente (artigo 5º, LV, da CF). É o caminho que assegura o resultado justo do processo. É profundamente ligado ao exercício do poder do juízo e da atuação das partes. Está também disposto nos artigos 7º e 10 do CPC.

Discorrem sobre ele, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve. (2004, p.55)

Desse modo, o princípio nada mais é do que o direito de a parte ter ciência da informação nova presente no processo (e de todos os fundamentos que a amparam) e poder se manifestar sobre ela, podendo se utilizar de todos os meios de defesa legítimos.

Pronuncia Alexandre Freitas Câmara, inclusive exemplificando a sua aplicação:

(...) significa dizer que o processo – o qual deve, sob pena de não ser verdadeiro processo, se realizar em contraditório – exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre tais acontecimentos. Para demonstrar a veracidade dessas afirmações, basta lembrar que, proposta uma ação, deve-se citar o réu (ou seja, informá-lo da existência de processo em que este ocupa o pólo passivo), para que o mesmo possa oferecer sua defesa. Da mesma forma, se no curso do processo alguma das partes juntar aos autos um documento qualquer, é preciso intimar a parte adversa, para que esta, tomando conhecimento da existência do documento, possa sobre ele se manifestar. (2009, p.50)

Logo, é necessário que todos que possam ser alcançados pela decisão possam se manifestar sobre petições e provas que venham a ser utilizadas como fundamento da decisão. Forçoso, pois, concluir que o processo justo só existe quando garante o contraditório (e possibilita a defesa) às partes.

3.2 Direitos e deveres do julgador

É de conhecimento notório a máxima que diz que o juiz nada mais é do que o instrumento, a mão que aplica a lei. Pois bem. O julgador deve pautar suas decisões sempre respeitando o que o esquema legal ordena.

Nos artigos 139 ao 143 do CPC estão dispostos os poderes e deveres processuais do juiz. Pode-se citar alguns deveres os quais ele deve cumprir, dentre eles, assegurar a igualdade de tratamento, a duração razoável do processo, reprimir atos contrários à dignidade da justiça, entre outros. O ordenamento jurídico promove a figura do julgador como ativa, um juiz que, justamente por ser o diretor do processo, participe ativamente dele. E não uma figura autoritária, de quem se posiciona como dono do processo. Ele é movido, como anteriormente mencionado, pelos poderes atribuídos pela lei.

O juiz possui *poderes jurisdicionais* e *poderes de polícia*, no ensinamento de Moacyr Amaral Santos:

Por *poderes jurisdicionais* se entendem os que o juiz exerce no processo, no exercício da função jurisdicional, como sujeito da relação processual, desde o instante em que é provocada a sua formação até a sua extinção.

Poderes de polícia exerce-os o juiz, não como sujeito da relação processual, mas como autoridade judiciária, assegurando a ordem dos trabalhos forenses, quando perturbada ou ameaçada por pessoas estranhas ao processo. (1980, p.330)

Sendo assim, como exemplo, é assegurado ao juiz determinar provas necessárias para formar seu convencimento (artigo 371 do CPC), como parte de seu poder jurisdicional, e registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência (artigo 360, V, do CPC), como função de seu poder de polícia.

Interessante ressaltar a reflexão de Vicente Greco Filho:

Esses poderes, todavia, também devem ser empregados com a cautela de se evitar a interferência do juiz na livre discussão da causa pelas partes, que não devem ter cerceadas as suas atividades essenciais na defesa de seus direitos. (1984, p.225)

Contida também no CPC (artigo 143) a penalidade, qual seja: responder por perdas e danos, caso o juiz haja de maneira temerária no exercício de suas funções. Um meio de punibilidade veio através da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019) que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, destacando-se a criminalização da violação das prerrogativas da advocacia.

Conclui-se que cabe ao julgador, no exercício de suas prerrogativas e deveres, agir com total imparcialidade, zelando pelo efetivo e célere andamento processual, permitindo que as partes provejam suas alegações, determinado provas necessárias à solução do mérito, fundamentando suas decisões, enfim, cumprindo o dever à prestação jurisdicional.

3.3 Independência funcional e a motivação

Complementando todo o exposto neste capítulo, explanando acerca dos poderes e deveres do julgador, o seu poder-dever carece ser revestido do encanto de aplicar a lei e agir em prol da justiça.

Há um princípio que norteia a atuação do julgador, é aquele que garante a independência no exercício de suas funções, que o juiz no exercício de suas atribuições judicantes é subordinado somente à lei.

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos:

Todavia, a independência de que goza o juiz tem uma finalidade – atuar a lei, o direito objetivo, da qual ele é servo, pois que é a sua voz, o veículo de expressão de sua vontade. (1980, p.105)

A independência nas suas funções deve ser sempre amparada na lei e a serviço dos que recorrem ao Poder Judiciário. Sua função é de inquestionável importância, vez que é ele quem diz ter ou não o direito. Todavia, mesmo sendo garantida a ele a ampla liberdade de atuação, ele precisa demonstrar o porquê de suas decisões, sejam manifestações durante o procedimento, seja na decisão final do processo.

A motivação também faz parte do rol de princípios aplicáveis ao procedimento das partes, mas foi introduzido neste capítulo devido à sua posição de destaque para o questionamento do estudo. O princípio da motivação está amparado na Constituição Federal (artigo 93, IX e X) e tem previsão também no artigo 489, §§ 1º e 2º do CPC.

Pontua Fábio Caldas de Araújo:

A motivação é a garantia de explanação do móvel do julgador e o controle sobre sua adequação. O Estado de Direito não permite que a motivação das decisões judiciais nasça *sponte própria*, ou seja, de forma arbitrária, mas, sim, com base na norma jurídica e com o subsídio das provas carreadas ao processo, em amplo contraditório. A motivação deve refletir toda a atividade processual realizada pelas partes, por meio da explanação analítica a ser realizada pelo juiz na sua decisão. (2016, p.154)

Finalmente, é possível afirmar que uma decisão sem motivação é considerada nula, pois a própria constituição, a mãe das leis, exige a sua presença. Uma decisão destituída de fundamentação torna-se arbitrária, o que não condiz com o papel do Direito. Em razão de ser dessa forma, é que a cooperação entre os integrantes do processo, a boa-fé, a produção de provas se fazem tão necessárias, é justamente todo esse conjunto que auxilia o julgador e permite que ele profira um julgamento justo e motivado no conjunto probatório e no amparo legal.

4 DISCIPLINA JUDICIÁRIA

Discorreu-se sobre todo um sistema de nortes e ações que resultariam na prestação jurisdicional eficiente e justa pelo Poder Judiciário.

Considerando todo o exposto, o julgador tem sua independência no exercício da função de julgar, ainda que motivada a sua decisão. Todavia, por maior que seja a sua espontaneidade, imparcialidade e autonomia, ele está a serviço de um bem maior, a promoção da pacificação social, do dever de agir com zelo na aplicação justa do direito ao fato, e, por que não, no respeito às partes que recorrem a ele.

A intenção dessa reflexão é demonstrar que, assim como faz parte da prestação jurisdicional a decisão do julgador do primeiro grau, também fazem parte as decisões do segundo grau. É o direito de recorrer, de reapreciação da matéria, desde que revestida de fundamento e de amparo legal. É o direito ao acesso ao duplo grau de jurisdição. A parte tem direito ao mesmo grau de jurisdição, quando apresenta embargos de declaração, e direito ao grau de jurisdição diverso, quando recorre ao

Tribunal de Justiça, por exemplo.

Mesmo sendo dotado de independência o juízo de primeiro grau, há de ser observado as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais as quais fazem parte e as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Verificar como estão sendo julgados os conteúdos jurídicos, como caminha a jurisprudência atual, bem como respeitar como estão sendo proferidas as decisões em casos análogos, reflete a Simetria e a Segurança Jurídica. Em todos os graus de jurisdição, o objetivo é o mesmo: promover a solução justa ao caso concreto. Logo, por que não respeitar a jurisprudência, os precedentes, evitar interposição de recursos para garantir a aplicação do que já estava garantido e evitar prejuízo processual de custas, tempo, insegurança?

Um ponto nodal que causa insegurança é a motivação “*per relationem*”, aquela justificativa em que o julgador apenas reporta-se à mesma motivação anteriormente utilizada, ou seja, a fundamentação consiste em apenas repetir o julgado. Entretanto, é necessário atenção na utilização dessa técnica, tendo em vista o próprio direito ao duplo grau de jurisdição da parte. Pontua Fábio Caldas de Araújo:

O importante é demonstrar o cabimento e a adequação da decisão, o que impede apenas a citação. Na fundamentação *per relationem* é essencial a justificativa da adequação da decisão ao juízo *a quo* pelo juízo *ad quem*, ou na hipótese inversa, a inexistência de distinção do caso decidido pelo juízo *a quo* quando adote a jurisprudência firmada pelo juízo *ad quem* (*distinguishing*). (2016 p.164)

O Novo Código de Processo Civil abraçou o combate à insegurança jurídica, tanto é que instituiu em seus artigos 489, 926 e 927, o *regime de precedentes*, que nada mais é do que a afirmação da disciplina judiciária.

5 RECORRIBILIDADE COMO TÉCNICA DE GARANTIA DE ÊXITO PROCESSUAL

Afinal, o que move o advogado a lutar pela entrega da prestação jurisdicional equânime?

A resposta parece simples, mas não é.

O dever profissional do advogado com o cliente, o direito e a afirmação da justiça no caso concreto são alguns dos provocadores de tal inquietação.

Essa inquietação é o que move o advogado, seja qual for sua idade profissional.

A crença em uma tese é o que proporciona força ao advogado para que continue a discutir tema em sede recursal.

O recurso é instrumento primordial para garantia dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa dos jurisdicionados.

O duplo grau de jurisdição visa a revisão e ratificação da matéria sob julgamento.

A Constituição Federal de 1988 prevê nos artigos 5º, inciso LV e 92, o direito da parte de recorrer e obter revista da decisão do juízo *a quo*, *in verbis*:

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:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Não é diferente a previsão infraconstitucional, a exemplo do *caput* do artigo 496 do Código de Processo Civil, cita-se:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

(...)

O duplo grau de jurisdição situa-se como um dos princípios nucleares do sistema processual brasileiro e revela a necessidade social de obter na solução do litígio o exaurimento de análise sobre determinado tema, condição precípua e assertiva de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, para que se possibilite na esfera recursal a discussão da aplicabilidade ou não de dispositivos legais e, conseqüente consagração de determinada tese, é necessário que o assunto tenha sido tratado durante o desenvolvimento do processo, sob pena de não ser enfrentado no momento da prolação da decisão de mérito.

Tamanha a indispensabilidade de traçar o conteúdo jurídico e fático a ser discutido no processo, que o Novo Código de Processo Civil trouxe a possibilidade das partes pedirem adequação na decisão interlocutória de saneamento, para que não ocorra decisão surpresa quando da prolação da sentença.

Essa faculdade da parte de influenciar diretamente no caminho processual a ser percorrido nada mais é do que a garantia reflexa e prática do princípio da vedação da decisão surpresa.

Observe-se os artigos 10º e 357, ambos do Código de Processo Civil:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo,

deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

(...)

Na prática, o pedido de esclarecimentos e ajustes é muito pouco utilizado pelas partes. Todavia, esse é um grande instrumento prático para sinalizar os pontos nodais do mérito ao juízo.

Trata-se de método didático e elucidativo ao auxílio do juízo.

Ocorre que a dispersão do raio probatório delimitado em decisão de saneamento prejudica diretamente a solução do conflito e eclodi na ausência de enfrentamento de tema arguido por alguma das partes no julgamento meritório.

Pelo silêncio da parte, instaura-se, implicitamente, o enviesamento do juízo, o que corrói o núcleo argumentativo da tese defendida.

Desse modo, o advogado deve influenciar, por meio do pedido de ajustes e esclarecimentos, a arquitetura cognitiva do julgador.

A abstenção do advogado nessa fase processual pode resultar em prejuízo sistemático da instrução processual e do resultado cognitivo do julgador.

A discussão durante o trâmite processual é essencial.

Não é diferente quando há a prolação da decisão de mérito.

Do mesmo modo que o pedido de ajustes e esclarecimentos quando do saneamento do feito ilumina o caminho processual em primeiro grau, o recurso de embargos de declaração traz à baila pontos vitais para o manejo de recursos para as instâncias extraordinárias, tan-

to para o Superior Tribunal de Justiça como para o Supremo Tribunal Federal.

O recurso de embargos de declaração surge como remédio para as omissões, erros materiais, contradições e obscuridades do julgamento.

5.1. Embargos de declaração

O recurso de embargos de declaração está previsto no Capítulo V, do Código de Processo Civil, do artigo 1.022 ao 1.026.

Contemple-se os efeitos da interposição dos embargos de declaração, conforme magistério de Barbosa Moreira:

Interpostos sempre para o mesmo órgão que proferiu a decisão embargada, não têm os embargos de declaração efeito devolutivo. Produzem, contudo, efeito suspensivo, e com referência a este há que assinalar uma particularidade. Os embargos de declaração podem caber *juntamente* com outro recurso contra a mesma decisão. A sua interposição interrompe (não suspende apenas) o prazo para a de quaisquer outros recursos (art. 538, na redação da Lei n. 8.950), reiniciando-se a fluência, por inteiro, a partir da intimação da decisão sobre os embargos. A interrupção não beneficia só o embargante: o texto legal, hoje, estende-lhe os efeitos, em termos expressos, a “qualquer das partes”, e a *raio legis* permite incluir *outros* possíveis recorrentes (terceiro prejudicado, Ministério Público em função de fiscal da lei) (1996, p. 182).

Humberto Theodoro Junior destaca que é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição, a omissão ou o erro material existente no pronunciamento jurisdicional. Não tem a mínima relevância ter sido a decisão proferida por juiz de primeiro grau ou tribunal superior, monocrática ou colegiada, em processo de conhecimento ou de execução; nem importa que a decisão seja terminativa, final ou interlocutória (THEODORO JUNIOR, 2018).

Além disso, para fins de recursos à instância extraordinária, o recurso de embargos de declaração é medida imperativa para produção do questionamento de matéria, seja de forma *ficta* ou expressa.

A promoção da discussão da matéria defendida pelo causídico em sua tese em sede de embargos de declaração produz insumo para o enfrentamento da questão jurídica pelo juízo *ad quem*.

5.2. Prequestionamento expreso

A necessidade do prequestionamento expreso de matéria para fins de recursos de natureza extraordinária encontra-se sumulado, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelo Supremo Tribunal Federal, confira-se:

Súmula 282 do STF - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 211 do STJ - Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal.

O enfrentamento das questões trazidas para o julgamento é medida que se impõe.

A falta de enfrentamento das questões suscitadas no recurso de embargos de declaração pelo juízo importa na negativa de prestação jurisdicional. O juízo tem o dever de fundamentar suas decisões, conforme artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O Novo Código de Processo Civil caminha no mesmo sentido quanto à necessidade de debate amplo e fundamentado daquilo que está sendo discutido no processo, a exemplo dos artigos 7º, 10º e 371.

A garantia dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa depende da apreciação ampla, combativa, fundamentada e humana do juízo. Sem enfrentamento judicial, não há garantia alguma.

Entretanto, quando ocorre a falta de enfrentamento do juízo so-

bre as questões suscitadas no recurso de embargos de declaração, na prática, a decisão deve consignar que as matérias trazidas pelo recurso foram objeto de prequestionamento *ficto*.

Mesmo com mencionado registro na decisão, por precaução, na prática, verifica-se a necessidade de o causídico trazer em seu recurso de natureza extraordinária aquilo que não foi enfrentado pelo juízo *a quo*, em tópico preliminar e específico, alegando a negativa de prestação jurisdicional.

Afinal de contas, a privação da consignação no julgado dos reflexos do fato e da prova na esfera jurídica resulta na inadmissibilidade do recurso especial e extraordinário, tendo em vista a especificidade e a tecnicidade necessária para o seu manejo.

5.3. Pquestionamento *ficto*

O prequestionamento *ficto* está previsto de forma expressa no artigo 1.025 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Todavia, a parte final do dispositivo deixa flexível o que será ou não objeto de apreciação, mesmo com a interposição do recurso de embargos de declaração para fins de prequestionamento *ficto*.

A ausência de enfrentamento judicial sobre tema prejudica sobremaneira a solução do litígio.

Pontuar os aspectos jurídicos relevantes para o deslinde da demanda é basilar.

Por vezes, a matéria que foi suscitada nos acatamentos é circunstancial e específica, no entanto, ainda assim, é fundamental para o êxito da tese defendida.

Por isso, no campo prático, apesar de a previsão legal trazer o prequestionamento *ficto*, entende-se que o julgado deve trazer o enfrentamento de todos os temas do processo de forma expressa, sob pena de

incidir em negativa de prestação jurisdicional.

5.4. Recurso especial e recurso extraordinário

Conforme magistério de Fernanda Tartuce e Luiz Dellore:

Com o recurso especial, busca-se a unidade na aplicação do direito federal (infraconstitucional), que deve ser aplicado de forma semelhante por todos os Tribunais pátrios (o mesmo se passa com o recurso extraordinário – RE – em relação à Constituição) (2016, p. 257).

A abrangência das matérias passíveis de discussão no recurso especial e no recurso extraordinário estão previstas na Constituição Federal de 1988.

No caso do recurso especial, tem-se:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

No caso do recurso extraordinário, tem-se:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas 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.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

(...)

§ 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.

No Código de Processo Civil, ambos os recursos são tratados nos artigos 1.029 e seguintes.

Sobre a necessidade de repercussão geral das matérias discutidas nos referidos recursos, leciona Medina:

O STF não examina, através de recurso extraordinário, questões constitucionais que não ostentem repercussão geral. Assim, decisões proferidas pelos tribunais regionais e dos estados, embora contrárias à Constituição Federal (se o tema respectivo não tiver repercussão geral), podem passar em julgado, o mesmo não ocorrendo, necessariamente, se estas mesmas decisões forem contrárias à lei federal – já que, neste caso, ao menos em tese, será possível pedir a correção do erro ao STJ, através de recurso especial (2017, p. 1285).

Quanto ao procedimento de protocolo e processamento, ensina Theotonio Negrão:

Nas situações em que a parte interpõe desde logo ambos os recursos, o julgamento do recurso especial pode ter repercussão na sorte do recurso extraordinário já interposto: se o recurso especial não é conhecido ou não é provido pelo STJ, esse recurso extraordinário é processado normalmente; se o recurso especial é provido pelo STJ, tal recurso extraordinário fica prejudicado, na exata medida da coincidência entre os fins perseguidos pelo recorrente numa e noutra via (art. 1.031 § 1º). Em outras palavras, o julgamento do recurso especial torna prejudicado o recurso extraordinário quando houver trazido para o recorrente o preciso resultado que ele tencionava obter com o provimento deste (2018, p. 1665).

Quando inadmitidos os recursos de natureza extraordinária, surge a possibilidade de interposição dos remédios processuais chamados de agravo em recurso extraordinário ou agravo em recurso especial, temas objeto do presente estudo.

Sobre os agravos mencionados, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Prevê o art. 1.042 (redação da Lei nº 13.256/2016) que, em regra, a decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem que inadmite o recurso extraordinário ou especial desafia agravo endereçado ao tribunal superior (hipótese que a jurisprudência denomina de *agravo em recurso extraordinário* ou *agravo em recurso especial*).

Ressalva o mesmo dispositivo que o recurso não será o agravo para o STF ou para o STJ, mas o *agravo interno* para o próprio tribunal local, quando a inadmissão do extraordinário ou do especial se der com fundamento em entendimento dos tribunais superiores firmado em regime de *repercussão geral* ou em *juízo de recursos repetitivos*. Incide, na espécie, o disposto no art. 1.030, § 2º com a redação da Lei nº 13.256/2016 (2018, p. 1230).

Elementar, portanto, esses instrumentos recursais para que os tribunais superiores enfrentem o recurso especial e o recurso extraordinário.

5.5. Papel do agravo na instância extraordinária;

O agravo em recurso especial e em recurso extraordinário estão previstos no artigo 1.042 do CPC, sem prejuízo de disposições complementares existentes no mesmo *códex*.

Nota-se a finalidade do agravo em recurso especial e do agravo em recurso extraordinário, conforme doutrina de Luiz Dellore:

AREsp e ARE: visão geral. O agravo em recurso especial (AREsp) e o agravo em recurso extraordinário (ARE) são recursos de utilização bastante específica: sua finalidade é impugnar decisão que não admite o REsp ou o RE, na origem (art. 1.030, V). 1.1. Assim, para a utilização deste recurso, necessário: (i) ter havido a interposição do REsp e/ou RE e (ii) ter havido, no tribunal de origem, admissibilidade negativa – salvo nas hipóteses envolvendo recurso repetitivo e repercussão geral, caso em que será cabível agravo interno para o próprio Tribunal de origem (vide art. 1.030, § 2º – e item 13 abaixo). 1.2. Em síntese, o objetivo deste agravo é fazer com que o recurso (especial ou extraordinário), que não foi admitido pelo tribunal de origem, seja apreciado pelo STJ (recurso especial) ou pelo STF (recurso extraordinário). 1.3. Este recurso

também é utilizado no âmbito processual penal (igualmente para o REsp e RE) e no processo do trabalho (em relação ao recurso de revista) (2018, p. 985).

Sobre sua interposição, lecionam Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire:

Para formalizar sua irrisignação, o recorrente deverá elaborar uma petição que será dirigida ao próprio Presidente (ou Vice-Presidente) do TJ ou do TRF. Tal petição não precisará demonstrar o recolhimento de custas recursais, haja vista que o § 2.º do mesmo artigo assim isenta o recorrente.

Tal isenção normativa é proveniente do fato de que este agravo se aproveitará dos valores recolhidos para o preparo do recurso (especial ou extraordinário) inadmitidos e não processados.

O prazo para interposição será de 15 dias, mas o Presidente (ou Vice-Presidente) do Tribunal a quo não analisará os requisitos de admissibilidade, cabendo a este somente determinar a intimação, por igual prazo (§ 3.º), do recorrido para que oferte suas contrarrazões.

Também não haverá formação de instrumento, já que o recurso será interposto nos próprios autos

do procedimento – ver Enunciados n. 225, 228 e 229 citados.

Após o prazo de resposta, o Presidente/Vice-presidente poderá se retratar da decisão (§ 4.º) e, caso tal juízo regressivo não ocorra, remeterá o recurso ao Tribunal Superior competente.

Há, por economia processual, a possibilidade de o Agravo ser julgado pelo Tribunal Superior em conjunto com o respectivo RE/REsp (§ 5.º) caso este seja provido e autorize a admissibilidade do recurso inicialmente não conhecido; sendo esse o caso, se dará oportunidade para as partes fazerem sustentação oral.

No caso de indeferimento tanto do RE quanto do REsp pelo mesmo recorrente, deverão ser interpostos dois Agravos pelo sucumbente (§ 6º); uma peça para cada um (§ 6.º).

Havendo dois Agravos, um para o STJ, outro para o STF, após sua saída do Tribunal a quo, os autos serão remetidos primeiro para julgamento no STJ, para, somente após seu pronunciamento, seguir para o STF, se o recurso não ficar prejudicado pela decisão do STJ (§§ 7.º e 8.º) (2016, p. 2191-2192).

Os referidos recursos são imprescindíveis para levantamento da discussão de matérias nos tribunais superiores e para entrega da prestação jurisdicional justa e efetiva.

5.6. Caso concreto

Nesse item, focar-se-á na análise do tema ao caso.

Em determinada demanda judicial, onde se discutia indenização de seguro de vida em grupo, sob a ótica do código de defesa do consumidor, o demandante obteve sentença parcialmente procedente para o fim de condenar a seguradora ao pagamento de indenização prevista na apólice de forma gradual e limitada à proporção de sua lesão, com a aplicação de tabela matemática de percentuais indenizatórios que dispunha de valores para cada parte do corpo. Era condição precípua para o recebimento da indenização a configuração da incapacidade laborativa permanente do demandante, a qual foi confirmada por laudo médico pericial conclusivo produzido naquele processo.

Contudo, quando da prolação da sentença, o juízo não analisou a falha no dever de informação da ré em cientificar o consumidor previamente à contratação do seguro de vida em grupo, as limitações, excludentes e graduações previstas na apólice.

Assim, o demandante interpôs embargos de declaração para fins de enfrentamento do tema.

O juízo de primeiro grau rejeitou o recurso de embargos de declaração e, por consequência, manteve incólume a decisão investida.

Passo contínuo, o demandante interpôs apelação para discutir qual era o efeito jurídico da falha no dever de informação para o segurado, na qualidade de consumidor, tudo nos termos do código de defesa do consumidor.

O recurso de apelação do autor obteve, como resultado, parcial provimento para o fim de majorar a indenização securitária nos termos previstos na tabela matemática gradual e limitativa. Todavia, quando da análise do efeito jurídico da falha no dever de informação em relação ao consumidor e do pagamento da indenização, o acórdão consignou que competia à estipulante do seguro informar o consumidor sobre as limitações, graduações e excludentes do seguro, inclusive em relação à tabela matemática.

Não concordando com o julgamento e a forma que foi enfrentada a falha no dever de informação da ré, o demandante interpôs o recurso de embargos de declaração.

Na oportunidade, o recurso de embargos de declaração do autor

foi rejeitado.

Com o questionamento da matéria circunstancial e específica da falha no dever de informação consignada no acórdão, o demandante manejou recurso especial e recurso extraordinário, aos quais foram negado seguimento.

Não concordando com a decisão em relação ao recurso especial, interpôs agravo em recurso especial para o fim de destrancar o recurso e fazê-lo ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Então, no Superior Tribunal de Justiça, o agravo em recurso especial foi conhecido para destrancar e dar provimento ao recurso especial do demandante. Veja-se a decisão do STJ:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. DEVER DE INFORMAÇÃO LIMITATIVA DO CONTRATO. DEVER DA ESTIPULANTE E DA SEGURADORA. QUADRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA O AFERIR A EXISTÊNCIA DE COMUNICAÇÃO CRISTALINA AO SEGURADO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. (AREsp 1549301 - 2019/0215514-0 - Data da Publicação: 24.09.2019)
(...)

Colhe-se que a árdua, incansável e combativa missão de advogar foi recompensada e, por desfechos como esse, deve e merece ser estimulada.

6 CONCLUSÃO

Se todos os princípios, direitos e deveres fossem garantidos e aplicados aos integrantes da relação processual, tamanha recorribilidade não seria necessária. Entretanto, teoria e prática são questões distintas.

A reflexão que emana é a de que, diante da falta de efetividade que por vezes ocorre no dever da prestação jurisdicional, recorrer torna-se meio de garantir a aplicação dos princípios inerentes ao justo procedimento.

O papel do julgador é fundamental na dinâmica da prestação jurisdicional, afinal, é ele o instrumento de aplicabilidade das leis. Assim como o papel do advogado torna-se essencial também na colaboração com a efetividade do acesso à justiça.

Na voz de Ada Pellegrini Grinover:

Em suma, a processualidade compreende a *jurisdição*, tal qual espécie e gênero. E a *jurisdição* é conceituada como *garantia de acesso à justiça para a solução de conflitos, utilizando seus instrumentos – processo e procedimento – na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social.* (2016, p.7)

A insistência recursal é sinônimo de alento daquele que está vendo sucumbir seu direito.

Permanecer silente não trará o exaurimento da questão debatida no processo. Ao contrário, fadará de morte o direito daquele que necessita da tutela jurisdicional.

Se é que deve ser punida a recorribilidade das decisões, que a pena seja o deferimento da pretensão almejada e a exaltação de um bom trabalho.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. C. de. **Curso de Processo Civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

CÂMARA, A. F. **Lições de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPPELLETI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça.** Trad Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA A. C. de A.; GRINOVER, A. P; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C. **Teoria Geral do Novo Processo Civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

FILHO, V. G. **Direito Processual Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1984.

GAJARDONI, F. F. [e al.]. **Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015: volume 3.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

GRINOVER, A. P. **Ensaio sobre a Processualidade.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. 51. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito processual civil moderno**. 3^a. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, D. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 18^a Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense: 1996.

NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F.; BONDIOLI, L. G. A.; FONSECA, J. F. N. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor** – 49. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, M. A. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1980.

STRECK, L. L.; DIERLE, L. C. C. N.; FREIRE, A. **Comentários ao código de processo civil** – São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, F.; DELLORE, L. **Manual de prática civil**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.



A APLICAÇÃO DO OVERRULING EQUIVOCADO PELAS CORTES DE JUSTIÇA: UMA QUESTÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Israel Longen²⁵

RESUMO: O sistema de precedentes é uma importante ferramenta do Código de Processo Civil. Por ela decisões judiciais podem ser consideradas omissas e nulas, ou ainda extremamente em consonância com o ordenamento jurídico, trazendo unidade para o direito. O presente trabalho analisa referida ferramenta, a dinâmica dos precedentes com as técnicas de *distinguishing* e *overruling*, e ainda a aplicação pelas Cortes de Justiça da técnica de superação do precedente, a qual se aplicada de forma equivocada, traz prejuízos além do caso concreto, mas para a sociedade, quebrando o princípio da isonomia e trazendo insegurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente; Segurança jurídica; Processo; *Overruling*.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que o processo civil sofreu drásticas mudanças com o Novo Código de 2015. Também deve-se dizer que não é mais tão novo. Até o momento em que esse artigo é confeccionado já se passaram 04 (quatro) anos de sua publicação – que ocorrera em 17 de março de 2015 – e pouco mais de 03 (anos) de sua vigência – o período de *vacatio legis* findou em 17 de março de 2016 – entrando finalmente em vigor na data de 18 de março de 2016.

Neste lapso temporal várias mudanças, teses, construções jurídicas e discussões foram observadas. Discussões sobre a própria data que entraria em vigor o atual código, a taxatividade do agravo de instrumento, o novo sistema de citação com a obrigatoriedade da audiência de con-

25. Advogado, sócio no escritório Longen, Ferreira & Rech Advogados. Professor de Legislação Ambiental e Políticas Públicas (SENAR/MS). Especialista em Direito Processual Civil (UNIDERP/2017). Pós-graduando em Direito Empresarial (FGV).

ciliação e forma diferida no momento da contestação, e tantos outros temas inovadores como a sistemática dos precedentes.

No segundo capítulo é **analisada** a aproximação de dois mundos antagônicos – o *civil law* e o *common law*. Verifica-se a necessidade de produção das decisões de forma isonômica, bem como a relevância da construção das normas pelos tribunais, ante a atividade interpretativa das regras, tudo para buscar segurança jurídica, condição necessária para a sociedade pautar sua conduta, possibilitando desenvolvimento.

O instrumento de precedentes é apresentado no terceiro capítulo, seu conceito, noções e características como a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, as técnicas de *distinguishing* e o *overruling*, ou seja, afastamento e superação do precedente invocado no caso concreto. Ainda é abordada a questão da omissão quanto ao não pronunciamento ou fundamentação do julgador em relação aos precedentes invocados.

No quarto capítulo verifica-se a necessidade de perfeita adequação do precedente ao caso em questão, ou, caso o precedente seja superado, a perfeita fundamentação quanto aos motivos que autorizam o afastamento do precedente, apresentando as noções de periculosidade quanto a um precedente superado equivocadamente, ou seja, permitindo uma decisão fora do precedente – pela técnica de superação – totalmente desconexa do caso concreto, onde o precedente deveria atuar, causando quebra do princípio da isonomia e trazendo insegurança jurídica.

A metodologia utilizada no presente trabalho pauta-se em pesquisa bibliográfica, utilizando doutrinas de renome no meio processual civil e legislação pertinente, como o código de processo civil de 2015 e a Lei Máxima de nosso ordenamento, a Constituição Federal.

2 A APROXIMAÇÃO ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW

Em relação à segurança jurídica duas são as escolas existentes, o *civil law* e o *common law*. Ambas adotam, cada qual a sua maneira, os sistemas de precedentes para fundamentar casos concretos. O renomado jurista Renato Montans de Sá explica que há diferença entre esses sistemas, principalmente:

i) ao seu alicerce sobre segurança jurídica: enquanto no sistema *civil law* a segurança refere-se, principalmente, às leis (e que se desenvolveu de forma mais intensa no período das codificações surgidas especialmente após a Revolução Francesa), no *common law* a segurança advém das decisões pretéritas do Poder Judiciário; e ii) ao grau de intensidade em que se utiliza esse mecanismo e à vinculação que o precedente pode ocasionar aos casos futuros. (MONTANS DE SÁ, 2016, p. 917/918).

Independente da escola observada, o precedente é instrumento fundamental para mostrar à sociedade como o direito se comporta, vinculando casos futuros e proporcionando segurança jurídica. O precedente, como pressuposto da segurança jurídica, pode até mesmo ser considerado fonte primária do direito. Nesse último sentido nem seria estudado sob a ótica do direito processual civil, mas sim pela teoria do Direito, ou seja, se é fonte primária do Direito e se possui força obrigatória. Também há o estudo processualista dos precedentes, como, por exemplo, as técnicas de reconhecimento deles – *ratio decidendi* e *obiter dictum* – e de afastamento do precedente nos casos concretos – *distinguishing* e *overruling*, ou seja, pela distinção ou pela superação do entendimento consolidado. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016a).

A escola tradicional de *civil law* partiu da premissa que a lei era suficiente para conferir segurança jurídica, cabendo ao juiz tão somente a aplicação da legislação. Conforme o molde revolucionário francês, para que a separação dos poderes – ideia que rompe com o sistema anterior, monárquico – “funcionasse nesses moldes o legislativo deveria editar leis capazes de regular todas as situações” (PUGLIESE, 2016, p.28). Imaginou-se, enganosamente, que o legislador possuía capacidade de criar todas as regras necessárias para a sociedade e que trariam igualdade para o jurisdicionado.

Com estas ideias obtidas do revolucionário francês a lei tornava-se indispensável para que a liberdade e igualdade adquirisse contornos visíveis, proporcionando, então, a segurança jurídica. Isto impedia que o julgador criasse normas, somente permitindo a aplicação fria da lei por parte dos juízes. Assim, a segurança jurídica esperada encontrava sua base na anterioridade da lei e na confiança que o legislador havia produzido uma norma de qualidade e que atendesse perfeitamente aos

anseios do jurisdicionado, regulando todas as possibilidades de fatos jurídicos dos cidadãos. A certeza do direito era obtida mediante a impossibilidade de alteração da regra pelo juiz, sendo a lei instrumento suficiente para garantir igualdade ao jurisdicionado. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016a).

Claramente verifica-se que o ideal da tradicional *civil law* não corresponde com a realidade brasileira e o atual *civil law*. Primeiro porque – todos sabem – a lei não é o único instrumento utilizado para a construção da segurança jurídica em nosso país, existindo a jurisprudência, doutrina, e demais fontes do direito, sendo todo um ordenamento jurídico que busca referida segurança, e não somente a legislação. Segundo porque, como leciona Marinoni (2016a), a lei possui dupla indeterminação – os textos são equívocos e contém cláusulas abertas – emergindo e exigindo a necessidade de interpretação por parte dos tribunais, o que fica claro ao analisar, por exemplo, o controle difuso de constitucionalidade e a modelação das cláusulas abertas aos casos concretos colocados à disposição da jurisdição. Assim, sem uma atividade interpretativa do julgador ficaria impossível a resolução de certos casos.

Nesse sentido leciona a doutrina:

O juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei. Como advertem Merryman e Pérez-Perdomo, não se exige muita imaginação para perceber que cláusulas como a da boa-fé dão ao juiz de *civil law* grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-lhe quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016a, p. 146).

A escola do *common law* também buscou a segurança jurídica, entretanto o faz sabendo que os juízes são os atores que interpretam as regras, extraindo delas as normas que serão aplicadas ao caso concreto. Sendo assim, tal sistema previu que, em casos concretos, os julgadores podem acabar proferindo decisões divergentes para situações análogas, o que acabou por construir a força vinculante dos precedentes, tornando-os instrumento hábil a materializar a segurança jurídica buscada, gerando unidade para o direito, requisito que a sociedade necessita para um adequado desenvolvimento. (MARINONI; ARENHART;

MITIDIERO, 2016a).

Assim, o *civil law* percebeu que a lei não é capaz de traduzir corretamente a norma que o legislador buscava materializar. Há necessidade de o julgador realizar uma atividade interpretativa da lei para que a norma ali contida seja extraída e aplicada no caso concreto. Talvez um dos maiores exemplos é o listado anteriormente pela nobre doutrina: a boa-fé não é definida pelo código. Cabe ao julgador aplicá-la e contorná-la mediante o caso concreto. A lei não consegue ser um perfeito limite da conduta humana, mas tão somente direcionar a interpretação judicial e social.

Aliás, facilmente percebe-se que a lei jamais poderia ter a utopia de querer e conseguir regular todos os atos da sociedade e do povo. Os atos humanos são infinitos. Ao analisar uma sociedade pode-se perceber a infinidade de relações jurídicas e sociais que ocorrem diariamente: emprego, transporte, contratos, consumo, serviços prestados, nascimentos, falecimentos, processos etc. Uma infinidade de fatos e atos que a legislação jamais conseguiria suprir em pequenos textos!

Existindo inúmeras relações sociais e sabendo que a lei não consegue regular todas, há possibilidade de várias interpretações para uma mesma questão, e seguindo a premissa construída pelo *common law*, os julgadores devem interpretar a lei para a devida extração do seu alcance. Nesse sentido o atual código de processo civil trouxe expressamente um sistema de precedentes, objetivando assim a unificação de decisões e materialização do princípio da isonomia. Atualmente vê-se que a legislação adjetiva aproxima muito o *civil law* e o *common law*, ainda que cada qual possua suas características.

Outra não podia ser a conclusão, eis que, conforme Marinoni (2016a, p. 147), “inexiste coerência em um direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual”. O senso de justiça está ligado quase como de forma natural ao sentimento de isonomia, ou seja, para casos idênticos o direito deve se portar da mesma forma. Nesse sentido também são as palavras de William Pugliese (2016, p. 48), quando diz que “para a sociedade (...) o *stare decisis* gera maior segurança e confiança no Judiciário. É incoerente, para um leigo, descobrir que no Brasil cada juiz pode decidir de uma forma, já que as leis são iguais para todos”. Não há, para qualquer sociedade que

se observe, qualquer motivo que ampare a existência de casos iguais, ou próximos, com decisões judiciais conflitantes, o sentimento de injustiça é instantâneo.

Nesse sentido que a aproximação dos dois sistemas e da aplicação dos precedentes fora apresentada e regulada pelo nosso ordenamento jurídico, de escola civilista, por intermédio do Código de Processo Civil de 2015. O respeito ao sistema de precedentes demonstra benefícios e só tem a acrescentar ao nosso ordenamento jurídico, inclusive com a diminuição de demandas propostas, o que gera inclusive materialização do princípio da economia processual e celeridade – temas adequados para outros trabalhos.

2.1 A atividade de interpretação dos tribunais para extração da norma

Conforme Marinoni (2016a), a principal justificativa para a necessidade dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro é que a interpretação do Direito não é apenas declaratória, ou seja, descritiva de uma lei preexistente, mas sim reconstrutiva, devendo demonstrar os sentidos jurídicos possíveis que os textos permitem e a verdadeira delimitação da regra, extraindo-se, por esta interpretação, a norma. Assim, existem razões extraíveis das decisões judiciais que se tornam precedentes obrigatórios, incrementando a ordem jurídica, possibilitando que casos análogos sejam decididos da mesma maneira.

Importante ponto destaca ao jurista supracitado, pois as razões extraídas devem ser consideradas precedentes obrigatórios, sob pena de todo o sistema padecer com inúmeros casos de exemplo ao invés de precedentes.

Nesse sentido, o precedente judicial demonstra ser uma colaboração entre poderes judicial e legislativo, onde o legislativo oferece textos para que o judiciário exerça a interpretação, valorando-a e reconstruindo a norma. A norma, portanto, é a reconstrução do texto legislativo, quando passa pelo filtro da interpretação judicial, onde consegue contornos visíveis e possíveis para casos concretos e para a sociedade, devendo, igualmente a lei, ser considerada obrigatória, eis que a norma orienta a conduta humana em sociedade, sendo a complementação da lei fria.

A nobre doutrina esclarece que

a decisão judicial pode gerar dois efeitos distintos dentro do sistema jurídico: um efeito sobre o caso concreto (...), e um para a ordem jurídica, na medida em que exerce uma função institucional ao promover a unidade do direito por meio da formação de precedentes que visam, dentre outros valores igualmente importantes, à igualdade, à coerência normativa e à segurança jurídica. (MONTANS DE SÁ, 2016, p. 920/921).

Assim, a lei fria não poderia ser autossuficiente para regular a sociedade, mas as normas extraídas da legislação podem lhe servir de bússola. Veja-se como exemplo claro e pacificado a questão de negativação indevida do consumidor perante fornecedor de produtos ou serviços: não há quem duvide que a negativação indevida enseja o devido direito de receber reparação e indenização por danos morais. Porém não há uma lei expressa com o seguinte teor: a negativação indevida causa a obrigação de reparar danos morais! Existe lei, claro, mas esse entendimento vem a ser construído junto ao judiciário, que na interpretação dos artigos 186 e 927 do Código Civil²⁶ extraíram a norma, ou seja, que a negativação indevida é um ato ilícito, e que **é dever de quem comete** este ato ilícito indenizar, por ocorrência de dano moral. Ora, isto é a norma extraída! Isto norteia a sociedade! A norma torna-se maior que a regra, sendo possibilitada sua existência pela atividade interpretativa dos juristas e produto – decisões – dos Tribunais.

Pela extração da norma com a atividade interpretativa “chegou-se à conclusão de que em determinadas situações as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de *reduzir a indeterminação* do discurso jurídico, podendo servir como *concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016b, p. 640), ou seja, a lei hodierna possui muitos termos vagos e indeterminados, como *ato ilícito* e *dano moral*, mas a interpretação dos tribunais confere concretude a esses termos, reduzindo sua abrangência e demonstrando onde são cabíveis no cotidiano da sociedade, assim, nas decisões tidas como *leading cases*, torna-se possível verificar elementos bases para aplicação das regras em casos futuros.

A partir dos fundamentos supra explorados que o conceito de pre-
26. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

cedente começa a ser traçado. Como no exemplo retro listado, sobre dano moral, inicia-se um entendimento de que há razões que podem ser identificadas em casos concretos e servem de parâmetros para outros casos análogos. A seguir será analisado o instituto do precedente.

3 PRECEDENTES

Verifica-se importante conceituar referido instituto desde o início do capítulo para uma melhor compreensão. A doutrina especializada assim conceitua o precedente:

Os *precedentes* não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como *matéria-prima a decisão*, o precedente trabalha essencialmente sobre *fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição* e que determinam a prolação da decisão da *maneira* como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da *justificação das decisões*. Por essa razão, operam necessariamente dentro da *moldura dos casos* dos quais decorrem. Os *precedentes* emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre *obrigatórios* – isto é, *vinculantes*. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples *exemplos*. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016b, p. 644/645).

Interessantes características foram apresentadas, a saber: i) a decisão judicial não é sinônimo de precedente, mas sim a matéria-prima utilizada para a existência dele; ii) para a decisão ser prolatada da forma como foi construída se utilizou de fatos jurídicos relevantes, de extrema importância para a conclusão obtida; iii) dos fatos jurídicos relevantes são extraídas as razões generalizáveis, isto é, o precedente, e ele opera em casos análogos ao que lhe deu origem, servindo de solução para problemas interpretativos, e; iv) o precedente é construído pelas Cortes Supremas e são obrigatórios.

Como visto, os precedentes são construídos pelas Cortes Supremas, que não possuem – como se sabe – a função de analisar casos concretos, mas o direito abstraído desses casos. Sobre tais cortes continua referida doutrina:

As Cortes Supremas existem não para efetuar controle de cada decisão prolatada pelas Cortes de Justiça – existem, pelo contrário, para interpretar o direito constitucional (STF) e o direito federal (STJ), outorgando adequado sentido aos textos, e para orientar a interpretação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da sociedade civil. São Cortes de interpretação e de precedentes. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016a, p. 150).

Desde já algumas diferenças podem ser feitas. Se decisão judicial não é sinônimo de precedente, a jurisprudência também não é. Jurisprudência, como bem explica a doutrina, é a “aglutinação de uma série de julgados seguindo vetorialmente uma mesma direção reiterando o entendimento sobre determinada questão” (MONTANS DE SÁ, 2016, p. 921/922). Tanto precedente quanto jurisprudência utilizam a decisão judicial como matéria-prima, porém cada qual a utilizará para funções específicas.

Para outros doutrinadores a jurisprudência é o conjunto reiterado de decisões no mesmo sentido de algum Tribunal, sendo trabalho das Cortes de Justiça, ou seja, Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais. Nestas Cortes não se fala em formação de precedentes, mas sim em interpretação e aplicação do Direito, controlando as decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016a).

Se é certo que existem dois tipos de cortes como visto acima, a saber, Cortes de Justiça e as Cortes Supremas, resta melhor diferenciá-las para entender suas funções e vinculação com os precedentes. Assim,

A fim de bem trabalhar com um sistema de precedentes, é preciso distinguir no seio da organização judiciária *cortes voltadas à justiça do caso concreto* (as chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), cuja função é *controlar* a interpretação dos fatos da causa e do direito aplicável ao caso concreto e *fomentar o debate* a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência, das *cortes voltadas à unidade do direito* (as chamadas Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), cuja função é *interpretar* o direito a partir do caso concreto e *dar a última palavra* a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016b, p. 642).

As Cortes Supremas, portanto, são aquelas que interpretarão o direito utilizando-se de casos concretos apenas como meio, ou seja, o objeto de onde será extraída a norma constitucional ou infraconstitucional, sendo também as responsáveis pela unidade do direito e pela formação dos precedentes. Já as Cortes de Justiça devem focar sua visão aos casos concretos e criação de jurisprudência, que permitirá inúmeras interpretações sobre os casos analisados, e a correspondente divergência de interpretações nas jurisprudências, por sua vez, possibilitará às Cortes Supremas objeto para análise e aplicação da unidade do direito, extraindo, por sua vez, os precedentes. Frise-se que só é possível unificar aquilo que é divergente, por isso a importância da jurisprudência possibilitar várias interpretações sobre um tema. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016b).

Se é verdade que as Cortes Supremas – STF e STJ – são aquelas responsáveis pela criação de precedentes, importante que a aplicação de referido instrumento seja devidamente realizada pelas Cortes de Justiça, as quais devem fundamentar devidamente a incidência, afastamento ou superação nos casos concretos, sob pena de se causar prejuízo à parte e à sociedade pela falta de isonomia.

3.1 A *ratio decidendi* e o *obiter dictum*

Como bem observa Renato Montans de Sá (2016), nem toda decisão constituirá um precedente, mas todo precedente origina-se de uma ou mais decisões. Para obtenção do precedente duas são as questões que os operadores do direito – dentre eles destacam-se juízes e advogados – enfrentarão: i) *ratio decidendi* e; ii) *obiter dictum*.

As decisões judiciais sempre apreciam circunstâncias de fato – os fatos que ocorreram no caso concreto – e a tese jurídica – como o direito incidirá e se comportará naquele caso concreto. Assim, a *ratio decidendi*, ou também denominada *holding*, é o núcleo essencial da decisão, está incluída na tese jurídica, quando o julgador aplicará o direito e demonstrará como ele se comporta para a sociedade. As outras partes da decisão que não integrarem este núcleo, sendo ditas e mencionadas apenas de *passagem*, ou seja, estando fora da *ratio decidendi*, serão denominadas de *obiter dictum*. (MONTANS DE SÁ, 2016).

Assim, para criação de um precedente, basta utilizar uma decisão

como matéria-prima, e que desta decisão seja possível extrair a correspondente *ratio*, a qual possibilitará o norteamento de futuras decisões para casos análogos. Frise-se que nem toda decisão cria precedente.

Sendo criado o precedente, este poderá ser invocado pela parte para adequar seu caso ao precedente e orientar determinada decisão judicial, seja para configurar o entendimento do precedente, seja para afastá-lo ou considerá-lo superado – o que demanda o manuseio das técnicas de dinâmica dos precedentes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016b), tema do próximo subitem.

3.2 O *distinguishing* e o *overruling*

A partir do momento em que o operador do direito trabalha com um precedente ele está sinalizando o rumo que determinada demanda deve seguir. Entretanto, para que a demanda siga o rumo apresentado, ela deverá estar adequada exatamente ao precedente proposto. Caso não se enquadre nos moldes fixados, então deverá ser afastada do precedente ou, ainda, o precedente deverá ser considerado superado. Nesse sentido deve ser estudada a dinâmica dos precedentes, mais precisamente o *distinguishing* e o *overruling*.

Por *distinguishing* entende-se que

Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a *mesma questão* ou se é *semelhante*, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente *analógico*. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem *particularidades fático-jurídicas não resentes* – e por isso *não consideradas* – no precedente, então é caso de *distinguir* o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*). (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016b, p. 659).

Logo, verifica-se que o precedente deve ser obedecido caso se enquadre perfeitamente ao novo caso analisado, porém, se não estar devidamente encaixado nos limites propostos pelo precedente, haverá distinção, e por lógica, a não aplicação do precedente. Isso também demonstra a força dos precedentes, que só poderão ser afastados mediante a devida fundamentação em decisão, com a análise e pormenorização

da aplicação ou não aplicação da distinção.

Já em relação à superação de precedentes, o *overruling*, deve-se ter em vista

A necessidade de *desenvolver o direito* a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua *congruência social e coerência sistêmica*, [então] um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua *superação* – seja total (*overruling*), seja parcial. (...) Para proteção da *confiança* depositada no precedente e da *igualdade* de todos perante a ordem jurídica, a superação do precedente normalmente é sinalizada (*signaling*) pela Corte e, em outras, a eficácia da superação do precedente só se realiza para o futuro (*prospective overruling* – como prevê expressamente o art. 927, §3º [do CPC]). (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016b, p. 660).

Note-se que tanto a distinção como a superação do precedente devem ser devidamente fundamentadas pelas Cortes, isto por mandamento expresso do art. 489, §1º, V e VI, do CPC²⁷, tema do próximo subitem.

3.3 A decisão não fundamentada

Não é novidade do Código de Processo Civil de 2015 a necessidade de fundamentação, porém, este dever dos magistrados está muito mais detalhado e aprofundado, o que pode ser facilmente analisado no art. 489, §1º, do CPC, especialmente nos incisos V e VI, que possuem relação aos precedentes – tema deste trabalho:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

27. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (BRASIL, 2015, *on-line*).

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015, *on-line*).

Fica evidenciada a importância do estudo dos precedentes no momento em que, no cotidiano no operador do direito, eles podem ser a causa de uma decisão não fundamentada, tanto por invocar precedente sem demonstrar a incidência ao caso concreto, quanto para deixar de seguir precedente invocado por alguma das partes sem demonstrar o *distinguishing* ou o *overruling*.

A decisão que possuir estes defeitos processuais será considerada não fundamentada – omissa por lógica – passível, então, de oposição dos respectivos embargos de declaração, na forma do art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC.²⁸

Nesse sentido que o código tenta sempre evitar a deficiência da fundamentação, por vislumbrar que a falta dela traz prejuízos às partes e à sociedade como um todo, já que é pela fundamentação que se tem a certeza de vivência do Estado Democrático de Direito, ou seja, de um Estado que obedece suas próprias regras e permite segurança ao jurisdicionado. A falta de fundamentação traz obscuridade ao próprio ordenamento jurídico e insegurança jurídica, devendo ser evitada a todo custo.

4 A APLICAÇÃO DO OVERRULING POR CORTES DE JUSTIÇA

Como visto anteriormente, a aplicação do *overruling* por Cortes

28. Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. (BRASIL, 2015, *on-line*).

de Justiça deverá ser sempre fundamentada, repise-se, de forma especial. A Corte de Justiça deverá levar em consideração o precedente com a cautela que a situação exige: analisando os fatos e a *ratio decidendi* para saber se o caso concreto é perfeitamente enquadrado na situação norteadora.

Eis que uma questão hipotética surge: e se, por algum motivo, o *overruling* é aplicado a algum precedente, onde sua incidência estava adequada, mas foi considerado superado e aplicado outro entendimento de forma equivocada? A resposta parece ser no sentido de graves prejuízos à parte que teve seu direito ignorado, isto pelo princípio da isonomia, afastando-se do entendimento norteador e abrindo margens para outras interpretações que não deveriam incidir no caso concreto, resultando em casos análogos que serão decididos de formas desiguais.

A Constituição Federal brasileira traz em diversos momentos o princípio da isonomia, desde o preambulo, passando por vários dispositivos no texto, mas principalmente no artigo 5º, *caput*, que dispõe: “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: (...) (BRASIL, 1988, *on-line*).

Não bastasse isso, como já abordado anteriormente, é unânime o sentimento de injustiça para casos iguais julgados de formas diferidas. O jurisdicionado não consegue absorver a ideia – e nem poderia – de que duas pessoas com mesmas situações fáticas tenham fundamentos jurídicos opostos e decisões com resultados diferentes. Isso atenta contra o direito, contra a teoria de unidade do direito proposta pelo código processual, e até mesmo contra a moral – apesar deste ser um tema apropriado para outro trabalho.

Ainda sobre a aplicação de *overruling*, tem-se que a fundamentação inadequada será objeto de embargos de declaração, posto que a decisão será considerada omissa, nos termos do art. 489, §1º, V e VI, ambos do CPC. Assim, a legislação objetiva a todo momento forçar a decisão judicial a demonstrar os motivos que levaram ao acatamento ou não do precedente. E isto por motivos óbvios: há extrema periculosidade para a sociedade em possuir um direito incongruente, divergente e sem a necessária segurança jurídica.

A fundamentação, portanto, deve ser clara e demonstrar a unidade

do direito em respeito aos precedentes, ou, caso aplique as técnicas de distinção e superação, demonstrar que o direito age também de maneira uniforme, comprovando para a mesma sociedade que há segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, demonstrando aos cidadãos, ao povo, ao jurisdicionado, a forma que podem pautar suas condutas, pois haverá previsibilidade na atuação do direito no cotidiano desta mesma sociedade.

5 CONCLUSÃO

Pela pesquisa ora apresentada verificou-se a aproximação das duas escolas que se preocupam com a segurança jurídica, o *common law* e o *civil law*, sendo a primeira escola de tradição britânica e que tem por histórico a utilização dos precedentes como fator fundamental para a segurança esperada, e a segunda escola de tradição romana, pautando a segurança jurídica pela criação e utilização expressiva da lei.

O *civil law* possui esta tradição voltada à lei como principal fundamento da segurança jurídica, entretanto, aos poucos, vem aceitando e aplicando os precedentes dentro de seu sistema, isto com vistas a dar unidade e orientação às decisões judiciais, já que com o tempo percebeu-se que a existência da lei já não era suficiente para outorgar previsibilidade do comportamento do direito.

Assim, o *civil law* evoluiu e adquiriu alguns contornos que não existiam na época do revolucionário francês, principalmente no que tange a atividade de interpretação das leis pelos Tribunais e extração da norma, essa última que possui sentido maior que a regra e que orienta verdadeiramente a sociedade, demonstrando como a regra se comporta no cotidiano da sociedade.

Verificou-se que as decisões judiciais são matérias-primas para diversos institutos processuais, como súmulas, jurisprudência e os precedentes, os quais não se confundem. Observou-se, também, que os precedentes são criados pelas Cortes Supremas. Aliás, fora diferenciada a existência das Cortes de Justiça das Cortes Supremas, sendo aquelas os Tribunais de Justiça estaduais e Tribunais Regionais Federais, e estas, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Pelo presente, ficou claro que não são todas as decisões que

formam precedentes, mas das decisões originárias deles são extraídas as *razões generalizáveis*, as quais são razões determinantes para o direito se comportar de determinada maneira diante de determinados fatos – *ratio decidendi* – sendo qualquer outra fundamentação dentro do precedente e que não constitua a *ratio* considerada *obiter dictum*, ou seja, fundamentos de passagem, que não integram a *ratio decidendi*.

Para trabalhar com os precedentes ficou evidenciado a necessidade de entender a dinâmica dos precedentes, ou seja, o trabalho com as técnicas de *distinguishing* e *overruling*. Assim, os precedentes existentes devem nortear e serem aplicados a casos análogos, isto para dar unidade ao direito, porém, em casos diferidos, ou ainda com entendimentos superados, pode-se afastar determinado precedente, sendo possibilitada a aplicação de interpretação diferente. O *distinguishing* é a técnica capaz de demonstrar que o precedente invocado não guarda similaridade com o caso concreto e o *overruling* é a técnica que demonstra a superação do precedente invocado, devendo ser aplicado outro entendimento.

Novamente sobre a segurança jurídica, ficou evidente que há necessidade das Cortes de Justiça se debruçarem sobre a matéria e analisarem com a devida importância referido instituto dos precedentes. Isto porque a aplicação equivocada de alguma técnica de distinção ou superação só traz prejuízos às partes do caso concreto, bem como ao direito como um todo, já que haverá uma quebra do princípio da isonomia, o qual vem cravado em diversos dispositivos constitucionais, sendo não somente uma questão da esfera constitucional, mas uma questão de ordem e segurança para toda uma sociedade, a qual só poderá pautar e seguir com suas atividades cotidianas com a certeza de um direito íntegro e que se comporta de maneira uniforme, previamente conhecida, sem nenhum tipo de desigualdade ou injustiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTANS DE SÁ, Renato. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.



A EXIGÊNCIA DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE NA CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS: A LEGALIDADE E A EFICÁCIA DO INSTITUTO

Eduardo Marques de Souza Costa Junior²⁹

Luiz André de Carvalho Macena³⁰

Heitor Romero Marques³¹

RESUMO: Este artigo pretende discutir a respeito de tornar a exigência de programas de Compliance nas estruturas organizacionais de pessoas jurídicas de direito privado, requisito objetivo para o aperfeiçoamento dos contratos realizados entre os particulares e a Administração Pública, na intenção de mitigar a prática de corrupção ali existente. Abordando os conceitos de ordem econômica social, defende-se a utilização do Compliance para alcançar o restabelecimento deste princípio econômico que norteia o mercado e a sociedade moderna. Na construção do trabalho, foi utilizado o método analítico dedutivo com abordagem qualitativa através de pesquisa bibliográfica e documental, por meio das quais concluiu-se que referida exigência tem caráter intervencionista por parte do Estado no Domínio Econômico, devendo, portanto, observar requisitos constitucionais de intervenção, bem como princípios inerentes aos contratos públicos para que seja considerada uma medida legal.

PALAVRAS-CHAVE: 1 Compliance. 2 Programas de Integridade. 3 Lei Anticorrupção. 4 Ordem Econômica. 5 Contratos Públicos.

29. Graduando em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, tem experiência com procedimentos extrajudiciais de Planejamento Empresarial, Sucessório, Patrimonial e Gestão em Compliance. E-mail: eduardo@resinamarcon.com.br

30. Professor orientador, mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR - São Paulo - Área de concentração em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social (2013) - Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito com Metodologia Jurídica e do Trabalho Científico e Didática de Ensino Superior (2007) - Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu - São Paulo (2002). Professor na Universidade Católica Dom Bosco de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Advogado. E-Mail: luizandremacena@gmail.com

31. Graduado em Ciências e Pedagogia, com especialização em Filosofia e História da Educação pela FUCMT, Mestre em Educação pela UCDB e Doutor em Desarrollo Local y Planteamiento Territorial, pela Universidad Complutense de Madrid. E-mail: heiroma@ucdb.br

1 INTRODUÇÃO

O cerne da pesquisa tem o objetivo de analisar a possibilidade de tornar o Programa de Compliance, requisito objetivo e formal para a celebração de contratos públicos, tendo por desígnio, dificultar a prática de corrupção existente dentro das relações mantidas entre particulares e a Administração Pública.

A mitigação deste ilícito é de interesse da coletividade, uma vez que sua prática impossibilita e minimiza as possibilidades de o Estado cumprir com sua função-social, restando, a população, prejudicada em sua estrutura socioeconômica.

O trabalho está estruturado na conceituação do que é Compliance, sua origem no mundo corporativo e a evolução histórica do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo, também quais os principais elementos necessários para a sua implementação dentro de uma organização. Após, defende-se a exigência de o instituto como forma do Estado intervir no domínio econômico social, garantindo, portanto, a ordem econômica e, por fim, explora-se quais princípios administrativos devem ser observados para que a medida seja considerada legal.

2 O PROGRAMA DE COMPLIANCE

Nas palavras de Giovanini (2014), Compliance é um termo advindo da expressão “*to comply*” que significa realizar uma ação que é imposta; satisfazer, cumprir, “estar de acordo com”. Apesar de não possuir uma tradução exata para o português, Compliance refere-se ao cumprimento extremamente rigoroso de normas, leis e regras estabelecidas, sejam elas dentro ou fora de organizações.

A ideia de conformidade com regulamentos e leis externas ou internas à organização é o que melhor exprime aquilo que significa Compliance no âmbito corporativo. Entretanto, atualmente, a expressão “*ser compliant*” também está intimamente ligada a estar em consonância com os valores morais e éticos sob os quais está fundada determinada instituição, tornando o referido programa, uma ferramenta que institui e dissemina a cultura organizacional de honestidade, transparência e integridade.

Conforme explorar-se-á a seguir, com o passar dos anos e, em razão de alguns acontecimentos históricos, surgiu, dentro de organizações econômicas, ferramentas de gestão que fizessem com que todos os envolvidos em determinado negócio desempenhassem suas atividades e prestassem seus serviços pautados na probidade das relações, na intenção de extinguir o mau comportamento que outrora rodeara o cotidiano de algumas empresas.

Desta feita, com a maturação mencionada, chegou-se a ideia de Compliance hoje concebida, que consiste num conjunto de regras pautadas na moralidade e na ética por meio das quais reorganizar-se-á toda a operação de determinada instituição, sendo que tal reorganização dar-se-á tanto nos instrumentos jurídicos que envolvem a organização, como por exemplo contratos sociais, contratos de emprego, de prestação de serviços e afins, quanto na realidade prática vivenciada no dia a dia, a partir da padronização de procedimentos operacionais e estratégicos.

Portanto, ao longo do presente trabalho, todas as vezes que se mencionar “Programa de Compliance” ou “Programa de Integridade”, refere-se a uma ferramenta de gestão cujo objetivo central é trazer a probidade e a legalidade na atuação de determinada corporação.

2.1 A evolução do Compliance no Brasil e seu contexto no ordenamento jurídico atual

Na luta pelo combate à corrupção, ao longo da história, o homem se utilizou de mecanismos como o Programa de Compliance, afim de mitigar a prática de ilícitos nas relações entre particulares e a Administração Pública. O referido instituto, apesar de ser “novo” no Brasil, já é utilizado há muitos anos em países de economia mais desenvolvida.

A ideia do Compliance Anticorrupção nasceu nos EUA, a partir da criação da lei conhecida como FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), que entrou em vigor no ano de 1977, inspirada a partir do famoso caso Watergate, ocorrido em 1972, em que se descobriu o pagamento de propina, por parte de grandes empresas a funcionários públicos estrangeiros, com o objetivo de que mantivessem os negócios dessas pessoas jurídicas com os Estados. O esquema foi revelado a partir de investigações sobre doações corporativas para fins políticos.

A Foreign Corrupt Practices Act – FCPA ou Lei de Práticas Corruptas no Exterior, de 1977, surgiu como consequência ao movimento anticorrupção decorrente da repercussão do escândalo Watergate. Foi projetada para combater a corrupção em desestimar corporações e empresas norte-americanas a se envolverem em casos de suborno e corrupção no exterior (SPORKIN, 1997, p. 271).

A referida norma foi a primeira no mundo a responsabilizar pessoas jurídicas utilizadas na prática da corrupção, tornando-se referência legislativa para os debates a respeito do tema, inspirando diversos outros países na construção de leis com o mesmo viés.

A história do instituto, no Brasil, se inicia quando o país adere a algumas medidas tomadas em âmbito internacional, como por exemplo, ao ratificar a Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 1997, mediante o Decreto nº 3.678/2000; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, mediante o Decreto nº 5.687/06 e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1996, mediante Decreto nº 4.410 de 2002.

Após alguns estudos, notou-se que as estruturas sistêmicas de corrupção se mantinham a partir de uma “parceria” entre grandes empresas multinacionais e os indivíduos que representam a Administração Pública; sendo que, ambos, a partir de uma troca de favores constantes, desnaturaram suas respectivas funções-sociais. Após a identificação destes fenômenos, o Brasil e as demais nações preocuparam-se em responsabilizar às Pessoas Jurídicas pelos atos de corrupção, apesar de serem, estas, ficções jurídicas criadas com o objetivo de fomentar o empreendedorismo nacional.

A razão histórica dessas iniciativas internacionais, acolhidas formalmente pelo Brasil, é, primeiro, que a atividade das Pessoas Jurídicas, em nível internacional e também interno não deve ser voltada apenas para o crescimento econômico, mas, sobretudo, para o desenvolvimento social, na medida em que este é diretamente afetado pela conduta perniciosa de empresas junto aos poderes públicos dos países nos quais as multinacionais operam em

nível crescente, em face do fenômeno da globalização. Diante dessa realidade, formou-se o consenso nos fóruns internacionais de que a corrupção é a responsável pela ausência de desenvolvimento social dos países emergentes e periféricos com as consequências evidentes da fome e das doenças na maioria deles; no atraso social e político que daí decorre mediante domínio de gangues políticas, mesmo institucionalizadas, como é o caso brasileiro, que dominam os Estados e os governos desses países, que representam três quartos da população mundial (CARVALHO-SA, 2015, p. 103 e 104).

Alguns anos após a adesão das convenções internacionais, nasceu, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 12.846/13, conhecida como a Lei Anticorrupção ou como a Lei da Empresa Limpa. A referida norma positiva a tese da responsabilidade objetiva da Pessoa Jurídica utilizada na prática de atos de corrupção. Em síntese, tal tese responsabiliza a Pessoa Jurídica por atos de corrupção praticados por diversos de seus ³²*stakeholders* sem que, sequer, a mesma, tenha concorrido em culpa para a prática do ato corruptivo. Ou seja, na prática, é dispensável a produção de prova de elementos como a demonstração clara e inequívoca do dano material ou moral e a prova do elemento “culpa”.

Antes da vigência desta Lei, o indivíduo que realizasse a prática de algum ilícito para conseguir atender ou até mesmo prestar um serviço para a Pessoa Jurídica que o contratasse, sem que esta tivesse conhecimento ou lhe desse o consentimento para a prática de tal ato, o mesmo responderia, sozinho, por sua prática ilegal.

É claro que, cada caso seria analisado individualmente, existindo situações em que, caso restasse comprovada imprudência da Pessoa Jurídica, ou até mesmo o recebimento de vantagem ilícita em decorrência do ato daquele terceiro, esta, seria compelida a realizar o ressarcimento destes valores àquele que foi lesado, utilizando-se, para tanto, a teoria da responsabilidade subjetiva, em que são analisados elementos específicos para a configuração do direito à indenização, quais sejam, o ato ilícito, onexo causal e o dano material comprovado.

A partir da vigência da referida Lei, para que haja a responsabilização, basta que os atos da Pessoa Jurídica sejam enquadrados em qualquer um dos “tipos” descrito na norma, além do que, conforme menciona-

32. Stakeholder: termo utilizado no mercado para referendar “público estratégico”.

do anteriormente, a Pessoa Jurídica será, também, responsabilizada por atos praticados por terceiros em seu nome, sejam eles prepostos, sócios, funcionários, prestadores de serviços e afins, sem haver a necessidade de provar que deu ordens para a prática do ilícito ou que consentiu com a mesma.

A título de exemplo: em situação em que a Pessoa Jurídica realiza a contratação de um escritório de contabilidade para que o mesmo resolva algumas situações fiscais perante a Receita Federal, pactuando, com este, um contrato de Prestação de Serviços.

Na realização da atividade para a qual fora contratado, aquele contador, com o intuito de “satisfazer seu cliente” e demonstrar sua capacidade, agilidade e velocidade, ou, até mesmo com a intenção de que o resultado do procedimento seja garantido em favor do contratante, decide subornar o servidor público, pagando-lhe uma quantia em dinheiro para que o mesmo cuide da situação “com carinho”.

Em outros tempos, esta prática seria apenas tida como um crime praticado pela pessoa física do contador que ofereceu e deu vantagem indevida para um servidor público, sendo certo que, caso houvesse alguma denúncia ou a instauração de algum inquérito para apuração dos fatos, somente a figura do contador é que seria responsabilizado criminalmente pelo ato.

Entretanto, a partir da Lei Anticorrupção, esta situação muda de figura, sendo que, tal lei, determina que a pessoa jurídica que realizou a contratação do contador, tem a responsabilidade pelo ato do mesmo e irá responder perante a administração pública e perante o judiciário, com o seu patrimônio, podendo ser condenada, nesta hipótese, ao pagamento de multa que pode chegar a 20% do faturamento bruto do exercício anterior da pessoa jurídica.

A Lei 12.846/13 é a primeira lei brasileira a discorrer a respeito da existência de um programa de Compliance, trazendo, o mesmo, como elemento a ser considerado na fixação da sanção com a seguinte estrutura: “Artigo 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”,

Importante salientar que a norma foi regulamentada pelo Decreto Federal 8.420/15 que, em seu Artigo 42 traz quais os elemen-

tos necessários para a configuração de um Programa de Integridade e Compliance.

2.2 Principais Elementos para a construção de um Programa de Compliance

Nas especificações do Artigo 42 do Decreto 8.420/15, encontra-se a necessidade do comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, cuja evidência dar-se-á pelo apoio visível e inequívoco ao programa, que pode ser através de investimentos financeiros, por exemplo; a padronização das condutas, através da criação de códigos de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos.

Além da criação dos mencionados códigos de ética, políticas e procedimentos de integridade, também, para fornecedores, terceiros, prestadores de serviços em geral, agentes intermediários e associados; a realização, periódica, de treinamentos sobre o programa de integridade e suas políticas; a realização periódica de uma análise de riscos de Compliance da organização; registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica.

O referido decreto, também elenca como fator importante para a construção do programa de integridade, a existência de procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; além da independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; a criação de canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; o estabelecimento de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade.

O legislador também exige a construção de procedimentos que

assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; a realização análises apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados, afim de se averiguar a integridade dos mesmos.

A verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos na lei 12.846/13; finalizando com a transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Um Programa de Compliance necessita de pilares para definirem a forma como a empresa deseja atuar. São linhas mestras simples, fortes e abrangentes sem margem para dúvidas quanto à direção a ser seguida. Esses pilares são os esteios do programa e necessitam de profunda análise por parte da Alta Direção da empresa. Independentemente do formato a ser assumido pelo programa, é importante a empresa ser consequente na sua aplicação, desde a sua concepção até as ações diárias mais comuns, afim de, rapidamente, ganhar credibilidade entre os funcionários e colher frutos o mais breve possível (GIOVANINI, 2014, p. 49).

Estes são os elementos primordiais para que haja a estruturação de um programa de Compliance, existindo, na Lei, algumas hipóteses em que há a flexibilização do instituto, como por exemplo para Pessoas Jurídicas que estejam sob o regime de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Passados alguns anos da inserção do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, tem-se discutido a respeito da possibilidade de torna-lo requisito fundamental para o aperfeiçoamento da celebração de contratos públicos, fazendo com que seja exigida a comprovação de existência e eficácia do Programa de Compliance na estrutura organizacional de empresas contratadas pela Administração Pública.

Tal exigência tem o condão de restabelecer a ordem econômica social, prejudicada com a prática da corrupção e com beneficiamento

de determinadas empresas em detrimento de outras, ocasionando um desequilíbrio de mercado.

3 O PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

A palavra ordem exprime a ideia de organização; de um organismo composto por diversos elementos que tem um objetivo final, mas que, para que tal objetivo seja alcançado, tais elementos precisam estar arranjados de forma compatível ao alcance pretendido. A ordem econômica é um fim que se pretende com o estabelecimento de ferramentas que visam regulamentar e regular os meandros que norteiam o mercado, sem que haja um prejuízo em desfavor da economia sob a qual está regida determinada comunidade.

O conceito de ordem traz-nos à mente ideias de instituição, de organização e, por isso, mesmo de uma seleção direcionada dos elementos que integram um conjunto. Essa Seleção se faz, é óbvio, com um objetivo, com uma finalidade. Toda organização tem um direcionamento para uma meta, um encaminhamento de elementos para um futuro (FONSECA, 2015, p. 61).

Quando é cogitada a ideia de trazer ao ordenamento jurídico brasileiro determinada exigência, cuja intenção é usa-la para restabelecer a ordem econômica, fala-se sobre uma forma de intervenção do estado no domínio econômico e, para averiguar a legalidade da prática, é preciso discutir exatamente qual o papel do estado na economia e as formas que a Constituição prevê para que o mesmo pratique a referida intervenção, enquadrando, o ato de exigir, em alguma destas formas, para que então se considere a medida legítima e legal ou ilegítima e ilegal.

A Constituição Federal de 1988 preconiza em seu Artigo 170, dentre outros fundamentos sobre os quais está firmada a Ordem Econômica brasileira, a livre iniciativa, que é a entrega da exploração econômica ao particular, sendo assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização da administração pública para tanto.

Além disso, a Constituição definiu, nos Artigos 173 e 174, qual

papel o Estado deve desempenhar nesta seara, sendo que o artigo 173 diz respeito à intervenção direta, através da exploração de atividade econômica pelo Estado, enquanto que o Artigo 174 diz respeito à intervenção indireta, traçando o papel do Estado enquanto agente normativo e regulador.

Em que pese o poder-dever previsto nos dispositivos mencionados acima, é certo que existem condicionantes que limitam a intervenção do Estado, uma vez que o Constituinte de 1988 privilegiou o fundamento da liberdade de iniciativa.

[...] após o texto constitucional de 1988, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado SÓ SERÁ PERMITIDA quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, exigindo-se ainda que os imperativos e o relevante interesse sejam definidos em lei. É o texto constitucional valeu-se também do termo “imperativos”, que tem o sentido legítimo de mandamento, de ordem, de exigência (FONSECA, 2015, p. 102).

A respeito da intervenção direta, Fonseca (2015) defendeu a ideia de que, nesta modalidade, o Estado figura, no mercado, como um empresário que explora determinada atividade econômica, sendo, portanto, detentor de todos os direitos e obrigações inerentes ao desempenho daquela atividade como se particular fosse, sujeitando-se a todas as normas que regem a operação do negócio.

Através da atuação direta o Estado passa a atuar como empresário, comprometendo-se com a atividade produtiva, quer sob a forma de empresa pública quer sob a de sociedade de economia mista. Sob estas duas formas, pode, ele, atuar em regime concorrencial, em que se equipara com as empresas privadas, ou em regime monopolístico. Como exemplos do primeiro caso (regime concorrencial) podem ser apontados o da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil, a primeira como empresa pública federal, e o segundo, como sociedade de economia mista, atuam em regime de concorrência com as demais entidades bancárias do país. Como exemplos do segundo caso (regime monopolístico), devem-se considerar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a Petróleo Brasileiro S.A – Petrobrás -, a primeira como empresa pública federal, e a segunda como sociedade de economia mista.

O monopólio da primeira está consagrado no artigo 21, X e o da segunda no artigo 177, I, II e III, da Constituição Federal (FONSECA, 2015, p. 209).

Ademais, existe, também, a forma indireta de o Estado intervir na economia que, doutrinariamente, subdivide-se em duas espécies de um mesmo gênero, quais sejam a Regulação Econômica e a Atuação Fiscal e Financeira.

Por Atuação Fiscal e Financeira entende-se que é quando o Estado, através da criação de leis e/ou normas de qualquer natureza com conteúdo financeiro ou fiscal, impulsiona ou desestimula determinada área do mercado, concedendo benefícios fiscais ou impondo cargas tributárias mais ou menos pesadas, influenciando diretamente no exercício de determinada atividade.

Por Regulação Econômica entende-se a edição de normas destinadas a, de alguma forma, influir na concretização do fenômeno econômico, e para conseguir-lo:

[...] o Governo condiciona, corrige, altera os parâmetros naturais e espontâneos do mercado, mas, neste caso, o faz sob dois enfoques: o de uma simples fiscalização administrativa da atuação dos agentes econômicos, e o de uma influência mais determinante, quer sob o aspecto de estímulo quer sob o de apoio da atividade econômica (FONSECA, 2015, p. 206).

Qualquer intervenção estatal no domínio econômico que não esteja abrangida dentro dos liames explorados, é considerada prática ilegal e abusiva, configurando, portanto, lesão a direito fundamental dos particulares já que, aos mesmos, fora concedido o direito de exercer livremente as atividades econômicas desde que estas não sejam defesas em lei.

Deste modo, no que diz respeito à exigência do programa de Compliance para a celebração de contratos públicos é possível enquadrá-la como forma de intervenção indireta no domínio econômico, utilizando-se, para tanto, do poder regulatório conferido pela Constituição Federal no artigo 174, planejando, desta feita, quais requisitos estruturais de organização interna deverão ter as empresas que forem prestar serviço para a Administração Pública direta ou indireta, exprimindo este plane-

jamento requisitório em leis e em editais de licitação.

Em que pese a livre iniciativa garantida pela Constituição Federal ser fundamental na República Federativa do Brasil, é certo que o mercado precisa de diretrizes que visam garantir a ordem, não podendo esperar organização plena advinda única e exclusivamente da autorregulação, uma vez que em assim procedendo abre-se margem para a prática de diversos abusos.

Eros Grau mencionou (2010, p. 28):

O fato é que, a deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. “Por mais paradoxal que pareça - dizia Karl Polanyi - não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado auto regulável, mas também a própria organização da produção capitalista.

Nas palavras de Avelãs Nunes (2018, p. 125):

[...] a intervenção do Estado na vida econômica é um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um *princípio de segurança*: “a intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma *limitação* ou um *desvio* imposto aos próprios objetivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista.

Deixar que o mercado se autorregule sem qualquer tipo de intervenção, seja por meio de instrumentos regulatórios ou quaisquer outros previstos na Constituição Federal, conforme mencionado alhures, dá margem para que os indivíduos que operam o mercado dos contratos administrativos, tanto os que estão lotados nos órgãos da administração pública como os particulares, criem grandes esquemas para a prática da corrupção, enquadrando-se, tais fatos, nos abusos descritos pelos doutrinadores supramencionados.

A corrupção é um mal intrincado nas relações existentes entre a Administração e os particulares que dispensa maiores explanações conceituais, ocasionando prejuízos à sociedade, que vê suas contribuições

se esvaindo em forma de propinas e desvios vultosos de dinheiro, fazendo com que determinadas empresas tenham poderio econômico em detrimento das demais.

O programa de Compliance devidamente aplicado tem o objetivo de garantir a probidade da Pessoa Jurídica, em especial quando da vigência da relação contratual com qualquer esfera da Administração Pública, ocasionando, portanto, o restabelecimento da ordem econômica social, permitindo a boa administração dos recursos públicos.

A exigência do referido programa não poderá ser visto como mais um encargo que trará grandes despesas para o privado, mas sim como um instrumento regulador que trará segurança jurídica aos empresários na disputa pelo mercado, garantindo-lhes um ambiente de negócios saudável, competitivo e justo, devolvendo, à sociedade, a dignidade da utilização correta do dinheiro público.

Para que a referida medida seja eficaz e considerada legal, será preciso observar os princípios e regras que regem a relação contratual entre o Poder Público e o particular, identificando, dentro da Lei 8.666/93, a forma e o momento em que a exigência deve ser apresentada ao contratado para que surta os seus regulares efeitos.

4 DA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM OS CONTRATOS PÚBLICOS

Os contratos públicos ou, também conhecidos, na doutrina, como contratos da administração, consistem na celebração do acordo de vontades existentes entre a Administração Pública e algum particular que lhe preste determinado serviço ou lhe forneça algum produto.

Alguns juristas classificam os contratos da Administração em contratos privados da Administração e contratos administrativos, sendo que, aqueles, referem-se às situações em que a Administração Pública, em pé de igualdade com o particular, celebra contrato que será regido, em regra, por normas de natureza privada, como por exemplo na situação hipotética em que determinado Estado celebra contrato de locação com alguma pessoa física ou jurídica para que funcione, naquele prédio, algum órgão público que prestará serviços à população.

Veja-se: em que pese a função-social do contrato ter por finalidade

uma prestação de serviço público, ainda sim a relação existente entre locador e locatário será regida por normas de ordem privada, qual seja, no caso exemplificativo, a Lei 8.245/91.

Outrossim, no que tange aos contratos intitulados como contratos administrativos, estes sim são regidos por normas, regras e princípios específicos do direito público, sendo que, nesta hipóteses, não existe pé de igualdade entre as partes, tendo, a Administração Pública, privilégios legais sobre o particular, fazendo prevalecer o interesse difuso e da coletividade em detrimento dos interesses privados, ainda que seja necessário violar alguns direitos do particular.

Sendo contratos típicos da Administração, sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado, como está expresso na lei.⁷ Em última análise, é o regime jurídico que marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração.

Nesse ponto, é de toda a conveniência observar que nem o aspecto subjetivo nem o objetivo servem como elemento diferencial. Significa que só o fato de ser o Estado sujeito na relação contratual não serve, isoladamente, para caracterizar o contrato como administrativo. O mesmo se diga quanto ao objeto: é que não só os contratos administrativos, como também os contratos privados da Administração, hão de ter, fatalmente, um objetivo que traduza interesse público. Assim, tais elementos têm que ser sempre conjugados com o regime jurídico, este sim o elemento marcante e diferencial dos contratos administrativos (CARVALHO FILHO, 2015, p. 177).

Para que haja o aperfeiçoamento de contratos com a Administração pública, é preciso que alguns procedimentos previstos em nosso ordenamento jurídico sejam observados e devidamente cumpridos.

Em regra, todo contrato público é precedido de um processo licitatório que, nas palavras de Carvalho Filho (2013, p. 236) é:

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Em regra, tanto a licitação quanto as disposições previstas no futuro contrato estão adstritas ao cumprimento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, usualmente conhecido como Edital de licitação. Tal princípio está preconizado na lei 8.666/93, em seus artigos 3; 41 e 55, XI:

Artigo 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Artigo 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Artigo 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor.

O Edital é um ato administrativo que visa convocar particulares a participar de um procedimento por meio do qual a administração escolherá aquele que estiver apto e melhor atender suas necessidades, para a celebração de um contrato público. Este ato disporá sobre os direitos e deveres do particular e da Administração, sobre o procedimento licitatório, além de mencionar quais documentos serão necessários para habilitação do particular, dispondo, é claro, qual o objeto do futuro contrato.

Segundo Furtado (2013, p. 416), o Edital:

[...]é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no artigo 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo artigo 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

A respeito da matéria, veja-se manifestação do STF:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. **PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO.** 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. **Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência.** 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. (STF - RMS: 23640 DF, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 16/10/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 05-12-2003 PP-00038 EMENT VOL-02135-07 PP-01268).

Observa-se que tanto os doutrinadores quanto os Tribunais Superiores entendem pela validade do princípio da vinculação ao instrumento convocatório positivado na lei de licitações e contratos públicos, devendo, portanto, todo aperfeiçoamento de relação pública-privada submeter-se ao mesmo, sob pena de nulidade.

Desta feita, conclui-se que toda a relação firmada entre as partes será regida, regulamentada e influenciada diretamente por aquilo que está disposto no referido Edital, não podendo, as partes, fazerem qualquer tipo de exigência que não esteja prevista, de forma clara e objetiva, no Edital de licitação.

[...] Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor

proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou (DI PIETRO, 2001, p. 299).

No que diz respeito a utilização do instituto do Programa de Compliance para mitigação dos atos de corrupção nas relações públicas, tornando-o obrigatório nos contratos firmados com a administração, não há qualquer diferença com o exposto anteriormente.

Tornar o Compliance requisito objetivo para que o contrato público seja aperfeiçoado, prescinde de disposição inequívoca da exigência desde a publicação do instrumento convocatório, dando publicidade a todos os que, de certa forma, forem interessados em participar do certame, garantindo que os particulares tenham ciência daquilo que deverão implementar em sua estrutura organizacional quando do firmamento do contrato, eliminando, deste modo, o elemento surpresa.

A mitigação dos atos de corrupção faz parte do interesse da coletividade, sendo que a exigência do Programa de Compliance é o cumprimento do poder-dever que a Administração tem de lutar para que o interesse público seja primado dentro da relação existente com o particular. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo:

[...] a administração pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetiva-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. (MELLO, 2015, p. 101).

A parcela da Administração Pública que publicar instrumento convocatório que contenha, em seu teor, a exigência de Programas de Compliance para que o Contrato Público seja aperfeiçoado, garantirá a legalidade da medida, uma vez que se utilizou da forma e do momento correto para tanto, colaborando com a probidade das relações mantidas com os particulares.

No Brasil, diversos Estados e Municípios têm editado normas no sentido de obrigar os particulares que contratarem com a Administração Pública daqueles entes a implementarem os referidos programas, como é o caso da Lei 7.753/17 do Estado do Rio de Janeiro; Lei 6.112/18 do Distrito Federal; Lei 10.793/17 e Projeto de Lei 05/2018 ambas do Estado do Espírito Santo; bem como o Projeto de Lei nº 498/2018 do

Estado de São Paulo; Projeto de Lei n 9.406/19 do Estado de Goiás; Projeto de Lei 723/2017 do Município de São Paulo e o Projeto de Lei n° 9.253/2019 da cidade de Campo Grande - MS. É claro que todas respeitam o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, determinando que cada licitação possua, em seu edital, a exigência do Programa de Compliance.

CONCLUSÃO

O Programa de Compliance Anticorrupção, instituto nascido com a vigência da Lei FCPA, nos Estados Unidos, após o seu processo de maturação advindo dos anos de aplicação por diversas instituições no mundo, pode ser considerado uma ótima ferramenta na mitigação de atos corrupção existentes, atualmente, nas relações mantidas entre os particulares e a Administração Pública.

O cumprimento de todos os requisitos estabelecidos no Artigo 42 do Decreto Federal 8.420/15 pode fazer com as instituições privadas corroborem com lisura pretendida pela população para a administração pública, garantindo, desta feita, a observância do princípio da primazia do interesse da coletividade, promovendo o direcionamento correto dos recursos públicos, de forma a evitar prejuízos demasiados ao erário.

Portanto, a exigência do programa de integridade para a celebração de contratos administrativos, quando observados os princípios que regem e direcionam as contratações públicas, é ferramenta dinâmica, moderna e eficaz no restabelecimento da ordem econômica social, considerando-a uma forma de o Estado intervir no domínio econômico, na modalidade regulatória, proporcionando a estabilização socioeconômica no âmbito dos contratos públicos.

Importante frisar que o principal princípio a ser observado é o da vinculação ao instrumento convocatório, devendo se fazer constar no mesmo o requisito de implementação do Compliance para o aperfeiçoamento da relação.

Desta feita, conclui-se pela legalidade e eficácia da exigência de Programas de Compliance para a celebração de contratos públicos, primando pelo interesse da coletividade, criando um ambiente de negócios saudável e favorável ao particular, restabelecendo a ordem econômico-social.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: junho 2019.

BRASIL, Lei Federal nº 12.846 de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: abril 2019.

BRASIL, Decreto Federal nº 8.420 de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: abril 2019.

BRASIL, Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: julho 2019.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846/2013.* 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DISTRITO FEDERAL, Lei Distrital nº 6.112/18 de 02 de fevereiro de 2018. Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>>. Acesso em: março 2019.

ESPIRITO SANTO, Lei Estadual nº 10.793 de 22 de dezembro de 2017. Institui o Código de Conduta e Integridade a ser observado pelos fornecedores de bens e prestadores de serviços ao Estado do Espírito Santo. Disponível em <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjn-tjmyrLjAhVKIbkGHY3hAFMQFjAAegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fsecont.es.gov.br%2FMedia%2Fsecont%2FLegisla%25C3%25A7%25C3%25B5es%2FLei%252010.793%2520de%252021%2520de%2520dezembro%2520de%25202017.pdf&usq=AOvVaw369992SnMhrbnMW4nMv9rd>>. Acesso em: março 2019.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da, **Direito Econômico**, 8^a ed. São Paulo: Editora Forense, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**, 4^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: A excelência na prática**. 1^a ed. São Paulo: Câmara Brasileira do livro, 2014.

GRAU, Eros, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 14^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RIO DE JANEIRO, Lei Estadual nº 7.753 de 17 de outubro de 2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em <http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=2&url=L0NPTlRMRUkuTlNGl2M4YWEwOTAwMDI1ZmVlZjYwMzI1NjRlYzAwNjBkZmZmLzBiMTEwZDAxNDBiM2Q0Nzk4MzI1ODFjMzAwNWl4MmFkP09wZW5Eb2N1bWVudA==>. Acesso em: março 2019.

SPORKIN, Stanley. **The Worldwide Banning of Schmiergeld: A Look at the Foreign Corrupt Practices Act on its Twentieth Birthday**. 18 nw J. Int'l L. & Bus., 1997.

STF - RMS: 23640 DF, Relator: Maurício Corrêa. Data de julgamento: 16/10/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 05-12-2003 PP-00038 EMENT VOL-02135-07 PP-01268. JusBrasil, 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776359/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-23640-df?ref=serp>> Acesso em: julho 2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE TEMPO VITAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Letícia Natália Ribeiro da Silva Santos³³

RESUMO: Nesse artigo a abordagem é sobre a responsabilidade civil, conceituação e novos elementos que demandam tutela específica do Estado, em virtude da evolução histórica e social da humanidade. Será feito uma análise das consequências jurídicas do dano temporal, em virtude de ser um recurso produtivo inacumulável e irrecuperável, bem como analisar os elementos causadores e quando incidirá a responsabilidade civil pela perda de tempo útil. O objetivo da pesquisa é demonstrar a aplicação dessa nova possibilidade de dano indenizável e difundir o conhecimento a fim de evitar que este dano seja confundido com o dano moral. A metodologia aplicada foi a revisão bibliográfica de doutrinas que versem sobre o assunto e pesquisa quantitativa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, a fim de aferir a sua aplicabilidade nas relações de consumo sul-mato-grossense.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Tempo Vital. Dano Temporal. Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a Responsabilidade Civil pela perda de tempo útil nas relações de consumo e tem como objetivo principal analisar como as demandas que versam sobre este tema têm sido analisadas em nossos tribunais.

Em primeiro momento será feita a contextualização sobre a Res-

33. Advogada, aluna especial do Mestrado em Direito da UFMS. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Relações étnico-raciais, gênero e diferenças no contexto do ensino de História e Cultura brasileira pela UFMS. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade LEGALE. Pós-graduanda em Direito do Consumidor pela Faculdade LEGALE. Licenciada em História pela UNIFRAN. E-mail: advogada@leticiaaribeiro.com.br

ponsabilidade Civil e quais as suas consequências jurídicas, em segundo momento abordar a responsabilidade civil sob a ótica das relações de consumo e por fim analisar objetivamente essa responsabilidade sob o viés do tempo em que o consumidor perde em busca de soluções com os fornecedores de serviços ou produtos.

Hodiernamente o tempo possui forte influência em nossa sociedade e até em nossa economia, sendo frequente ouvirmos a afirmação “tempo é dinheiro”. Nesse contexto, sabemos que até nossas relações trabalhistas são dirigidas pelo tempo, uma vez que além de vendermos a nossa força de trabalho, vendemos o nosso tempo.

Deste modo, podemos dizer que o tempo é um bem jurídico que somente o seu titular poderá dispor, e por consequência, afeta até o direito a vida, uma vez que a vida é parte do tempo.

2 O TEMPO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL EM NOSSAS VIDAS

Com os avanços tecnológicos e as mudanças da sociedade, o tempo se tornou elemento fundamental em nossas vidas, sendo que tudo que acontece em nosso dia a dia deriva da disposição ou não de tempo.

Em virtude do tempo somos criteriosos em escolher nossas relações de trabalho, cursos acadêmicos, compromissos, confraternizações e até mesmo nossas férias e momentos de lazer, uma vez que a sua decorrência afeta de forma substancial os valores que podemos investir ou economizar em cada situação.

O tempo pode ser conceituado de várias maneiras, mas a ideia retratada por Marcos Dessaune é a que fará mais sentido nessa pesquisa, para ele “o tempo é como um recurso produtivo limitado, inacumulável e irrecuperável” (DESSAUNE, p. 106-108, 2011), no mesmo sentido é a famosa música de Cazuza “o tempo não para”

Em que pese a evolução do tempo, Ronaldo Mourão aduz que o tempo é dividido em dois tipos: tempo físico e tempo subjetivo, para Mourão, o “tempo físico” é o tempo das estações, dos meses, do relógio, o qual determina a nossa vida e corre de forma independente da nossa vontade, enquanto o “tempo subjetivo” é aquele que depende da nossa vontade, é relativo a cada indivíduo em sua consciência, possuindo variações.

O tempo subjetivo é guiado por nossas escolhas, não raro temos a impressão que são tantas coisas para fazer para pouco tempo diário e por isso é muito comum ouvir que precisamos de um dia com quarenta e oito horas, dada os inúmeros compromissos do dia.

Reflexo disso é a Matriz de Eisenhower³⁴ criado por Dwight Eisenhower, presidente dos Estados Unidos entre os anos de 1953 a 1961, considerado uma das pessoas mais organizadas e produtivas, o seu método é um ponto de equilíbrio diante de todas as atividades que demandam tempo, sendo conhecida por muitos como um gerenciador de tempo que ajuda definir prioridades e aumentar a produtividade.

A matriz de Eisenhower tem por base separar as atividades pendentes em quatro quadrantes, sendo que no primeiro quadrante estão as atividades que são “urgentes e importantes”, ou seja, são as atividades que necessitam ser realizadas de forma imediata, sob pena de refletir de forma muito negativa, aqui estão as questões de crise e inadiáveis, de modo que podemos entender que estamos “apagando o incêndio”.

No segundo quadrante estas atividades que são “importantes, mas não urgentes”, de modo que deverá ser dada atenção especial para que essas tarefas não alcance o primeiro quadrante, aqui estão as metas de longo prazo, aquelas de prevenção, planejamento, desenvolvimento, aqui estamos “evitando o incêndio”.

No terceiro quadrante estão as atividades que são “urgentes, mas não importantes”, são as atividades que podemos transferir, dizer não ou até mesmo deixar para ser feita mais tarde, são atividades de interrupções como telefonemas e correspondência, aqui é uma ótima oportunidade para aprender a delegar.

Já no quarto e último quadrante estão as atividades que “não são nem urgentes e nem importantes”, são atividades que nos fazem perder nosso tempo e para ter um gerenciamento melhor do tempo este quadrante deverá estar vazio e o tempo que se utilizaria com atividades desnecessárias poderá ser aproveitado para repor as energias, não fazer absolutamente nada, ficar com a família, aproveitar com lazer ou com atividades que agreguem valor.

A matriz de Eisenhower nos dá o desafio de reter nossa atenção no segundo quadrante, ou seja, em atividades que são “importantes, mas

³⁴ A matriz de Eisenhower é um gerenciador de tempo com a finalidade de priorizar atividades e ser mais produtivo. Disponível em: <https://www.euorganizado.com/blog/administracao-do-tempo>. Acesso: 21/04/2019

não urgentes”, evitando assim a bola de neve que é tratar tudo de forma urgente e sem qualidade.

Ademais, essa ferramenta se tornou imprescindível em nossos dias, uma vez que se não organizarmos o nosso tempo, temos a tendência de querer abraçar o mundo, nos tornando mais estressados, ansiosos e depressivos, deste modo percebemos a grande influência do tempo em nossas vidas.

Neste contexto, para o Dicionário Português Online³⁵ o tempo é definido nos seguintes termos: “*Tempo que um ser existe, entre o seu nascimento e a sua morte; existência*”, assim depreende-se que tempo e vida estão intimamente ligados, e por isso originou-se a preocupação na doutrina jurídica sobre a tutela especial que o Estado deverá dar ao tempo, uma vez que somente o seu titular pode dispor dele.

Nesse sentido, leciona Pablo Stolze:

Vale dizer, uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do nosso tempo livre, é situação geradora de potencial dano, na perspectiva do princípio da função social. (Pág. 6)³⁶

E não é justo que um terceiro ‘pare’ indevidamente o nosso, segundo a sua própria conveniência.³⁷

Deste contexto, se extrai que o tempo livre gasto com problemas ou necessidade de resolver questões com empresas e fornecedores se torna um desperdício, pois poderia ser utilizado em algo que nos agregaria valor, seja ele sentimental, afetivo, econômico ou social.

Esse desperdício de tempo é passível de responsabilização civil, em virtude dos efeitos da recente inclusão desse direito na esteira de bens jurídicos tutelados. O tempo passou a ser considerado um bem jurídico protegido, assim como já é a vida, que por sua vez guarda imensa relação com aquele.

Insta salientar que a essa proteção é bem recente, por muito tempo doutrinadores e magistrados não consideravam o tempo como elemento

35. DICIO ONLINE, In: **Definição de tempo**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/tempo>. Acesso em: 1 abr. 2019.

36. GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo. Tópico baseado em palestra proferida por ocasião das comemorações pelos 10 anos de fundação da Rede de Ensino LFG, em 29 de janeiro de 2013, São Paulo.

37. GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo. Editorial publicado no dia 25 de dezembro de 2012, disponível no: <https://www.facebook.com/pablostolze/posts/399780266768827>

possível de ser indenizado, situação que vem se modificando graças as constantes alterações na sociedade, afinal tempo é dinheiro.

Tanto é verdade que em milésimos de segundos, um profissional “trader” operando na bolsa de valores poderá aumentar ou diminuir o seu patrimônio ou de seu cliente, de modo que o desperdício do tempo deste profissional, poderá acarretar danos financeiros tão altos e por vezes, irreparáveis.

Nesse viés, o dever de indenizar pelo tempo desperdiçado não alcança somente os profissionais que operam em bolsas de valores, pelo contrário, alcançará todo aquele que tiver o seu direito desrespeitado, até porque o tempo exerce grande influência na vida de todas as pessoas.

Quantas vezes nos deparamos em enormes filas em agências bancárias que disponibilizam menos de 50% dos caixas ou guichês para atendimento aos clientes, ou até mesmo ter que dispor de tempo para ligar diversas vezes para o suporte técnico de uma operadora de telefonia, ou ainda ter que aguardar horas e horas para embarcar por conta de um atraso ou cancelamento de um voo.

Tais situações são exemplos claros da perda de tempo útil nas relações de consumo, na qual podem se configurar má prestação de serviços e a necessidade de indenizar o consumidor pelo tempo desperdiçado.

Convém ressaltar que o dever de indenizar abarca situações em que ocorrer a perda do tempo de forma injusta, ultrapassando os limites da razoabilidade, abalando a personalidade do consumidor.

É assim o entendimento da teoria criada por Marcos Dessaune sobre o “Desvio Produtivo de Consumidor”, que consiste em dano indenizável todo o tempo desperdiçado pelo consumidor na tentativa de solução de conflitos gerados por maus fornecedores, isso porque como já abordamos, este tempo é um recurso limitado e irrecuperável.

Do mesmo modo que a teoria criada, Dessaune também elaborou o “Código de Atendimento ao Consumidor”, não se trata de uma lei e nem um projeto de lei e sim de propor uma forma respeitosa em que as relações de consumo deverão ocorrer.

As teses defendidas por Marcos Dessaune guardam relação especial com o Direito do Consumidor e será melhor abordada no decorrer deste trabalho.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE TEMPO ÚTIL – TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO CRIADA POR MARCOS DESSAUNE

Por responsabilidade civil entende-se o dever de reparar o dano causado a outra pessoa, seja por ação ou omissão, dolo ou culpa, é assim que dispõe o artigo 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art.186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A responsabilização civil é o dever jurídico de abstenção, ou seja, de não realizar atos que violem direito alheio, sob pena de responder pelos prejuízos e danos causados.

Destaca-se que a responsabilidade civil alcança duas possibilidades, a saber, a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual, também denominada aquiliana.

Na responsabilidade civil contratual é necessário que exista algum tipo de relação jurídica entre as partes por meio de convenção em contrato, já na responsabilidade civil aquiliana o contrato é dispensado, bastando somente que o agente causador do dano infrinja a lei, como exemplo temos o acidente de trânsito.

Ainda podemos subdividir a responsabilidade civil em objetiva e subjetiva, na primeira os pressupostos de exigibilidade são: conduta, nexos causal, dano e culpa; de modo que o agente causador do dano responde independentemente do dolo, ou seja, mesmo que ele não tenha tido a intenção de praticar o ato danoso, já na segunda, os pressupostos são: conduta, nexos causal, dano e risco, de modo que o agente assume o risco de causar o dano e por isso possui o dever de indenizar.

Nestes termos, temos que a responsabilidade civil aquiliana é a regra geral, enquanto a responsabilidade objetiva é a exceção, sendo aplicada em casos específicos previstos em lei ou decorrentes da atividade desenvolvida pelo agente, inteligência que extrai do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, vejamos:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de cul-

pa, 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.

Podemos então definir a responsabilização subjetiva pela teoria do risco decorrente da atividade praticada ou do negócio desenvolvido.

Insta salientar que a responsabilidade civil objetiva dispensa a instrução probatória sobre a existência ou não da culpa, uma vez que tal discussão será irrelevante para que o agente causador seja responsabilizado, isto a culpa não é um dos pressupostos desse tipo de responsabilização.

É importante destacar que essa responsabilidade de indenizar implica os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Nos danos patrimoniais estão os danos emergentes (materiais) e os lucros cessantes (deixou de ganhar em decorrência do dano), enquanto nos danos extrapatrimoniais estão os danos estéticos, danos morais e os danos pela perda de uma chance. Nesse sentido, entendemos que a responsabilidade civil pela perda de tempo útil se enquadrará nos danos extrapatrimoniais, conforme melhor demonstrado a frente.

O tema de responsabilidade civil é amplo e muito abrangente, pois abarca várias situações do direito e da vida cotidiana, inclusive nas relações de consumo, que é o principal aspecto desse artigo, diante disso, passamos a abordar a responsabilidade civil nas relações consumeristas.

Nessa modalidade de responsabilização temos uma norma especial que nos ajudar a enquadrar melhor o dever de reparar o dano, e é bom que se diga que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) somente é aplicável nas relações de consumo e sua existência é o alicerce para a análise da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, possuindo o dever de corrigir essa desigualdade de forças.

Os requisitos legais para a caracterização da relação de consumo estão dispostos nos artigos 2º e 3º do CDC, vejamos:

Art. 2º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Art. 3º – “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Uma vez caracterizada a relação de consumo entre as partes, se aplicará todas as regras constantes no Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que tange a responsabilização civil do fornecedor.

De sorte que para a demonstração dos danos causados, o consumidor faz jus a facilitação de defesa no processo judicial com o instituto da inversão do ônus probatório diante da hipossuficiência do consumidor na relação jurídica, de modo que o fornecedor deverá demonstrar que não praticou o ato ilícito, inteligência que se extrai do artigo 6º, VIII do CDC, vejamos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, seguindo as regras ordinárias de expectativas.

Deste modo, ao igualar as partes no litígio, o CDC contempla os princípios da igualdade processual, facilitação da defesa e do equilíbrio nas relações de consumo.

Nesse sentido, cabe destacar que a responsabilização pelo dano material, moral e pela perda do tempo útil, podem ser acumuladas, uma vez decorrentes do mesmo fato gerador, sendo uma no tocante ao dano emergente, a outra é referente ao prejuízo moral e a última no tocante ao precioso tempo desperdiçado.

Em relação a essa última, o doutrinador Marcos Dessaune entende que a perda de tempo útil é um dano temporal ou existencial, pois afronta diretamente a vida do consumidor, o seu projeto atual e futuro, os seus planos, os seus objetivos, os seus sonhos, a produção do ócio criativo, o seu merecido descanso e equilíbrio, uma vez que precisa “gastar” de forma injusta o seu tempo para resolver um serviço ou produto defeituoso, resultado de uma má prestação de serviços e mau atendimento.

Como exemplos o doutrinador cita as várias ligações que o consumidor é obrigado a fazer para cancelar uma linha telefônica ou resolver um problema de *internet*, o atendimento feito por robôs virtuais que não conseguem atender a demanda do consumidor, os exagerados tempos despendidos em filas de bancos quando de dez guichês, apenas dois ou três estão em atendimentos, entre tantos outros motivos de desperdício

de tempo que o consumidor realiza na solução de conflitos de consumo que não deu causa.

De tal modo que todo esse tempo desperdiçado é indenizável, pela inteligência da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, criada pelo advogado e doutrinador Marcos Dessaune, que entende que “o tempo de que cada pessoa dispõe na vida possui características singulares que o tornam um recurso precioso”. (DESSAUNE, 2011, p. 49-50) e como sabemos o tempo não volta, é inacumulável e irrecuperável e, portanto, deve ser indenizado.

Ainda segundo o Dessaune, o tempo é o recurso produtivo de cada um e integra a personalidade da pessoa, e por isso encontra-se proteção no rol do artigo 11 a 21 do Código Civil, fundamentado pelo princípio da dignidade humana. (DESSAUNE, p. 190-193, 2017.)

4 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE A PERDA DE TEMPO VITAL NO MATO GROSSO DO SUL

Nos últimos anos, a perda de tempo útil deixou de ser um mero aborrecimento e tornou-se fundamental nos posicionamentos jurisprudenciais brasileiro, isto porque as Cortes Superiores passaram a dar o devido valor ao tempo de seus jurisdicionados.

Não raro observamos grandes empresas tratarem seus consumidores como apenas um algoritmo em seus sistemas informatizados e isso tem contribuído com a aceitação e alcance da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor nas decisões judiciais por considerar a “*via crucis*” para que o consumidor enfrenta para ter um problema resolvido.

Nesse sentido, Neto leciona:

O reconhecimento do dano existencial para atuar ao lado do dano moral, torna-se necessário para a correta proteção quanto aos seus direitos e a completa reparação da lesão. Podendo ser analisado de forma reflexa, quando além de causar dano a vítima causa também as pessoas próximas a ela, alguém que adquire seqüela resultante de acidente, deverá ser cuidada por outra responsável pelo resto da sua vida, portanto o dano afetou a vida destas duas pessoas. (NETO, p. 32, 2012).

Para o autor e a maioria dos julgados que vamos analisar, o tempo ingressa no espoco de danos indenizáveis, em especial no dano existencial, por ser este um recurso produtivo que integra o rol de direitos da personalidade e que somente o próprio consumidor poderá dispor.

Esse entendimento tem sido sedimentado em vários Tribunais de Justiça, em especial no Superior Tribunal de Justiça – STJ, é o vemos no julgamento do Recurso Especial nº. 1737412 / SE, em que se aplicou a teoria da perda do tempo útil, mantendo a condenação em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) proferida em primeira instância, diante da afronta da instituição financeira no tempo do consumidor, infringindo lei municipal que versa sobre o tempo máximo de espera, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, “D”, DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. 1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações. 2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva. 4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais. 5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio

da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas. 6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade. 7. *O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.* 8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e *configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.* 9. *Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo.* 10. Recurso especial provido. (REsp 1737412/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019)

Observamos que os argumentos da Ministra Relatora Nancy Andrigli vêm de encontro à Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor de Marcos Dessaune, ao afirmar que “o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias, **gerando a perda do tempo útil do consumidor**, é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.”

Em outro julgado, o Ministro Marco Aurélio Bellizze reconheceu a teoria do desvio produtivo, vejamos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.260.458 - SP (2018/0054868-0). AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. 1. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. ALTERAÇÃO. IM-

POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. 2. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MESMO ÓBICE SUMULAR. 3. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária de bem imóvel. Lançamento indevido de encargos bancários, porque resultantes exclusivamente de falha operacional do banco. Situação que extrapolou o mero aborrecimento do cotidiano ou dissabor por insucesso negocial. Recalcitrância injustificada da casa bancária em cobrar encargos bancários resultantes de sua própria desídia, pois não procedeu ao débito das parcelas na conta corrente da autora, nas datas dos vencimentos, exigindo, posteriormente, de forma abusiva, os encargos resultantes do pagamento com atraso. Necessidade de ajuizamento de duas ações judiciais pela autora. *Adoção, no caso, da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário.* Danos morais indenizáveis configurados. Preservação da indenização arbitrada, com moderação, em cinco mil reais. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Sentença mantida. Recurso improvido. (Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 25/04/2018)

Segundo Dessaune³⁸ até o dia primeiro de fevereiro de 2017, dos vinte e sete Tribunais Estaduais existentes no Brasil, apenas quatorze tinham aplicado a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, totalizando 852 acórdãos, sendo que o campeão deles é o Tribunal de Justiça de São Paulo com 304 julgados.

O doutrinador repetiu a mesma pesquisa em 05 de março de 2018 e teve uma boa surpresa com o aumento da aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor nos julgamentos, passando a contar com 20 Tribunais Estaduais, totalizando 1.785 acórdãos, representando um aumento de 109,5% em um período de 13 meses. Nessa nova pesquisa o Tribunal de Justiça de São Paulo continuou liderando, agora com 905 julgados sobre o tema.

Já no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, a análise ju-
38. DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor. Pesquisa qualitativa de julgados sobre o tema. Disponível em: <<http://www.marcosdessaune.com.br/index.htm>> Acesso: 21/07/2019.

risprudencial em segunda instância demonstrou 10 (dez) julgados que fazem menção à Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e veremos cada uma de forma detalhada.

Insta salientar que desses dez julgados, a sua maioria refere-se ao período de outubro de 2018 a março de 2019, com exceção de um julgado de 2014 e outro de 2015, o que demonstra a aplicabilidade modesta em alguns tribunais, muito embora a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor esteja vigente desde novembro de 2011.

Na decisão abaixo, temos que a referida teoria somente foi aplicada após o recurso à segunda instância, em virtude da sentença de primeiro grau não ter reconhecido nenhum abalo de ordem moral e tampouco ofensa ao direito da personalidade do autor, e uma vez que não se configura dano *in re ipsa* (é o dano moral presumido, aquele que não necessita de prova para configurar o abalo psicológico sofrido pela vítima), deveria o autor provar o dano, deste modo, não incidiu nenhuma indenização pelos danos morais sofridos ou pelo tempo desperdiçado em busca de solução, vejamos um trecho da sentença:

Doutro vértice, **registre-se que a mera cobrança irregular não é suficiente a presumir nenhuma ofensa à direito da personalidade, devendo eventual consequência prática grave à requerente ser por ela comprovado**, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, já que não se trata de dano *in re ipsa*, ou seja, aquele que independe de prova, como é o caso da inscrição indevida do nome do consumidor junto aos órgãos de cadastro de inadimplentes ou de protesto indevido de título, já que o documento de p. 34 trata-se de mero registro de documento para fins de conservação, nos termos do artigo 127, inciso VII, da Lei nº. 6.015/73, conforme já explanado na decisão inicial de p. 40/44. **(grifou-se)**

De modo contrário entendeu o Relator Desembargador Amaury da Silva Kuklinski, que reformou parcialmente a sentença aplicando a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, em virtude da falha na prestação dos serviços, que culminou na perda de tempo útil, devendo ser indenizado, vejamos o trecho da decisão:

Seguindo esse viés, **a reparação civil na modalidade extrapatrimonial, notoriamente conhecida como dano moral, vem**

apresentando consideráveis inovações, sendo que, dentre elas, a que está em proeminência refere-se ao dano imaterial pela perda do tempo útil. É cediço que, nos tempos que correm, era da informatização e da multiplicação do conhecimento em velocidades espantosas, o tempo livre torna-se, cada vez mais, diante da sua escassez, precioso. Por isso, a perda do tempo livre/útil, ocasiona, inquestionavelmente, inúmeros efeitos deletérios. Assim, ainda que, em geral, não ocasione a perda do tempo útil, por si só *prima facie*, o dano moral - ao contrário, por exemplo, de outros “novos” danos extrapatrimoniais como a perda de uma chance - pode, sim, por certo, a depender das peculiaridades do caso concreto, transpassar da barreira do mero aborrecimento para o dano moral indenizável como critério que intensifica/macula o grau de culpa do ofensor e a extensão do dano.

Para o caso em apreço a condenação em danos morais alcançou o patamar de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), pelas razões expostas na ementa abaixo:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL Nº 0804811-64.2017.8.12.0001 – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFENSA À DIALETICIDADE COM RELAÇÃO À ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA DE COBRANÇA – DÍVIDA PAGA SENDO COBRADA PELA SEGUNDA VEZ – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – CONDUTA ILÍCITA – DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR – TEORIA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL APLICÁVEL – DANO MORAL CONFIGURADO E INDENIZÁVEL – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO NÃO CONHECIDO EM FACE DE NW ADMINISTRADORA LTDA., E CONHECIDO E PROVIDO EM FACE DE BANCO BRDESCO FINANCIAMENTOS S/A. O recurso deve ser dialético, necessitando de argumentos oportunos e suficientes para atacar os fundamentos em que se assentou a sentença, de modo que não se conhece de recurso ausente de dialeticidade, como no presente caso, quanto à ilegitimidade passiva da empresa de cobrança. Configura dano moral, mesmo que não tenha havido negativação do nome do consumidor por meio de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes ou protesto, mas sim repetição de cobrança indevida de dívida quitada ensejando a propositura de uma segunda ação judicial pelo consumidor, demonstrando a total falha na prestação do serviço. *O dano moral tem caráter*

imaterial, logo, para sua comprovação, deve ser possível presumir a potencialidade ofensiva das circunstâncias e dos fatos concretos e a repercussão no patrimônio subjetivo da vítima, ocorrida na presente situação fática ante a demasiada perda de tempo útil por consumidor na busca, pela segunda vez, da solução judicial de controvérsia motivada por conduta ilícita do fornecedor, consistente na repetição de cobrança indevida por dívida já paga, a qual, obviamente, extrapola o mero dissabor e resulta em efetivo dano moral. Como uníssono na jurisprudência pátria, a indenização por danos morais não deve implicar em enriquecimento ilícito, tampouco pode ser irrisória, de forma a perder seu caráter de justa composição e prevenção. Os juros de mora, nos casos de condenação por dano moral decorrente de ilícito praticado no âmbito de relação contratual, incidem a partir da citação. (TJMS. Apelação n. 0804811-64.2017.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 05/12/2018, p: 06/12/2018)

Já no outro caso, a sentença de primeiro grau foi confirmada em segunda instância, a fim de pagamento de compensação por danos morais no patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) diante da conduta dolosa da concessionária Ré em entregar produto em modelo inferior ao convencionado, bem como negar-se a resolver o conflito de forma administrativa, levando o consumidor ao desgaste e causando nele sentimento de descaso, como vemos detalhadamente na ementa abaixo:

E M E N T A – RECURSO DE APELAÇÃO – RESCISÃO DE CONTRATO, INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – ILEGITIMIDADE ATIVA E CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINARES REJEITADAS – ENTREGA DE MODELO MAIS ANTIGO DO VEÍCULO EFETIVAMENTE NEGOCIADO – INFORMAÇÃO NÃO REPASSADA AO CONSUMIDOR – DOLO POR OMISSÃO – DESCONSTITUIÇÃO MANTIDA – DANO MORAL CONFIGURADO – TESE DO DESVIO PRODUTIVO. 1. A pessoa que afirma ter participado da negociação de compra e venda na condição de compradora é parte legítima para pedir desconstituição do contrato e restituição dos valores pagos. 2. O destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar a conveniência e a necessidade de determinada prova, advindo daí a possibilidade de indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com artigo 370 do

Código Processo Civil. Por isso não há cerceamento de defesa quando as provas requeridas são indeferidas expressamente na sentença e são irrelevantes para o julgamento dos pedidos formulados. 3. A entrega de modelo mais antigo do efetivamente negociado e a omissão dessa informação configura descumprimento contratual e dolo por omissão, por evidenciar o intuito malicioso da concessionária de obter vantagem indevida em detrimento do consumidor. 4. O consumidor tem direito de ser restituído do valor pago na negociação quando o contrato de compra e venda é desconstituído por culpa exclusiva da concessionária. 5. **Aplica-se a tese do desvio produtivo do consumidor, quando tenta solucionar os problemas causados pelo fornecedor com reiteradas frustrações, ante a ineficiência e descaso. Recurso não provido.** (TJMS. Apelação n. 0800435-60.2018.8.12.0046, Chapadão do Sul, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Wilson Bertelli, j: 17/10/2018, p: 19/10/2018)

Da análise jurisprudencial, percebe-se que julgados não destacam a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor em suas ementas, todavia esta é utilizada para fundamentar a decisão que enseja o pagamento de danos morais pela perda de tempo útil, é o que se verifica no caso abaixo.

Vejamos o trecho da fundamentação da decisão de mérito:

Assim, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente o lapso temporal na suspensão do fornecimento de água, o desvio produtivo do consumidor que precisou socorrer-se ao Judiciário para ter seu fornecimento de água restabelecido, bem como a capacidade financeira do ofendido e do ofensor, já que a indenização não pode constituir em enriquecimento indevido e, ainda, os norteadores da razoabilidade e proporcionalidade, entendo que a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) atende, satisfatoriamente, aos interesses do requerente, compensando-lhe o constrangimento e representando sanção à requerida. **(grifou-se)**

Observa-se que embora a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor tenha sido utilizada para fundamentar a decisão de mérito, esta não foi destacada nos termos da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER

C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA – CORTE INJUSTIFICADO DE SERVIÇO ESSENCIAL – AUSÊNCIA DE INADIMPLEMENTO E/OU DE NOTIFICAÇÃO DO CONSUMIDOR/AUTOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – CONDUTA ILÍCITA DEMONSTRADA – DISCUSSÃO DE POSSE INAPTA A AFASTAR O ATO ILÍCITO – TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO – ARRIMO ART. 14 CDC – **DANO MORAL CARACTERIZADO** – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I) As concessionárias de serviço público devem ser responsabilizadas objetivamente pelos danos causados aos seus consumidores, conforme disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal. II) A interrupção do serviço de fornecimento de água mostra-se injustificada, na medida em que não houve inadimplemento por parte do consumidor/autor. III) É irrelevante a discussão sobre a natureza da posse no imóvel exercida pelo autor, por se tratar de relação jurídica que diz respeito ao autor, como possuidor e ao terceiro, como suposto proprietário, a ser resolvida pelas vias próprias, ou seja, pela via judicial, exclusivamente. Assim sendo, se a concessionária, muito embora tenha feito contrato de prestação de serviço de abastecimento de água com o autor, possuidor do imóvel, acolhe pedido formulado pelo suposto proprietário e corta o fornecimento de água no imóvel, age manu militari e comete ato ilícito, que a sujeita ao pagamento de danos morais, nos termos dos artigos 186 e 927 do CC de 2002. IV) **Dano moral in re ipsa. O corte de água, por si só, é capaz de gerar dissabores, aborrecimentos e sérios reflexos no cotidiano da família, bem como a configuração de uma situação vexatória, passível de macular a honradez e dignidade do consumidor/autor.** V) Quantum indenizatório fixado de forma razoável e proporcional à situação descrita nos autos, bem como atendendo aos fins preventivo e compensatório a que se destina. Recurso conhecido e provido. (TJMS. Apelação n. 0808508-35.2013.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 23/06/2015, p: 25/06/2015) (grifou-se)

O mesmo se verifica no julgamento da Apelação nº. 0834122-42.2013.8.12.0001 que manteve a decisão de primeira instância pela mesma fundamentação, que no caso, utilizou-se da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor para penalizar uma instituição financeira ao importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pela inclusão indevida do nome

do autor no cadastro de inadimplentes, vejamos o trecho da decisão de mérito e em seguida a ementa:

Assim, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente o lapso temporal que perdurou a restrição (desde 13.08.2013 - f. 17), sendo que somente foi suspenso em razão de decisão emanada destes autos; **o desvio produtivo do consumidor, que precisou socorrer-se ao Judiciário**, bem como a capacidade financeira da ofendida e do ofensor, já que a indenização não pode constituir em enriquecimento indevido e, ainda, os norteadores da razoabilidade e proporcionalidade, **entendo que a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) atende, satisfatoriamente, aos interesses do Requerente, compensando-lhe o constrangimento e representando sanção ao Requerido. (grifou-se)**

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. **QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 10.000,00. RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. Mantém-se a sentença que condena a instituição financeira que incluiu indevidamente o nome do consumidor no cadastro de proteção ao crédito, causando-lhe dano moral indenizável. O quantum indenizatório deve ser fixado em observância aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.** (TJMS. Apelação n. 0834122-42.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 01/12/2014, p: 09/12/2014) **(grifou-se)**

Em julgado de 06 de fevereiro de 2019, entendeu o Relator Desembargador Amaury da Silva Kuklinski ao analisar a apelação 0822038-67.2017.8.12.0001 que as cobranças indevidas referente a um contrato encerrado e as ligações excessivas de cobranças são elementos suficientes para caracterizar a perda de tempo útil do consumidor, a medida que necessita buscar auxílio do Poder Judiciário para sanar o conflito, citando inclusive o doutrinador Marcos Dessaune, criador dessa teoria, em sua fundamentação e ainda outros Tribunais que vêm aplicando a indenização por dano temporal, vejamos:

Os dissabores relatados e comprovados nestes autos ultrapassam a barreira do mero aborrecimento, mormente por ter o apelante que buscar auxílio ao judiciário para que as cobranças chegassem ao fim. Aplica-se ao caso a denominada teoria do desvio produtivo do consumidor. Sobre o tema, trago a baila as lições de Marcos Dessaune: “(...) *quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irreversível*”. [...] Em caso análogo, assim decidiu outros Tribunais Pátrios. Vejamos: (TJSP; Apelação 1009689-71.2017.8.26.0320; Relator (a): Mourão Neto; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/01/2019; Data de Registro: 28/01/2019); (TJRS - Recurso Cível Nº 71008098535, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Julgado em 30/11/2018); (TJPR - 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0029584-47.2017.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Marco Vinícius Schiebel - J. 12.12.2018); (TJ-MS - APL:08206272320168120001 MS 0820627-23.2016.8.12.0001, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 20/08/2018, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/08/2018).[...]

No caso em tela, o dever de indenizar foi no patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e embora a ementa não dispõe sobre o conhecimento da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, esta foi fundamental para a decisão de mérito, conforme analisamos acima.

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRESTADORA DE SERVIÇOS DE INTERNET – CONTRATO ANTERIORMENTE ENCERRADO – COBRANÇA INDEVIDA – LIGAÇÕES EXCESSIVAS E AMEAÇA DE NEGATIVAÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR – AUSÊNCIA DE MERO ABORRECIMENTO – PRELIMINAR – INOVAÇÃO RECURSAL – REJEITADA - DANO MORAL CARACTERIZADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - O dano moral deve ser arbitrado com moderação, e em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau de ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores, bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

II – Recurso Provido. Sentença Reformada. (TJMS. Apelação n. 0822038-67.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 06/02/2019, p: 07/02/2019)

E em outra decisão, o Relator Amaury da Silva Kuklinski reformou a sentença de primeiro grau para passar a condenar uma prestadora de telefonia na indenização por danos morais no importe de R\$ 7.000,00 pela falha na prestação de serviços, cobranças indevidas e descaso na tentativa de solução administrativa, vejamos trecho da decisão e a ementa:

De sorte que a demora, a perda de tempo útil/livre não só configura como agrava vetores da indenização por dano moral. **Portanto, havendo comprovada subtração de valioso tempo do ofendido, em desrespeito a condutas não adversariais, ultrapassa o mero aborrecimento, atingindo direitos da personalidade e, por isso, não só transpõe para o dano moral indenizável como, igualmente, potencializa as balizas da extensão do dano e o grau de culpa do ofensor.** Nesse contexto, evidente que o evento acarretou transtorno, angústia, insegurança e sensação de impotência ao consumidor, ultrapassando o mero aborrecimento, de modo deve ser reconhecida a configuração de danos extrapatrimoniais. **Assim já externei meu entendimento em outra oportunidade, bem como outros Tribunais [...]** Ante o exposto, CONHEÇO E DOU PROVIMENTO ao recurso do autor para condenar o requerido Claro S/A ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), corrigidos monetariamente pelo IGPMFGV, a contar deste julgamento em que foram arbitrados, e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, e ônus sucumbenciais fixados na sentença, afastada a reciprocidade. **(grifou-se)**

[...]

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – TELEFONIA – COBRANÇAS INDEVIDAS – TENTATIVA DE SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA FRUSTRADA – NECESSIDADE DE PROPOSIÇÃO DA AÇÃO – PERDA DO TEMPO ÚTIL – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA PARA CONDENAR NA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RECURSO PROVIDO. Incontroversa a falha na

prestação do serviço, cujo cancelamento das cobranças indevidas se deu somente após o ajuizamento da ação (ausência de prova do contrário), e mais de um ano após protocolo administrativo pedindo a solução do desacerto. Necessidade de intervenção do Poder Judiciário. (TJMS. Apelação n. 0812408-84.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 14/03/2019, p: 15/03/2019) (grifou-se)

O mesmo relator entendeu ser justa a redução do valor indenizatório de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para R\$ 7.000,00 (sete mil reais), mesmo diante da aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor pela primeira instância de julgamento, vejamos um trecho da decisão e a sua ementa:

De sorte que a demora, a perda de tempo útil/livre não só configura como agrava vetores da indenização por dano. [...] Contudo, de fato, como não houve inscrição indevida, que, com muito mais razão este Tribunal fixa a reparação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tenho que o valor fixado (em R\$ 15.000,00) é exorbitante. [...] Desta forma, aplicando-se esses parâmetros ao caso em tela, chego à conclusão de que o valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) se afigura adequado ao patamar ensejado pelas particularidades vislumbradas no caso concreto, bem como se mostra razoável e proporcional, além de desestimular a recorrente à prática de atos da mesma natureza. (grifou-se)

[...]

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – TELEFONIA – PERDA DO TEMPO ÚTIL – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA PARA REDUZIR O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – HONORÁRIOS MANTIDOS – SENTENÇA PARCIALMENTE ALTERADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Incontroversa a falha na prestação do serviço, diante da necessidade do consumidor ter que buscar solução administrativa, que não foi imediata. Cabimento da indenização por danos morais, por servir como fator preventivo-pedagógico, a sinalizar ao fornecedor de serviços que, no futuro, deve manter conduta que reflita boa-fé, expressada em prestação de serviço de boa qualidade, que priorize o respeito, a lealdade e a atenção ao consumidor, evitando a reiteração de

atos análogos, para que a empresa requerida reanalise sua forma de atuação. O valor da indenização deve respeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O valor fixado a título de honorários sucumbenciais está adequado ao art. 85, § 2º, do CPC/2015, em 10% sobre o valor da condenação. (TJMS. Apelação n. 0801223-95.2017.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 14/03/2019, p: 15/03/2019) **(grifou-se)**

Das análises feitas até aqui, o Desembargador Amaury da Silva Kuklinski tem sido o magistrado que mais aplicou a Teoria dos Recursos Produtivos do Consumidor no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, entendendo ainda na maioria dos casos que o patamar de R\$ 7.000,00 é um valor proporcional e justo aos casos julgados.

No entanto, a análise jurisprudencial demonstrou que o desvio produtivo do consumidor não é aplicável a toda e qualquer necessidade em que o cliente necessita procurar o fornecedor, necessitando que exista de fato o uso indevido dos recursos produtivos do consumidor, vejamos a decisão da 1ª Câmara Civil de Campo Grande proferida pelo Relator Desembargador Sérgio Fernandes Martins:

No caso, há apenas demonstração de uma única mensagem enviada ao celular da apelante (f. 15), **o que não é suficiente para comprovar o resultado lesivo, ou qualquer transtorno causado, tampouco configurar violação ao princípio do desvio produtivo do consumidor, Ora, o desvio produtivo evidencia-se quando o fornecedor, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado pelo último ou, em outras palavras, onera indevidamente os recursos produtivos dele (consumidor).** Da lógica dos fatos e da prova existente, é notório que a situação fática vivenciada pela autora não gerou qualquer violação à dignidade da pessoa humana, nem dor e sofrimento que extrapolam os dissabores do dia a dia, não configurando, portanto, dano moral. (Apelação - Nº 0802877-20.2017.8.12.0018 – Paranaíba)

Em outro julgado proferido pelo mesmo Desembargador, o entendimento caminhou no mesmo sentido, conseqüentemente não houve para nenhum tipo de indenização, vejamos os argumentos utilizados:

Frise-se, Excelência, que a recorrente recebia diversas ligações da apelada durante o dia, cobrando uma dívida que não existia ou fosse devida. A consumidora dispendia de longas horas durante os meses, na tentativa de cessar a abusividade da empresa, no entanto todas as diligências foram negativas (f. 176). Comprovada a ilicitude da empresa recorrida, necessário o arbitramento de indenização de danos morais que cumpra o seu real caráter pedagógico e compensatório, de modo que aquele tem como objetivo desestimular prática de ilícitos pelo causador de danos, atuando como um lenitivo à vítima, alvo de prejuízos que extrapolaram o mero aborrecimento (f. 177). No recente julgado, o C. Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor), o qual declarou que a abusiva cobrança indevida constitui injusta agressão, porquanto privou a autora de utilizar o seu tempo disponível na forma que melhor lhe aprouvesse, de molde a provocar sofrimento psíquico que molesta direitos inerentes à personalidade, vulnerando seu patrimônio moral, a justificar a reparação almejada” (f. 178). Frise-se, Excelência, de acordo com a referida teoria, é desnecessária a existência de inclusão dos dados do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito, bastando, apenas, o desvio das custosas competências do cidadão, a fim de tentar resolver problemas que o fornecedor tem o dever de não causar, para incidir o dano moral indenizável (f. 179). Isto posto, a decisão ora guerreada está em discordância da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, em especial o agravo em recurso especial Nº 1.260.458 SP, que reconheceu a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor (f. 180). **(Apelação 0800795-79.2018.8.12.0018)**

Pelo exposto, temos que houve uma confusão em relação à Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, isto porque para essa teoria o que é indenizável é o dano temporal, os recursos produtivos do consumidor e não a moral abalada, de tal modo que a decisão proferida levou em conta apenas os elementos caracterizadores do dano moral, vejamos:

Para que o **dano moral possa ser caracterizado** não é suficiente que a conduta alegadamente ilícita tenha causado mero aborrecimento ou dissabor à vítima, pois é **necessário que tenha atingido valores maiores, isto é, que o contratempo ultrapasse o limite do razoável**. Verifico que, no caso, a situação experimentada pela recorrente, não obstante ser desagradável, decorre do cotidiano

de qualquer cidadão, **não tendo o condão de configurar dano moral, porquanto não atinge direito de personalidade da parte.** [...] Assim, tenho que não prospera o argumento da apelante de que, tendo sido comprovada a existência de cobrança indevida, conseqüentemente **caberia a indenização por dano moral, pois é necessário que tenha atingido valores maiores, isto é, que o contratempo ultrapasse o limite do razoável.** (Apelação 0800795-79.2018.8.12.0018) (grifou-se)

Neste contexto é necessário que os conceitos sejam caracterizados de forma correta, até para não ter a criação de jurisprudências equivocadas, substituindo o dano temporal pelo dano moral, quando na verdade são institutos diferentes e possível de serem cumulados.

Tão grave é esse fato que no julgamento da apelação 0816529-58.2017.8.12.0001, a Terceira Câmara Cível através do Relator Desembargador Paulo Alberto de Oliveira entendeu não ser possível a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo, uma vez que “a autora não demonstrou ter sofrido qualquer aflição de cunho gravíssimo, ou humilhação, ou constrangimento íntimo, ou qualquer alteração de cunho psicológico grave”. Percebe-se que não há menção em dano temporal, apenas sobre dano moral, que por sua vez trata-se de outro tipo de dano indenizável.

No caso em apreço a sentença de primeiro grau havia condenado a empresa de telefonia ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por entender que houve perda de tempo útil, no entanto, foi reformada pelos argumentos acima discutido e agora transcrito:

Sentença primeiro grau: julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais para “CONDENAR a parte requerida a devolver à parte requerente, em dobro, o valor dela cobrado indevidamente, na quantia de R\$ 473,64 (quatrocentos e setenta e três reais e sessenta e quatro centavos). Ainda, tendo em vista que restou demonstrado nos autos que os problemas apontados até então atingiram os direitos de personalidade da parte requerente, tirando a sua paz, tranquilidade e causando-lhe desgosto e situação de impotência, CONDENA-SE a empresa requerida ao pagamento de indenização em seu favor, na quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); quantia essa que deverá ser acrescida de correção monetária pelo IGPM-FGV desde a data da prolação da sentença e de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo

406, do Código Civil c/c o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, desde a data da citação, por ser contratual a relação jurídica mantida entre as partes.”

[...]

Decisão de segunda instância: De se ressaltar que, diferentemente do entendimento do Magistrado de primeiro grau, entendo que, na espécie, não houve “desvio de tempo produtivo do consumidor” a ensejar reparação civil, uma vez que não está comprovado que a parte autora teve que realizar várias diligências para conseguir fazer valer o seu direito. Pelo contrário, somente está demonstrado que a consumidora se dirigiu até o PROCON, momento em que o seu problema foi parcialmente resolvido (f. 196). Desse modo, a autora não demonstrou ter sofrido qualquer aflição de cunho gravíssimo, ou humilhação, ou constrangimento íntimo, ou qualquer alteração de cunho psicológico grave, sendo certo que o simples aborrecimento não basta para configurar o dano moral. Dessa forma, não é crível se admitir que a requerente seja compensada por danos morais sem que tenha havido qualquer violação ao bem jurídico relativo aos direitos da personalidade. Na hipótese, devido às peculiaridades já apontadas, a cobrança indevida não acarreta a presunção de dano moral. Desse modo, a sentença deve ser reformada para que o pleito indenizatório seja julgado improcedente

Nesse contexto, de utilização da teoria do dano temporal como justificção do dano moral, bem assevera Flávia Pagnan Guoli:

Enquanto os juristas utilizarem a tese apenas como uma derivação do dano moral, o dano temporal não será reconhecido como regulamento independente e o fato da desclassificação do dano moral por não lesionar os direitos de personalidade acaba com a possibilidade do dano ao tempo.

Da análise jurisprudencial percebemos que a teoria tem transformado o mero aborrecimento em dano passível de ser indenizado e tem sido aceito no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no entanto precisa ser difundido para as demais comarcas do Estado.

Insta salientar que o grande desafio está em não confundir ou utilizar o dano temporal como tese subsidiária do dano moral, e por isso dependerá da qualificação correta de advogados e juristas para que possam contribuir e elaborar peças de qualidade que visem demonstrar

de forma correta os institutos de danos, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial.

Destarte que os elementos caracterizadores do dano moral e do dano temporal são diferentes e, portanto, não devem ser confundidos ou subsidiários, todavia podem ser cumuláveis caso ocorrer as duas violações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do desvio produtivo do consumidor veio de encontro a um direito importante e que por muitos anos foi deixado de lado pela doutrina e jurisprudência brasileira, que é o tempo de cada indivíduo.

Com a tese defendida por Marcos Dessaune, o tempo passou a ter equiparação judicial para que seja tutelado pelo direito, haja vista a sua relação com o direito à vida e a possibilidade de sua integração com os direitos da personalidade.

Deste modo, usurpar do tempo alheio sem justo motivo dá ensejo a indenização por dano temporal, em virtude do desvio de um recurso produtivo que é irrecuperável e inacumulável. Destarte, um dano antes esquecido começa a ser especial nas relações de consumo, de modo que fornecedores que ocasionam perda de tempo útil nas resoluções de conflitos e demanda administrativas, podem responder civilmente pelos danos causados por este ato ilícito.

Não raro, observamos consumidores enfrentando uma *via crucis* para serem atendidos, ouvidos e respeitados, de modo que é justo que os causadores do dano, sejam responsabilizados, para que quem sabe assim, deem a devida importância ao tempo alheio. Atento a esse cenário a jurisprudência brasileira tem visto com bons olhos esse tipo de responsabilização civil, tanto que há julgados aplicando a teoria do desvio produtivo do consumidor em quase todos os Tribunais de Justiça, bem como na alta corte do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

O novo desafio agora é a qualificação dos juristas para que não ocorra a confusão dos institutos de responsabilização civil, pois cada um possui um elemento caracterizador diferente.

REFERÊNCIAS

DESSAUNE, Marcos. **Resumo sistematizado e conclusão da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor**. In: _____. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. cap. 19, p.270-280.

_____. **Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: RT, 2011, págs. 47-48.

_____. **Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor. Pesquisa qualitativa de julgados sobre o tema**. Disponível em: <<http://www.marcodessaune.com.br/index.htm>> Acesso: 21/07/2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo**. Editorial publicado no dia 25 de dezembro de 2012, disponível no: <https://www.facebook.com/pablostolze/posts/399780266768827>

_____. **Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo**. Tópico baseado em palestra proferida por ocasião das comemorações pelos 10 anos de fundação da Rede de Ensino LFG, em 29 de janeiro de 2013, São Paulo.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em: 10/04/2019.

DICIO ONLINE, In: **Definição de tempo**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/tempo>. Acesso em: 1 abr. 2019.

MOLINA, André Araújo. **Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador / André Araújo Molina**. Revista LTr, v. 81, n. 4, São Paulo, abr. 2017, p. 465-477.

QUEIROZ, Ana Carolina de Souza. **Matriz de Eisenhower para administração do tempo**. Blog Eu Organizado. Disponível em: <https://www.euorganizado.com/blog/administracao-do-tempo>. Acesso: 21/04/2019.

NETO, Amaro Alves de Almeida. **Dano Existencial – A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana / Amaro Alves de Almeida Neto**. Revista Síntese. v.12, n. 80, São Paulo, dez. 2012, p. 9-36.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 20/03/2019

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 20/03/2019

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20/03/2019

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0816529-58.2017.8.12.0001.** Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira. 3ª Câmara de Direito Civil. Foro de Campo Grande; Data do Julgamento: 15/03/2019; Data de Registro: 18/03/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=860265&cdForo=0>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0812408-84.2017.8.12.0001.** Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski. 3ª Câmara de Direito Civil. Foro de Campo Grande; Data do Julgamento: 14/03/2019; Data de Registro: 15/03/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=856133&cdForo=0>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0801223-95.2017.8.12.0018.** Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski. 3ª Câmara de Direito Civil. Foro de Paranaíba; Data do Julgamento: 14/03/2019; Data de Registro: 15/03/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=856252&cdForo=0>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0822038-67.2017.8.12.0001.** Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski. 3ª Câmara de Direito Civil. Foro de Campo Grande; Data do Julgamento: 06/02/2019; Data de Registro: 07/02/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=845417&cdForo=0>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0802877-20.2017.8.12.0018.** Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan. 1ª Câmara de Direito Civil. Foro de Paranaíba; Data do Julgamento: 29/01/2019; Data de Registro: 31/01/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=841234&cdForo=0>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0800795-79.2018.8.12.0018.** Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins. 1ª Câmara de Direito Civil. Foro de Paranaíba; Data do Julgamento: 12/12/2018; Data de Registro: 13/12/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=835203&cdForo=0>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0804811-64.2017.8.12.0001**. Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski. 4ª Câmara de Direito Civil. Foro de Campo Grande; Data do Julgamento: 05/12/2018; Data de Registro: 06/12/2018. Disponível em: < <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=833136&cdForo=0>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0800435-60.2018.8.12.0046**. Relator (a): Des. Vilson Bertelli. 2ª Câmara de Direito Civil. Foro de Chapadão do Sul; Data do Julgamento: 17/10/2018; Data de Registro: 19/10/2018. Disponível em: < <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=817978&cdForo=0>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0808508-35.2013.8.12.0001**. Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan. 4ª Câmara de Direito Civil. Foro de Campo Grande; Data do Julgamento: 23/06/2015; Data de Registro: 25/06/2015. Disponível em: < <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=524086&cdForo=04>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Apelação 0834122-42.2013.8.12.0001**. Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins. 1ª Câmara de Direito Civil. Foro de Campo Grande; Data do Julgamento: 01/12/2014; Data de Registro: 09/12/2014. Disponível em: < <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=524086&cdForo=04>> Acesso em 21/04/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.260.458**. Relator (a): MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. São Paulo; Data do Julgamento: 05/04/2018; Data de Registro: 25/04/2018. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=201800548680&dt_publicacao=25/04/2018> Acesso em 19/04/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.737.412**. Relator (a): MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Sergipe; Data do Julgamento: 05/02/2019; Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201737412>> Acesso em 19/04/2019.



MATO GROSSO DO SUL

ESA

APLICAÇÃO DA TEORIA PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO

Marcelo Júnior Nunes de Menezes³⁹

Eduardo Henrique Magiano Perdigão Lima Cardoso Ferro⁴⁰

RESUMO: O presente estudo tem por escopo sopesar as controvérsias e discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação da teoria *punitive damages* no sistema jurídico brasileiro. O instituto ganhou certa relevância partindo-se da constatação de que o caráter meramente compensatório das indenizações mostraram-se insuficientes na boa resolução dos litígios. Nesse aspecto a aplicação de indenização a título punitivo é indicada em casos graves e de reincidência, de acordo com a capacidade econômica do sujeito que será compelido a indenizar. O montante percebido deverá ser fracionado, parte destinada ao Estado e fundos beneficentes, além do próprio ofendido. A pesquisa aborda noções gerais de responsabilidade civil, bem como de modo mais detalhado a responsabilidade civil no Direito brasileiro, além de amplo estudo da teoria *punitive damages* e da importante posição do Superior Tribunal de Justiça que se inclina a formação de maioria afirmativa na aplicação das indenizações punitivas. O presente estudo foi desenvolvido utilizando método de natureza exploratória, com revisão bibliográfica de obras e artigos especializados ao tema proposto, bem como a análise de jurisprudência dos Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: punitive damages, indenizações punitivas, responsabilidade civil.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil tem suas bases precipuamente na Constituição Federal e no Código Civil. É um instituto sedimentado tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria. No cenário contemporâneo

39. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Anhanguera de Campo Grande, Advogado e Pós-graduando em Direito Público pela EDAMP

40. Especialista em Direito Público. Mestrando em Direito pela UFMS. Professor de Direito e Procurador Federal

brasileiro está em constante evolução, assim como todos os ramos do ordenamento jurídico.

Em seu modelo mais tradicional que objetiva a reparação compensatória dos danos, inclina-se em uma tendência insuficiente de solucionar as complexas relações sociais na atualidade. Uma sociedade organizada anseia pela melhor aplicabilidade das normas constitucionais e por meios mais eficazes na prevenção e repressão dos atos ilícitos.

Nessa busca pela melhor aplicação da responsabilidade civil cogitam-se novas funções ao instituto que aos pouco deixa de ser meramente compensatório e passa a exercer uma função mais tendente a punição, não só com objetivo pedagógico, mas também de caráter preventivo, inibidor a reiteração do ilícito.

Essa visão punitiva atribuída na responsabilidade civil intensifica-se com a Teoria *Punitive Damages*, aplicada principalmente em países anglo saxônicos. O objetivo da teoria é que as indenizações além da natureza compensatória tenham caráter punitivo, sugere um acréscimo em pecúnia no *quantum* indenizatório, o propósito é punir o agente por sua má conduta e impedir que ele ou outro sujeito se comportem do mesmo modo no futuro.

O presente estudo busca demonstrar, portanto, a possível aplicação da Teoria *Punitive Damages* no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizando-se de método de natureza exploratória com revisão bibliográfica de obras e artigos jurídicos especializados.

Apresentar-se-á as posições doutrinárias dos principais juristas acerca da possibilidade de aplicação da teoria, bem como de forma mais detalhada a análise de jurisprudência dos tribunais.

A pesquisa aborda inicialmente noções gerais de responsabilidade civil no Direito brasileiro e breve análise dos danos morais. Em seguida apresentou-se o conceito da teoria *punitive damages*, sua contextualização história e sua aplicação no sistema jurídico Norte-Americano e por fim, analisou-se o instituto frente ao Direito brasileiro, sua aplicação e limites, em especial a posição do Superior Tribunal de Justiça.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil traduz-se na obrigação que tem uma

pessoa de reparar o dano causado à outra. A lei impõe ao ser coletivo um dever jurídico de abstenção, ou seja, prescreve que o sujeito não pode praticar atos que causem lesões a direitos, sejam esses patrimoniais ou extrapatrimoniais do seu titular. Nas palavras de Silvio Rodrigues, “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o agravo causado à outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2002, p. 6).

A esse mandamento legal de dever de abstenção deu-se o nome de *Nemimnem Laeder*, que significa, “que a ninguém é dado o direito de causar prejuízos a outrem”. Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do preceito jurídico e a perda. Há um compromisso constitucional originário, cuja violação gera um dever legal sucessivo ou secundário, de indenizar o prejuízo (GONCALVES, 2011, p. 4).

A despeito da responsabilidade civil e suas funções fundamentais, Nelson Rosenvald nos traz importante ensinamento:

Percebemos que conforme o tempo e o lugar, a responsabilidade civil absorve quatro funções fundamentais (sendo as duas primeiras pacíficas na civil law): (a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) a função de ripristinar o lesado ao status quo ante, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; (d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros. (ROSENVALD, 2017, p. 32).

Possui, portanto, uma função reativa ao ilícito, objetivando a reparação do ofendido, restaurando o lesado ao estado anterior ao ato lesivo que o atingiu. A Responsabilidade Civil busca identificar as condições em que o sujeito pode ser considerado causador do dano, bem como estabelecer a medida de sua responsabilidade no momento de repará-lo. A reparação do dano é feita através de uma indenização que, via de regra, é sempre pecuniária, reafirmando o monopólio do poder

sancionatório do Estado e de certa forma impondo um desestímulo ao ilícito.

A responsabilidade civil no direito brasileiro possui duas vertentes a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. Contratual é aquela de que decorre de um pacto contratual, um acordo de vontades entre as partes, constituído a partir do poder da autonomia privada, há um vínculo pré-existente. Ela surge da inobservância de um dever específico, normalmente de ato negativo. Quem descumpre esse dever jurídico fica incumbido de indenizar.

Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana é aquela decorrente da infração a lei vigente, ofensa à norma. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “*a responsabilidade pode decorrer tanto da violação de um dever legal como, ainda, do descumprimento de um dever assumido no contrato*” (FILHO, 2010, p. 288). Há, portanto, a inobservância do dever geral de cuidado que tem por objetivo proteger bens jurídicos de forma geral. Em ambas as modalidades de reponsabilidade civil o sujeito causador do dano fica obrigado a repará-lo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

A Responsabilidade Civil parte do pressuposto de que ninguém pode causar lesão a direito de outrem. Resume-se na obrigação de reparar uma perda material ou moral causada a outra pessoa pela prática de ato ilegal. No ordenamento jurídico pátrio o instituto é regulado primordialmente pelo Código Civil, em seus art.186, 187 e 927.

Prescreve o art. 186 do CC/2002, “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*” (BRASIL, 2002). Reputa-se ato ilícito, aquele que estando em desacordo com a Ordem Jurídica, viola direito subjetivo, causando danos materiais e/ou morais.

O art. 187 do Código Civil traz a figura do abuso de direito, situando-o nos atos ilícitos, isto é, o sujeito titular do direito há de exercê-lo de maneira equilibrada, sempre norteado pelo princípio da boa-fé e pela probidade. Nesse prisma devem-se respeito aos limites sociais e éticos, impostos pela sociedade a todo individuo titular de direitos e deveres constitucionalmente estabelecidos.

Segundo Nelson Rosenvald existem princípios na ordem civil constitucional norteadores da responsabilidade civil, são eles: “os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da prevenção e da reparação integral. Esses quatro princípios fundam uma teoria geral da responsabilidade civil” (ROSEVALD, 2017, p. 29).

Implica o ato ilícito, portanto, na obrigação de indenizar. O ato ilícito para que seja constituído exige elementos indispensáveis para sua caracterização. Exige o fato lesivo; a ocorrência de um dano; e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Evidenciando-se assim a responsabilidade na modalidade subjetiva.

A responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa é uma modalidade de responsabilização em que o dever de indenizar recai sobre o elemento culpa. Nessa modalidade o foco é a figura do ato ilícito que deve ser comprovado, buscando-se, portanto, uma conduta culposa ou dolosa por parte do sujeito que contribuiu para o resultado danoso.

Além da modalidade subjetiva, a cláusula geral do art. 927, parágrafo único do Código Civil (2002) consagra a modalidade objetiva. Segundo Flávio Tartuce:

O referido dispositivo foi inspirado no art. 2.050 do *Codice Civile Italiano*, de 1942, que trata da *esposizione al pericolo* (exposição ao perigo) e tem a seguinte redação: “*chiunque cagiana danno ad altri nello svolgimento di um’attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*” (TARTUCE, 2015, p. 560).

O trecho do Código Civil Italiano tem a seguinte tradução: “aquele que causar dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, é obrigado ao ressarcimento, se não provar haver adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano”.

Assemelha-se muito à teoria do risco administrativo nos casos aplicados ao Estado, teoria consagrada no art. 37^a, § 6º da CF/88. Na responsabilidade objetiva basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade à conduta do agente. Não há necessidade de verificar o elemento culpa, para só assim, configurar a responsabilidade do agente causador do dano.

2.1 – Dos Danos Morais

A reparação por danos extrapatrimoniais é relativamente nova em nosso ordenamento jurídico, sendo pacificada de fato com o advento da nova Constituição Brasileira de 1988. O novo texto previu de forma expressa os danos morais no artigo 5º, incisos V e X. Segundo Raul Filho, no decorrer da nossa breve história jurídica, muitas dúvidas circundavam os juristas na reparação moral, o autor aponta alguns argumentos: “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” (FILHO, 2014, p.4).

O dano moral atinge o ofendido como pessoa, lesiona seus direitos de personalidade, de dignidade, honra e imagem, entre outras ofensas ao sujeito. A fixação do *quantum* indenizatório fica a cargo do juiz que, no caso concreto irá analisar a intensidade do dano experimentado pela vítima. Tal reparação tem caráter compensatório e punitivo, que não se confundem por serem distintos. O primeiro tem por objetivo reparar o dano e o abalo moral sofrido, já o segundo é aplicado como uma penalidade ao ofensor.

No entanto, observa-se um caráter meramente compensatório das indenizações que, vem se mostrando insuficientes não só na resolução dos conflitos, mas no arbitramento do valor indenizatório, objetivando a prevenção no cometimento do ato ilícito. Nesse sentido para o agente causador do dano é mais conveniente, benéfico e acessível o pagamento da indenização do que a prevenção do ilícito. Nesse aspecto a teoria *Punitive Damages* ganha certa importância no Brasil, vez que pode ser empregada como um mecanismo capaz de reprimir/dissuadir o agente causador do dano, para que ele não se comporte do mesmo modo (reincidência), além do caráter pedagógico.

Ao passo que a teoria ganha certa força no sistema jurídico do país, mostra-se ainda um tanto controversa por parte da doutrina e da jurisprudência, havendo o estabelecimento de certos limites aos casos concretos analisados. A teoria nesse contexto é pertinente ao objetivo punitivo e inibidor de ilícitos futuros, no entanto, há de ser estudada a possibilidade de sua aplicação, face às divergências internas, bem como de seus possíveis limites.

3 TEORIA PUNITIVE DAMAGES

Punitive Damages ou *Exemplary Damages* – Danos punitivos, ou indenização punitiva, em português -, é uma teoria de indenização de caráter punitivo aplicada precipuamente em países de Sistema *Common law* (fundamentalmente baseado em precedentes jurisprudenciais). O propósito dessa indenização é punir o agente por sua má conduta e impedir que ele ou outro sujeito se comportem do mesmo modo no futuro. Do ponto de vista histórico é possível encontrar predecessores dos danos punitivos (*punitive damages*) desde o Código de Hamurabi.

Salomão Rodesá conceitua os *punitive damages* como:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai 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 consequente função social da responsabilidade civil (RODESÁ, 2009, p. 225).

O instituto que conhecemos hoje foi desenvolvido no sistema *common law* Inglês, por volta de 1275. Naquele sistema recorria-se a multiplicação dos danos efetivamente ocorridos para a fixação da indenização. Nelson Rosenvald afirma que na Inglaterra os *punitive damages* limitam-se a três categorias:

(a) quando há disposição legal que os autorize, como na proteção de direitos do autor; (b) quando se trata de sancionar uma conduta vexatória, opressiva, arbitrária ou inconstitucional de um funcionário público que vulnera um direito fundamental do cidadão; (c) quando o autor do ilícito atua com a perspectiva de que a utilidade da conduta danosa será superior à indenização a ser paga à vítima (ROSENVALD, 2017, p. 192-193).

Segundo Giovanni Zarra os danos punitivos hoje em dia encontram suas principais aplicações no Sistema Norte-Americano, onde é aplicado na maioria dos Estados Confederados. Sobre a aplicação afirma o autor:

Hoje os danos punitivos são concedidos por juízes dos Estados Unidos não apenas em casos de delito (em que normalmente tem havido o recurso às indenizações punitivas), mas também em casos decorrentes de quebra de contrato” (ZARRA, 2016, p. 4).

Alerta o autor que as indenizações punitivas nitidamente não tem aplicação distinta nas áreas públicas e privadas, isso significa dizer que, no Ordenamento Jurídico Norte-Americano não se considera que a lei criminal tenha caráter meramente punitivo ou que a lei civil tenha caráter apenas compensatório. A teoria vem sendo aplicada em ambos os casos.

Certo é que as indenizações punitivas vêm cumprindo importantes medidas educacionais. De um lado a punição atesta a existência do direito violado e por outro proclama o valor que a lei lhe atribui, demonstrando a valoração da sociedade ante tal violação. Segundo Nelson Rosenvald:

O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social. Vale dizer, todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque, seja pela via material, seja pela processual, em um sincretismo jurídico capaz de realizar um balanceamento de interesses, pela combinação das funções basilares da responsabilidade civil: sanção, prevenção e compensação (ROSENVALD, 2017, p. 117).

Nesse sentido as indenizações punitivas contribuem com a boa aplicação da lei em concretude afirmação com o Estado Democrático de Direito, incorrendo a responsabilidade civil em punição ao ofensor, bem como na compensação dos danos provocados e, buscando sempre a prevenção dos atos ilícitos. É uma demonstração de preocupação jurídica para proteção efetiva dos direitos constitucionais estabelecidos na Carta Republicana de 1988.

Para Nelson Rosenvald os *punitive damages* são deferidos com duas finalidades:

Retributiva (punishment) e desestímulo (deterrence). A retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente –,

cumulada ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena a afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos (ROSENVALD, 2017, p. 194).

Conforme o referido autor as indenizações punitivas possuem duas finalidades, uma é retributiva, ou seja, está calcada na compensação pelo dano e na proclamação da reprovação social ante a conduta danosa, a segunda finalidade é de desestimular o transgressor da norma, para que o mesmo não volte a cometer o ilícito e, também para dissuadir os demais a não cometerem o ilícito, pois, caso o façam sofreram a aplicação das indenizações punitivas.

Importante salientar que alguns casos emblemáticos de aplicação do instituto nos Estados Unidos chegaram a Suprema Corte por serem excessivos, a Corte manifestou-se no sentido de que as condenações a título de danos punitivos que forem manifestadamente excessivas, violam a constituição, devendo guardar certa razoabilidade e proporcionalidade, mas sem perder o caráter punitivo.

Um desses casos foi o da *BMW North America Inc versus Gore* (1996) na cidade de Montgomery, Alabama. A concessionária foi condenada ao pagamento de US\$ 4.000.000,00 de dólares por alterar a pintura de um veículo após avarias no mesmo e vende-lo como novo, sem informar o consumidor. É evidente que o caso é manifestadamente desproporcional, de tal sorte que a Suprema Corte reduziu a indenização para US\$ 2.000.000,00 de dólares.

A partir do caso *Gore* a Corte Suprema dos Estados Unidos passou a indicar princípios aplicáveis aos *punitive damages*, como a não contrariedade a princípios constitucionais, afastamento dos excessos dos danos punitivos quando mostrarem-se gravemente excessivos em relação aos interesses legítimos que a punição e desestímulo objetivam, violando-se assim, os requisitos de razoabilidade e proporcionalidade.

Importante ressaltar que nos Estados Unidos segundo Giovanni Zarra:

os *punitive damages* apesar de estarem inseridos no rol de sanções civis, possuem natureza penal, nesse sentido, sofrem as mesmas limitações constitucionais impostas às decisões criminais. Isso reflete diretamente na ponderação do *quantum* indenizatório, sendo sua aplicação limitada a casos graves em que os *compensatory damages* se mostram insuficientes. (ZARRA, 2016, p. 5).

Segundo Nelson Rosenvald a Suprema Corte Americana indicou três índices⁴¹ valorativos da excessividade e irrazoabilidade de condenações por danos punitivos:

(a) o grau de reprovação da conduta do ofensor; (b) uma relação proporcional entre os danos compensatórios e os punitivos; (c) uma comparação com a medida das sanções civis aplicadas pelo Estado (com base em determinações legislativas) às condutas equivalentes (ROSENVALD, 2017, p. 197).

Em 2003 no caso *Farm*¹ a Corte estabeleceu uma relação de proporcionalidade entre os danos compensatórios e os danos punitivos, no referido caso decidiu-se que essa relação proporcional não poderia ultrapassar 1:10, ou seja, os danos punitivos não podem superar a medida de 10 vezes o *quantum* dos danos compensatórios, pois, caso ultrapasse, seria inconstitucional.

No entanto, de maneira geral as indenizações tem se mostrado eficientes em seu objetivo e dentro do limite aceitável, sendo eventualmente reformadas em instância superior. O instituto dever ser utilizado em casos graves e de reincidência delitiva.

Para o jurista Nelson Rosenvald:

Os punitive damages são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira. Os punitive damages possuem grande importância em litígios de responsabilidade civil. Tradicionalmente, entretanto, eles não são concedidos em ações contratuais, não importa o quão malicioso foi o inadimplemento. Entretanto, se a violação do contrato for acompanhada de conduta maliciosa autônoma, os punitive damages estarão presentes (ROSENVALD, 2017, p. 193).

Nessa acepção os *punitive damages* ganham importância não só como medida punitiva, mas, e principalmente, como medida de desestímulo para o infrator e para os possíveis futuros infratores. É notável que

41. Nesse caso, Campbell provocou um acidente de carro, onde uma das vítimas morreu e a outra ficou com lesões permanentes. A sua empresa de seguros (Farm) se recusou a pagar os prejuízos, não obstante o próprio segurado reconhecer a sua culpa. Não havendo acordo, o caso foi a Juri, que fixou uma condenação três vezes maior que seria o montante do acordo. O segurado demandou contra a seguradora por má-fé e fraude. O Juri de Utah concedeu US\$ 145.000.000 de danos punitivos.

na maioria dos casos a teoria é aplicada contra grandes conglomerados empresariais por reiteradas condutas que atingem um número elevado de pessoas. E esses casos exigem uma resposta mais dura por parte do Estado.

Percebe-se da experiência norte-americana um cuidado inicial de ameaça ao sujeito transgressor e num segundo momento de punição efetiva contra aqueles que demonstram desrespeito à manutenção da situação jurídica de terceiros, objetivando uma conciliação e proteção aos interesses de particulares e de toda a coletividade exposta ao ilícito.

A Teoria prevê a fixação da indenização a título punitivo levando-se em consideração a capacidade econômica do sujeito que irá ser compelido a indenizar a vítima que fora ofendida, constatando-se que a capacidade de quem vai indenizar é superior à necessidade da vítima. O valor poderá então ser fixado em patamar superior, toda vida, para que não haja enriquecimento sem causa parte do montante reverter-se-á em favor da vítima e a outra parte em favor de um fundo beneficente e ao próprio Estado.

Nesse diapasão surgiram inúmeras críticas ao possível enriquecimento sem causa atribuído aos *punitive damages*. Segundo o autor Nelson Rosevald o próprio instituto estudado engloba em si um destino social da pena civil:

A recente evolução do sistema legal americano dos *punitive damages* não apenas se deu em termos de adequação às emendas constitucionais, na linha da proporcionalidade e razoabilidade, como também na paulatina concretização de uma função social da pena civil, pela via de uma distribuição dos valores de condenação – parcialmente ao autor da demanda e parcialmente ao Estado ou a fundos específicos (ROSEVALD, 2017, p. 250).

Carlos Roberto Gonçalves não tem o mesmo entendimento quanto ao arbitramento das indenizações:

A crítica que se tem feito à aplicação do *Punitive Damages* do direito norte-americano é que eles podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode se fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim,

revertendo às indenizações em proveito do próprio lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. (GONÇALVES, 2011, p. 678).

Muito se discute sobre essa supercompensação (*overcompensation*) em benefício do lesado e, os protestos são legítimos, haja vista que a elevada quantia das indenizações poderiam implicar em um comportamento pouco prudente dos consumidores em seu dever de cautela de evitar danos e, unindo-se a isso uma crescente demanda de litígios, objetivando elevados ganhos com as indenizações.

A possibilidade de fracionamento da condenação entre o Estado/órgãos públicos/entidades beneficentes e o agente permite uma ideal composição entre o interesse social primário de tutela à segurança da coletividade, com o interesse pessoal da vítima que provocou o judiciário e indiretamente beneficiou um número indeterminado de pessoas. Ademais, a concessão parcial da condenação em prol da vítima é um evidente estímulo para que várias pessoas possam procurar o judiciário, conscientes de consequências positivas que excedam a simples reintegração patrimonial. Isto propiciará uma tendencial coincidência entre as titularidades dos interesses, a promoção da ação e o direito à sanção (ROSENVALD, 2017, p. 253).

Nesse sentido para evitar-se uma supercompensação do ofendido e estímulo à procura do judiciário, é necessário fracionar o montante imposto a título punitivo entre o próprio ofendido, nos casos de lesão a direitos de personalidade, no entanto, quando o ato ilícito atingir direitos difusos o montante deverá ser destinado ao Estado, seus órgãos e também para entidades beneficentes.

4 PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil *punitive damages* é matéria controversa ainda, havendo divergência de doutrina e jurisprudência no que se refere a sua aplicação e limites no sistema jurídico do país. Uma parte da doutrina tendo uma de suas críticas Maria Celina Bodin de Moares afirma que, “a *inden-*

zação punitiva fere o princípio da legalidade, tendo em vista que nullum crimen, nulla poena sine lege, sendo que os critérios para fixação deste instituto devem ser firmados pelo legislador” (MORAIS, 2003, p. 13). No mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves alerta que:

É preciso considerar as diferenças econômicas, raízes histórias e costumes, bem como o conteúdo e os limites dos poderes de que se acham investidos os seus juízes e ainda o sistema de seguros dos Estados Unidos da América do Norte. Diversamente do direito norte-americano, inspira-se o nosso sistema jurídico na supremacia do direito legislado, a qual está expressa no preceito constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (GONÇALVES, 2011, p. 677).

O ordenamento jurídico brasileiro adota tradicionalmente o sistema *civil law* (norma positivada) devendo, nesse sentido, existir expressa previsão legal, ressaltando-se que a teoria dos danos punitivos guarda compatibilidade com o sistema *commom law*.

Toda via Nelson Rosendal faz importante análise da interação desses sistemas no mundo jurídico:

As fronteiras foram rompidas. Não há como preservar a intransponível dicotomia entre a *civil law* (romanística, codificada e identificada por um ordenamento legislativo) e a *common law* (não romanística, não codificada e identificada em um ordenamento judiciário), tal como se fossem universos apartados. A nacionalidade do direito privado se revela um obstáculo às relações econômicas, cada vez mais intensas, entre cidadãos e empresas de países e sistemas jurídicos diversos. Ademais, a pureza metodológica ficou no passado. As nações da *common law* recorrem à legislação, assim como os Estados filiados ao *civil law* concedem paulatina importância à construção do direito pelos tribunais e pelos costumes. Instrumentos e modelos jurídicos podem ser cambiados – obviamente com as devidas cautelas de adequação aos ordenamentos – como forma de contribuição para a edificação de um direito privado capaz de aliar a justiça e a eficiência.

O autor nos leva a observar sob a ótica da eficiência da justiça e do direito, do ponto de vista da interação entre os sistemas jurídicos *civil law* e *commom law*, levando-se sempre em consideração a realidade so-

cial em que o mesmo está inserido, com objetivo primordial na defesa dos direitos difusos e coletivos, integrando os sistemas para melhor aplicação do direito. Na busca por uma proteção efetiva e integral do indivíduo alguns autores estrangeiros cogitam até mesmo uma aplicação dos *punitives damages* a litígios internacionais.

Nesse prisma os favoráveis a aplicação dos danos punitivos defendem que a Teoria tem respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa, prevista no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, que nesse caso teria natureza concretista dos direitos personalíssimos. Segundo André Gustavo Côrrea de Andrade:

É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira. (ANDRADE, 2009, p. 237).

Importante ressaltar que a sua aplicação no Brasil fica restrita à indenização nos danos extrapatrimoniais, haja vista que os danos morais não podem ser medidos na sua extensão.

O instituto *punitive damages* ganha certa relevância no Brasil, partindo-se da constatação de que o caráter meramente compensatório das indenizações por danos morais demonstram-se insuficientes para a boa resolução dos litígios. Tal afirmação surge nos recorrentes casos em que há uma insuficiência no *quantum* indenizatório arbitrado no intuito de prevenção ao cometimento do ilícito. Em certos casos, como por exemplo, assédio moral e cobranças indevidas, para o agente causador do dano é mais benéfico pagar a indenização do que prevenir o ilícito.

Podemos entender com a devida cautela que se deve, que o instituto *punitive damages* poderia sobre o aspecto analisado dar certa efetividade ao princípio basilar constitucional, que visa à proteção dos direitos personalíssimos, consolidando-se uma função punitiva ao agente causador do dano e de prevenção a violação de tais direitos.

Vencidas as ponderações iniciais é necessário destacar um ponto importante na utilização da teoria, haja vista que não pode a mesma ser

usada de forma irrestrita. Destaca-se a natureza excepcional, ou seja, não pode ser aplicada a todo e qualquer ato ilícito, nesse sentido sua aplicação restringir-se-ia nos casos em que a ação do agente for reprovável, verificando um grau elevado de culpa na conduta e, principalmente, nas reiterações delitivas, observando-se em ambos os casos a capacidade econômica do agente.

No judiciário brasileiro o tema sofre de certa escassez de precedentes. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça vem dando mais enfoque a teoria em seus julgados mais recentes. Ao analisar os julgados percebe-se certa inclinação da Corte, tendente a adotar a teoria dos danos punitivos. Levando-se sempre em consideração os ditames constitucionais em sua aplicação.

No julgamento do Recurso Especial 210.101/PR, afirma o Ministro Carlos Fernando Mathias que:

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 para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito. 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, já 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. 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 (REsp 210.101/PR, Rel. Ministro

CARLOS FERNANDO MATHIAS, Quarta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008).

Percebe-se que a Corte leva em consideração algumas condições para o arbitramento do *quantum* indenizatório, como a capacidade econômica da parte, bem como os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, tendente a vedação ao enriquecimento indevido do ofendido. Ressaltando-se que no referido julgado o próprio relator afirma encontrar óbice regulador no ordenamento, impedindo de tal modo o uso irrestrito do instituto, para não caracterizar uma arbitrariedade e o conseqüente enriquecimento sem causa.

Recentemente a Corte julgou um Recurso Especial de nº 1120971/RJ tendo como recorrente o Ex. Presidente Fernando Collor de Mello e como recorrida a Editora Abril. O caso versava sobre matéria jornalística ofensiva a honra do recorrente que, pugnou pela modificação do *quantum* indenizatório, requerendo sua elevação, levando em conta a aplicação do desestímulo ao cometimento de injúria, considerando-se no caso concreto a capacidade econômica do ofensor e as circunstâncias de divulgação nacional da matéria jornalística. O Tribunal de Justiça havia fixado o valor de R\$ 60.000,00 mil reais, o relator do caso no Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem a fixação da indenização em R\$ 150 mil reais, no entanto, em plenário a maioria votou pela fixação no valor em R\$ 500.000,00 mil reais.

No voto de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, o mesmo justifica a aplicação do instituto *punitive damages*:

No caso, o desestímulo ao tipo de ofensa, juridicamente catalogada como injúria, deve ser enfatizado. Não importa quem seja o ofendido, o sistema jurídico reprova sejam-lhe dirigidos qualificativos pessoais ofensivos à honra e à dignidade. Qualificativos ofensivos, epítetos, apodos, zombarias, dirigidos a quem quer que seja configuram injúria. A linguagem oferece larga margem de variantes para externar a crítica ou o reproche pessoal sem o uso de palavras e expressões ofensivas. Sem dúvida, podia ter sido evitada a expressão “corrupto desvairado” lançada contra o ora Recorrente, ainda que se externasse a consideração negativa que o atingiu. O desestímulo ao escrito injurioso em grande e respeitado veículo de comunicação, autoriza a fixação da indenização mais elevada, à moda do “*punitive damage*” do Direito Anglo-americano revi-

vendo, ademais lembranças de suas consequências para generalidade da comunicação, de que o respeito à dignidade pessoal se impõe a todos (REsp nº 1120971/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENEDETTI, Terceira Turma, DJe de 20/06/2012).

Analisando os recentes julgados da referida Corte, é possível identificar concepções favoráveis, inclináveis a formação de uma maioria afirmativa na aplicação da teoria. São precedentes que expõem um tímido, mas existente caminhar no sentido de aplicação do instituto no ordenamento jurídico pátrio que, tem o condão de atribuir nova função a responsabilidade civil e a forma como serão aplicadas as indenizações.

Nos referidos julgados é perceptível a preocupação dos ministros em respeitar os limites constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade para aplicar o instituto de forma que o mesmo seja eficiente em seu propósito de punição e inibição ao ilícito.

Essa moderação e razoabilidade na fixação do *quantum* indenizatório visa atender as peculiaridades do caso concreto, como a capacidade econômica de quem vai indenizar e a destinação do montante percebido, haja vista grande preocupação em não haver o enriquecimento sem causa da vítima e, por outro lado que o instituto não seja banalizado e usado para fins meramente econômicos.

No aspecto em relação ao destino do montante das indenizações a própria teoria *punitive damages* trata de solucionar a celeuma, destinando uma parte do valor a vítima e outra parte ao Estado e a instituições beneficentes, promovendo-se assim um caráter social das indenizações em benefício do coletivo e evitando-se possível enriquecimento sem causa da vítima. A autora Maria Celina Bodin de Moares posiciona-se no sentido de que as indenizações sejam destinadas a um fundo, nos moldes dos danos causados ao meio ambiente como prevê a Lei 7.337/85.

No entanto, Nelson Rosendal afirma que não haveria conflito entre um instituto e outro, haja vista a punição na responsabilidade civil ter objetivo preventivo-punitivo.

A imposição de uma sanção punitiva não conflitaria com o instituto do enriquecimento sem causa, que persegue objetivo distinto. Enquanto a aplicação da pena civil no setor da responsabilidade civil deseja prevenir a adoção de determinados comportamentos

antissociais e punir os agentes infratores, o escopo do enriquecimento sem causa se restringe a impedir enriquecimento injustificado, sem o escopo preventivo-punitivo.

Em relação ao patamar de fixação das indenizações ainda existem muitas dúvidas em que critérios serão usados para definir os valores a serem aplicados ao caso concreto. Nesse ponto é importante levarmos em consideração as recentes experiências na aplicação da teoria no Direito Norte-Americano, pois, em inúmeras oportunidades a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu alguns critérios para a fixação das indenizações.

Como em todos os casos, devemos sempre levar em consideração os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação dos *punitives damages*, mas segundo a Suprema Corte Norte-Americana, devem-se observar ainda, o grau de reprovação da conduta do ofensor; a relação proporcional entre os danos compensatórios e os punitivos; e por fim, fazer uma comparação com a medida das sanções civis aplicadas pelo Estado as condutas equivalentes.

Estabeleceu-se em um caso concreto que pode e deve ser usado como parâmetro que, os danos punitivos para manterem uma relação de proporcionalidade não poderiam ultrapassar a medida de 10 vezes o *quantum* dos danos compensatórios, pois, caso ultrapasse, seria excessivo e inconstitucional.

CONCLUSÕES

O dinamismo e a complexidade das interações humanas exigem uma resposta rápida e eficaz do direito que, por vezes são incondizentes com a realidade. As indenizações punitivas propõem-se a estabelecer importantes medidas educacionais e inibidoras do ilícito, de um lado atestando a existência do direito violado e por outro proclamando o valor que a lei lhe atribui, demonstrando a valoração da sociedade ante tal violação.

O instituto *punitives damages*, no entanto, é controverso não só nos países anglo-saxônicos, onde tem maior incidência, pois, coaduna-

-se com o sistema *commom law* e, sendo amplamente questionado no sistema *civil law* que é o caso do Brasil, mas em ambos os sistemas jurídicos, a maior dificuldade, e onde pairam as maiores críticas, seriam nos parâmetros de fixação do *quantum* indenizatório.

Toda via é importante ressaltar que os dois sistemas não são intransponíveis entre si, devemos encará-los sob a ótica da eficiência da justiça e do direito, do ponto de vista da interação entre os dois sistemas jurídicos (*civil law* e *commom law*), levando-se sempre em consideração nessa interação a realidade social em que o mesmo está inserido.

No direito brasileiro o uso da teoria não é pacífico, existindo divergências da doutrina e jurisprudência sobre os parâmetros de sua utilização. Questionando-se principalmente a destinação do montante percebido a título de danos punitivos, algo que a própria teoria encarregou-se de determinar, resolvendo-se o possível enriquecimento sem causa do ofendido com o fracionamento dos valores entre a própria vítima, o Estado, seus órgãos e entidades beneficentes.

O tema sofre de certa escassez de precedentes no país, no entanto, ao analisamos julgados do Superior Tribunal de Justiça, podemos concluir que a Corte vem inclinando-se no sentido de adoção da teoria dos danos punitivos, estabelecendo em suas decisões alguns parâmetros constitucionais para a fixação das indenizações, como razoabilidade e proporcionalidade.

Certo é que as indenizações punitivas podem estabelecer medidas educacionais e ao mesmo tempo inibidoras ao cometimento do ilícito. Contribuindo de certa forma para a boa aplicação da lei em concretude afirmação ao Estado Democrático de Direito atestando a sua existência e demonstrando a valoração da sociedade ante tal violação. Destaca-se, no entanto, a natureza excepcional, não sendo aplicada em qualquer caso, mas sim naqueles casos graves e de reincidência.

Por fim, podemos afirmar com a devida cautela que se deve, que o instituto *punitive damages* poderia sobre o aspecto analisado dar certa efetividade ao princípio basilar constitucional da dignidade da pessoa humana, que visa à proteção dos direitos personalíssimos e coletivos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano moral e indenização punitiva. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

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

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.120.971 - RJ (2008/0112653-7): 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1124378&tipo=0&nreg=200801126537&SeqCgrmaSessao=&CodigoOrgaoJgdr=&dt=20120620&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 17 set. 2019.

CABRAL, Marcelo Augusto. A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70610/a-responsabilidade-civil-no-ordenamento-juridico-brasileiro/2>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive damages no direito brasileiro. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.07.PDF>. Acesso em: 10 set. 2019.

RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: reponsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot. Responsabilidade Civil: Resumo Doutrinário e principais apontamentos. 2016. Disponível em: <<https://marcusmariot.jusbrasil.com.br/artigos/405788006/responsabilidade-civil-resumo-doutrinario-e-principais-apontamentos>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

PAULA, Oliver Simonato de. Teoria do desestímulo: punitive damages. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58363/teoria-do-desestimulo-punitive-damages/1>>. Acesso em: 12 set. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. In: A responsabilidade e a reparação civil. Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte/MG: IBDFAM, 2015.

ZARRA, Giovanni. The doctrine of punitive damages and international. 2016. Disponível em: <<https://www.iris.unina.it/retrieve/handle/11588/663250/100702/Giovanni%20Zarra.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.



MATO GROSSO DO SUL

ESA

LEGALIZAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO: ANÁLISE SOCIOJURÍDICA

Larissa August de Oliveira⁴²

Maria Teresa de Mendonça Casadei⁴³

José Manfroi⁴⁴

RESUMO: Este trabalho apresenta o instituto do parto anônimo como possibilidade para a redução do abandono de recém-nascidos e crianças, problema social preocupante nos dias atuais. A discussão acerca da aplicação deste instituto é evidenciada por um conflito de direitos. Por um lado, preserva-se o direito da mulher na decisão da maternidade e, de outro, o direito da criança é posto em *xequê* quanto ao conhecimento de sua ascendência genética, por exemplo. Tomando como base países em que é aplicado essa alternativa, tem-se o parto anônimo como uma modernização de uma prática muito utilizada antigamente, com a denominação de “Roda dos Expostos”. No Brasil, foram propostos três projetos de lei para a implementação do parto anônimo, entretanto, tiveram seguimento negado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Para tanto, no presente estudo foram utilizados os métodos de procedimento hipotético-dedutivo e o de abordagem histórica, embasado em revisão bibliográfica e documental, tendo como marco teórico os diversos direitos que guarnecem a legalização dessa alternativa no país.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Abandono de criança. 2. Sigilo. 3. Parto. 4. Anônimo. 5. Maternidade.

42. Graduanda do 9º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). E-mail: larissa-smo@hotmail.com.

43. Advogada, contadora e jornalista. Pós-graduada em Metodologia do Ensino Superior. Mestre em Estudos de Linguagem/UFMS. Doutoranda em Humanidades, Direitos e outras Legitimidades/USP. Membro da Academia Feminina de Letras e Artes de Mato Grosso do Sul. Docente da Universidade Católica Dom Bosco. E-mail: casadei.mjp@gmail.com

44. Graduado em Filosofia. Mestre em Educação pela UFMS. Doutor em Educação pela UNESP Campus de Marília/SP. Professor pesquisador e orientador nos programas de pós-graduação stricto sensu e lato sensu da Universidade Católica Dom Bosco e Professor no Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco; Pesquisador e orientador no PIBIC/UCDB/CNPQ. E-mail: jmanfroi@terra.com.br.

I INTRODUÇÃO

O aborto e o abandono de recém-nascidos e crianças sempre foi um fato presente em todas as épocas, apresentando as mais variadas causas. No Brasil, a imprensa noticia de forma recorrente o abandono de bebês às margens de rios, banheiros públicos, latas de lixos, dentre outros lugares degradantes. Com a clandestinidade e o abandono, a vida dessas crianças é posta em risco, sendo, muitas vezes, condenadas à morte.

O parto anônimo, segundo seus defensores, mostra-se como possibilidade de diminuição dos casos de abandono, aborto ou infanticídio de crianças indesejadas por seus genitores. Pode ser definido como o direito da mulher, sem se identificar, dar à luz e/ou entregar o bebê para adoção no próprio hospital. Esse fato poderia ocorrer tanto antes do nascimento – a mulher compareceria ao hospital declarando interesse em realizar o pré-natal e o parto de forma anônima -, quanto após o nascimento, em que ela deixaria o filho em portinholas destinadas a este fim, nos hospitais.

Se legalizado o parto anônimo, as gestantes teriam acompanhamento psicossocial e ginecológico diferenciado nos hospitais, com garantia de sigilo e explicações das consequências jurídicas e sociais de seu ato, bem como da importância de que seus filhos tenham conhecimento das próprias origens.

Diante disso, o parto anônimo é a possibilidade de uma mulher entregar seu filho, permanecendo no anonimato, sem se sujeitar à imputação civil ou penal. Essa mulher poderá fazer todos os cuidados médicos em total sigilo. Isso implica na proteção da genitora e da criança nos casos de gravidez indesejada, conferindo à mulher o direito de decidir sobre a maternidade.

A possibilidade de utilização do parto anônimo como meio de redução de abandonos não é inovadora. Nos tempos antigos, essa alternativa já foi bastante utilizada, com a intitulação de “roda dos expostos” ou “roda dos enjeitados”.

Hodiernamente, países como França, Bélgica, Áustria, parte dos Estados Unidos, Itália, Luxemburgo, Índia, República Tcheca, Hungria e África do Sul são exemplos de nações que possuem o parto anônimo tipificado, cada um da forma que foi considerada mais usual. No Brasil,

foram propostos projetos de lei nesse sentido, objetivando diminuir o número crescente e assustador de abandonos de recém-nascidos.

Tais projetos de lei garantem à toda mulher, “independente de classe, raça, etnia, idade e religião”, condições para realizar no Sistema Único de Saúde (SUS) os exames pré-natal e o próprio parto sem serem identificadas. Asseguram também que, após a alta médica, possam deixar o bebê na maternidade em que nasceu para ser encaminhado à adoção, eximindo totalmente a genitora da responsabilidade civil ou criminal. Além disso, é garantido um prazo após o parto para que, tanto as mães quanto os parentes biológicos reivindiquem a guarda da criança.

Entretanto, analisando-se o contexto do parto anônimo, verifica-se que determinados direitos das mulheres e das crianças serão postos em *xeque*, visto que, ao mesmo tempo em que o direito da mulher será resguardado no momento da descriminalização da conduta do abandono, a dignidade da pessoa humana da criança fica prejudicada. Todos esses direitos serão abordados e analisados a seguir.

2 PARTO ANÔNIMO

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, através da ferramenta batizada de *popclock* (reloginho de população), há uma projeção de que a cada 20 segundos, nasce um brasileiro. Diante disso, considerando tal projeção, ocorrem 4.320 nascimentos por dia no país e 129.600 por mês.

Considerando que essa temática aborda as gravidezes indesejadas e suas consequências, verifica-se que, desses nascimentos, há um número espantoso de mulheres que declaram não terem planejado a gravidez. Um estudo realizado pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), intitulado “Nascer no Brasil: Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento”, entrevistou no total 23.894 mulheres, incluindo 266 hospitais localizados em 191 municípios, contemplando as capitais e cidades do interior de todos os estados do país, entre fevereiro de 2011 e outubro de 2012. A pesquisa demonstrou que aproximadamente 30% das mulheres entrevistadas não desejaram a gestação atual, 9% ficaram insatisfeitas com a gravidez e 2,3% relataram ter tentado interromper a gestação.

Atualmente, há um alarmante número de recém-nascidos abandonados em locais inóspitos, colocando em risco a vida da criança. Conforme o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no momento presente, cerca de 47.980 crianças estão em acolhimento institucional no país, sendo a maioria do sexo masculino. Ao contextualizar as mazelas sociais da realidade brasileira, identifica-se que a negligência familiar assume a maioria das causas nos casos de crianças entregues ao Conselho Tutelar.

A seguir será demonstrado que o parto anônimo possui origens remotas, gerando a percepção de que ainda no século XXI, o Brasil possui a mazela social do abandono de recém-nascidos e crianças presente no período colonial, sendo que após, foi abordada toda a conjectura social acerca desse abandono trágico. Por fim, foi apresentado como funciona o instituto do parto anônimo no âmbito internacional.

2.1 Contexto histórico

A denominação “parto anônimo” é contemporânea, mas a entrega do recém-nascido é antiga. Sua origem está na prática ancestral das denominadas “Roda dos Expostos” ou “Roda dos Enjeitados”. O nome “roda” deu-se pelas características de como era realizada a entrega: “um toque na campainha ou um badalar de sino era o sinal dado de que na roda havia uma criança e quem a colocou não queria ser identificada” (ALBUQUERQUE, 2010, p. 73). Foi desenvolvida durante a Idade Média, por volta do ano de 1189.

Em Roma (MARCÍLIO, 1998, p. 53), por intermédio do Papa Inocêncio III, que, inconformado com as inúmeras mortes de recém-nascidos, os quais eram jogados no Rio Tibre, ordenou que se estabelecesse um “mecanismo onde crianças enjeitadas pudessem ser deixadas ao invés de serem assassinadas”, permitindo que esse sistema fosse adotado nos territórios da Igreja. Na época, os hospitais chegaram a receber cerca de 3.000 bebês abandonados por ano.

A roda consistia em uma estrutura mecânica formada por uma portinhola giratória fechada por um dos lados e fixada nas paredes ou muros dos conventos. O bebê era depositado na portinhola e a pessoa a girava, para que a criança fosse retirada do outro lado. Isso ocorria a fim de que a mãe, ao abandonar o filho, não tivesse sua identidade revelada.

Logo em seguida, o depositante, de forma totalmente anônima, soava o sino, para que os responsáveis da instituição tomassem conhecimento da chegada do bebê, e fossem exercidas as devidas providências. A criança, quando recebida pela instituição, era criada por uma amaduleite até aproximadamente os três anos de idade, ficando, a partir disso, sob responsabilidade de particulares que se propunham a sustentá-las e ensiná-las algum ofício.

No Brasil, as primeiras referências aos expostos deu-se no período colonial, momento em que D. João VI autorizou a implantação da primeira Roda dos Expostos em Salvador, no ano de 1726, nas Santas Casas de Misericórdia. A ação existiu em sete cidades brasileiras, sendo que a do Rio de Janeiro foi instituída em 1738, a de Recife em 1789 e a de São Paulo em 1825, já no começo do Império. As rodas permaneceram em atividade até o ano de 1950, sendo o último país do mundo a extingui-las.

A prática entrou em desuso porque, apesar de receber os expostos, as Santas Casas de Misericórdia não lhes ofereciam condições de vida digna, não tendo assistência material nem condições sanitárias adequadas para receber o crescente número de enjeitados. Nesses mais de 200 anos em que vigorou a Roda dos Expostos no Brasil, estima-se que 5.700 crianças tenham sido abandonadas (LEVY, 2010).

Esse método, por muitos anos, foi uma forma de fuga para as mulheres grávidas e solteiras da época. Doando seu filho para a instituição, ele seria adotado sem que sua identidade fosse revelada, tendo sua imagem preservada da discriminação e segregação social.

Consubstancia-se que tal relação histórica que o instituto do parto anônimo possui com a “Roda dos Expostos”, em nada mais se assemelha, pois caso implementado no Brasil, a gestante não estará desamparada e, apesar de sua identidade ser mantida em sigilo, poderá ser revelada a qualquer tempo se este for o interesse da pessoa havida do parto anônimo, mediante autorização judicial, como será abordado em tópico subsequente.

2.2 Análise social do abandono de recém-nascidos e crianças

Considerando que o Brasil possui dimensões continentais, com diversas culturas, observa-se que há muitos problemas sociais, sendo o

abandono de recém-nascidos e crianças um deles.

Como já abordado, na época da Roda dos Expostos, esse método era muito utilizado como uma alternativa pelas mulheres que não queriam assumir a responsabilidade legal sobre seu filho, por serem mães solteiras. Esse quadro de discriminação social contra a mulher foi se modificando ao longo dos anos com a implementação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e a Constituição Federal em 1988, que passaram a prever a igualdade de direitos entre homens e mulheres, destacando a dignidade humana.

Apesar dos avanços, atualmente, dependendo da região do país, do grau de instrução ou da situação econômica que enfrente, a mulher vive realidades diferentes. Além disso, sua figura como mãe ainda é muito significativa e a discriminação com as mulheres que abandonam seus filhos ainda persiste. Fabíola Santos Albuquerque (2008, p. 146-147) explica que vários são os motivos que levam uma mãe a abandonar seu filho. Sob uma perspectiva, pode significar falta de amor materno, porém, de outro lado, pode significar exatamente o contrário. Muitas vezes, a conduta da mãe foi dirigida por dificuldades de enfrentar as adversidades sociais e econômicas da vida. E, para a autora, é muito menos doloroso para a criança futuramente saber que foi entregue em um local seguro do que abandonado à própria sorte.

As razões mais comuns de abandono de crianças na sociedade brasileira, são questões financeiras e contexto social da localidade em que ocorre o abandono. Registra-se também como uma das principais causas, o abandono de recém-nascidos filhos de mulheres dependentes químicas, que vivem em situação de extrema pobreza. Na abordagem em questão, pauta-se o abandono sob a ótica da rejeição da criança em local degradante, agravado pela falta de respeito à criança, que também é sujeito de direitos.

Políticas públicas visando a divulgação de informação no que tange à sexualidade e à reprodução humana são quase que inexistentes.

A educação sexual, quando implementada pelo Estado, figura como política pública preventiva à gravidez indesejada. Porém, diante das falhas no sistema de planejamento familiar, busca-se do Estado o oferecimento de alternativas para que a liberdade dos genitores e a vida da criança sejam igualmente preservadas. É aí que o parto anônimo entra em cena, se mostrando como uma possibilidade de redução no

número de abandonos trágicos de recém-nascidos e crianças advindas de gravidezes indesejadas.

Adianta-se que os defensores desse instituto enfatizam que a implementação do parto em anonimato não seria uma solução definitiva para o problema social do abandono de recém-nascidos, visto que este fator está inteiramente relacionado à implementação de políticas públicas. Já os contrários a esta prática aduzem, que a entrega de bebês, pelos pais, para adoção, já é possível no ordenamento pátrio, sem responsabilização civil e penal, ressaltando que deveria ser mais explanada na sociedade essa possibilidade já prevista.

2.3 Parto anônimo no mundo

Países como Bélgica, Áustria, Luxemburgo, Itália, França, Holanda e alguns estados dos Estados Unidos possuem tipificação para o parto em anonimato. A Alemanha e o Japão não possuem o instituto de forma oficial, mas adotam práticas semelhantes.

Na França, foi institucionalizado em 1993, visando diminuir o índice de tráfico de crianças para a adoção internacional e é conhecido como *accouchement sous x* ou *parto bajo equis*, referindo-se à certidão de nascimento da criança advinda do parto em anonimato, em que constará um X no lugar do nome da mãe da criança (ARPEN, 2010).

A constitucionalidade da prática do parto anônimo na França foi ratificada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que confirmou a legalidade do instituto. A mulher que decide por praticar esse instituto, pode atribuir à criança um nome provisório e, em sua maioria, a criança tem a possibilidade de legalmente, ter acesso às informações deixadas por seus pais.

A Alemanha, mesmo não possuindo a regulamentação, adota o chamado *babyklappe* (portinhola para bebês), uma espécie de incubadora que interliga o interior e o exterior do hospital, desde 1999 (GOZZO, 2006, p. 130). Foi adotada após um recém-nascido ter sido encontrado morto em um depósito de lixo e atualmente existem cerca de 30 portinholas no país.

Nos Estados Unidos, “desde 1999 até hoje, mais de trinta e cinco estados promulgaram leis que permitiram a legalização dos assim chamados *self-havens*, lugares seguros onde bebês poderiam ser entregues”

(PRATA, 2008, p. 102). Na Itália, este instituto vigora desde 1997.

Por sua vez, o Japão, seguindo o exemplo da Alemanha, divulgou em 2007, uma proposta de construção de “incubadoras” aquecidas em hospitais para receber anonimamente os bebês.

Nesses países, a mãe deve autorizar que o filho seja adotado, renunciando ao poder familiar, sem possibilidade de arrependimento. Essa autorização deve ser feita em certo período após o parto, sendo que na Bélgica, Alemanha e França, o prazo é de 02 meses, na Grã Bretanha é de 06 semanas e na Áustria é de 08 semanas. Considera-se que esse período é importante pois entende-se que a mãe já terá se recuperado do estado puerperal, podendo tomar decisão tão importante.

3 PROJETOS DE LEI DO PARTO ANÔNIMO

Foram apresentados à Câmara dos Deputados três projetos de lei visando a implementação do parto anônimo no país, na tentativa de solucionar o abandono materno, buscando proteger a criança e assegurar o direito ao não exercício da maternidade, de forma a manter a identidade da gestante em sigilo, tornando mais célere os atuais trâmites legais e processuais da entrega voluntária da criança para adoção.

O Projeto de Lei n. 2.747/2008, desenvolvido pelo Deputado Eduardo Valverde dispõe sobre o parto anônimo com o fim de criar mecanismos para coibir e prevenir o abandono materno de crianças recém-nascidas.

Autoriza qualquer mulher, independente de raça, etnia, idade ou religião, a realizar, em sigilo, o acompanhamento pré-natal e o parto em todas as unidades do Sistema Único de Saúde, podendo ser reveladas as informações referente às origens biológicas do nascente somente por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho. Parentes biológicos do recém-nascido poderão reivindicar a criança em até oito semanas. Além disso, dispõe que a mulher que se submeter ao parto anônimo terá a possibilidade de informar sobre sua saúde ou a do pai, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento.

Apenso a esse projeto, o Projeto de Lei n. 2.834/2008 foi apresentado pelo Deputado Carlos Bezerra, com o objetivo de tipificar o instituto no Brasil, alterando o artigo 1.638 do Código Civil Brasileiro,

que passaria a prever o parto anônimo como mais uma possibilidade judicial de suspensão ou extinção do poder familiar no inciso V e parágrafo único.

Por último, foi tentado ainda outro apenso ao projeto inicial, o Projeto de Lei n. 3.220/2008, pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, também com o propósito de concretizar a prática do parto anônima no país.

Mencionado projeto diferencia-se dos anteriores ao prever que a criança seria encaminhada para a adoção 10 dias após seu nascimento, sendo que se após 30 dias não houver sido adotada, será cadastrada no Cadastro Nacional de Adoção (CNA); prevê a possibilidade da mulher escolher o nome que gostaria que fosse dado à criança, bem como a revelação dos dados que eventualmente a mulher deixar arquivado em sigilo somente serão manifestados mediante pedido do nascido de parto anônimo e por ordem judicial.

O procedimento do parto anônimo ocorreria da seguinte forma: iniciaria com a manifestação de vontade da genitora em não ficar com o menor. Neste momento, seria explicado a ela o procedimento de adoção já previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (parágrafo único do artigo 13), bem como seria orientada por um psicólogo e um assistente social sobre as consequências de seu ato. Será questionada a respeito de seu estado de saúde e do outro genitor, o vínculo existente entre eles, o histórico familiar de doenças congênitas ou hereditárias, as circunstâncias da concepção, endereço, além de outros motivos que ensejaram tal escolha.

Esses dados serão enviados para a Vara da Infância e Juventude e ficarão mantidos em sigilo, podendo ser divulgados somente mediante autorização judicial. Quando a criança receber alta, será habilitada na fila do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e se, dentro de trinta dias não for encontrada família interessada, será encaminhada para abrigo institucional ou familiar, recebendo registro civil provisório de nascimento, constando apenas um prenome.

Apesar de tais projetos sofrerem duras críticas, contribuem para a reflexão de uma alternativa para as situações de abandono, considerando que a criminalização do aborto e o processo de adoção não são suficientes para dirimir o abandono nos dias atuais.

O objetivo dos projetos foi de que o parto anônimo, nesses moldes,

não visa “legalizar” o abandono, mas equalizar interesses contrapostos, quais sejam, o de garantir que uma criança indesejada pela mãe não seja vítima de aborto, abandono ou infanticídio, bem como que a mãe tenha liberdade para assumir ou não a maternidade. Além disso, focam no respeito à vida digna e ao direito de liberdade da genitora não ser mãe.

Os projetos, entretanto, receberam, por unanimidade, o pedido de seguimento negado, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da Câmara dos Deputados.

4 EFEITOS JURÍDICOS DO PARTO ANÔNIMO

O instituto em estudo é controverso. Os defensores de sua legalização e regulamentação apostam na redução dos abandonos selvagens de recém-nascidos, do número de abortos clandestinos e na desburocratização da entrega voluntária da criança para adoção. Por outro lado, o parto anônimo angaria duras críticas ante a colisão entre o direito ao anonimato da mulher gestante e o direito da criança ao conhecimento de sua ascendência genética.

Na legislação brasileira, o contexto do parto anônimo possui previsão na Constituição Federal, nos seguintes artigos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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.

Tem-se que, com a regulamentação jurídica do parto anônimo, os direitos à liberdade e à vida, a dignidade humana e a proteção especial à criança seriam resguardados.

Ademais, o importante Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 7º dispõe que devem ser efetivadas políticas públicas para que seja assegurado o nascimento e desenvolvimento sadio e condições dignas de existência, *in verbis*: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

O direito à vida pode ser visto como o mais fundamental de todos os direitos, além de ser pré-requisito para a existência e exercício de todos os demais. A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado democrático de direito e pode ser afigurada como o direito que tem todo ser humano de não ser prejudicado em sua existência, vida, corpo ou saúde. E à mulher é assegurado o direito à liberdade, o qual tacitamente aborda o respeito à autonomia dos seres humanos. Isso demonstra a complexidade do tema em questão, pois atinge direitos tão importantes para os cidadãos brasileiros.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, inseriu no ordenamento jurídico o princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente, diante do fato de que a criança é um ser hipossuficiente, dependente de seus representantes legais.

Com relação ao conhecimento da origem genética, é necessário considerar sua relevância, uma vez que constitui direito da personalidade, que define o ser humano e o contextualiza como único. Preconiza o *caput* do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”.

Denota-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que aos pais pertence o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (artigo 22), sendo que se romperem com essas responsabilidades, a eles poderão ser atribuídas as medidas pertinentes aos pais ou responsáveis previstas no artigo 129 do mencionado estatuto.

A legislação penal aborda o abandono de menores nos artigos 133, 134 e 243, do Código Penal, considerando que a prática delituosa de

abandonar pondera a omissão de assistência, o desamparo, bem como a ação de transportar a criança ou o recém-nascido para outro local e abandoná-lo. Registra-se que tal conduta possui qualificadoras quando resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte. Vejamos:

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 243 - Deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho próprio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

O artigo 133 do Código Penal demonstra que o conceito de incapacidade aplica-se a qualquer classe de pessoas impossibilitadas de se defender de riscos inerentes à sua condição pessoal. Já o artigo 134 do mesmo *códex* é parecido com o crime de abandono de incapaz, entretanto é uma forma privilegiada deste, pois o agente, que é qualquer dos genitores, tem um motivo de relevante valor moral, qual seja, o de encobrir desonra própria.

As principais críticas quanto a aplicação do parto anônimo norteia como desnecessidade legislativa, diante das normas já existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao procedimento da adoção.

Segundo Fonseca (2008), o parto anônimo não se trata de uma inovação, pois no Brasil já é permitido à mulher entregar seu filho ao Estado, para adoção. Na visão da autora, “de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança adotiva é registrada no nome de seus pais adotivos, sem nenhuma menção do *status* adotivo, o registro original é cancelado e arquivado pela autoridade judiciária. É só com autorização do juizado, mediante farta justificação, que é permitida a consulta a essa documentação”.

Já Fernanda Molinari (2010) atribui o parto anônimo como “retrocesso quanto aos direitos instituídos no ordenamento jurídico brasileiro”. Para ela, “os projetos que visam instituir o parto anônimo garantem

à mulher os mesmos direitos já assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Ademais, no ano de 2008, a Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude (ABMP) emitiu manifestação intitulada “Não ao parto anônimo. Sim à proteção e garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes”, apresentando duras críticas ao parto anônimo, sob a argumentação de que:

[...] a instituição do parto anônimo ofende o direito à identidade enquanto atributo da dignidade de todo ser humano e não contribui em nada para a prevenção de episódios extremos ou cruéis de abandono de recém-nascidos, além de gerar graves retrocessos; por outro lado, o eventual sofrimento psicológico ou moral de mulheres que não desejam ou não se consideram capazes, por qualquer motivo, de manterem consigo os filhos que geram, poderá ser minimizado através da informação, orientação e defesa de seus direitos, inclusive sociais [...].

Corroborando ao argumento de que a regulamentação jurídica do parto anônimo seria desnecessária, aborda-se a Lei de Adoção (Lei n. 12.010/2009) que, ao incluir o § 5.º no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, garante o auxílio necessário às gestantes que desejam dar o filho para a adoção, rompendo qualquer vínculo e com garantia de sigilo total quanto à sua identidade.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) rigorosamente defende a tipificação do parto anônimo no país. Alega que esse instituto concede à mulher a devida assistência de forma anônima e gratuita, com todas as condições imprescindíveis e acompanhamento psicológico durante a gravidez e posteriormente ao parto, com a entrega do filho para adoção, garantindo o direito à vida e à integridade da criança.

No que tange ao direito à identidade da criança, argumentos favoráveis ao parto anônimo comparam com os casos de inseminação artificial, em que os doadores de gameta não registram sua identidade, resguardando o direito ao anonimato. A inseminação artificial é aceita pela sociedade e possui respaldo em legislação, devendo ser aplicada ao parto anônimo no mesmo sentido quanto à limitação do direito à identidade da criança.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) alega que

esse direito não será violado, visto que no parto anônimo, a mãe deverá fornecer e prestar informações sobre sua saúde e a do genitor, sobre as origens da criança e as circunstâncias de seu nascimento, informações essas que serão sigilosas (artigo 6º do Projeto de Lei n. 3.220/2008). Essas informações poderão ser acessadas, ou seja, será quebrado o sigilo, somente mediante ordem judicial ou em caso de doença genética do filho.

Considerando os argumentos favoráveis e contrários ao parto anônimo, qualquer que seja o posicionamento da sociedade, é inegável que a discussão sobre essa temática faz com que haja um enfoque para o grave problema social do abandono trágico crescente em nosso país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho apresentou um breve estudo sobre o instituto do parto anônimo, demonstrando seus objetivos e críticas. Expôs que atualmente no Brasil, ainda ocorrem problemas sociais datados do período colonial com relação ao abandono de recém-nascidos e crianças.

Para minimizar essa mazela social, durante o período colonial foi adotado o sistema da Roda dos Expostos ou Roda dos Enjeitados, atualmente extinta e, com idêntica finalidade, porém com uma denominação mais contemporânea, apresentou-se o instituto do parto anônimo.

Em 2008, foram apresentados três projetos de lei visando a regulamentação jurídica do parto anônimo no país, entretanto tiveram seguimento negado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O parto anônimo pode ser considerado como uma forma de inserção de criança recém-nascida em família substituta. Por seu intermédio, a gestante entrega o filho que não quer consigo ao Estado. Entretanto, ocorre duplicidade de interesses protegidos. Os defensores do parto anônimo entendem que o melhor interesse da criança será preservado. Já os contrários à aplicação dessa alternativa, aduzem que na verdade os interesses da mãe estariam sendo privilegiados em detrimento dos da criança, visto que haveria violação ao direito da criança em conhecer sua identidade genética; se não for adotada, teria seus direitos da personalidade segregados, e; há outros mecanismos para entrega da criança pela mãe, que deveriam ser melhor utilizados. Considerando esses fa-

tores, somando com a incerteza de adoção imediata da criança, não há garantias de que o parto anônimo funcionasse no país.

Importante esclarecer que o parto anônimo não se confunde com a adoção. A adoção caracteriza-se como um procedimento rigoroso e formal, pois requer uma série de exigências, quais sejam: a genitora tem sua maternidade reconhecida; é confeccionado o registro de nascimento do menor contendo seu nome; ao suposto pai é enviada citação para que se manifeste concordando ou recusando; na sentença de adoção ocorre a destituição de ambos do poder familiar, para que só então o menor seja adotado e registrado em nome dos adotantes.

Diante disso, consubstancia-se que a solução efetiva acerca do abandono de recém-nascidos atualmente no Brasil está relacionado com a implementação de políticas públicas e o investimento nas leis já existentes, tornando-as mais eficazes. Entretanto, sua implementação minimizaria a forma trágica com que esse abandono acontece, pois afastaria a clandestinidade da renúncia dessas crianças. Essas questões demonstram o quanto esse assunto é complexo e polêmico, sendo que, ao longo dos anos, a discussão se perpetua nos países mais desenvolvidos sem que se encontre uma solução que possa realmente pôr fim a esse problema.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo à luz dos princípios constitucionais. **Leituras Complementares de Direito Civil – Direitos das Famílias**. Em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade. Bahia: Editora Jus Podium, 2010.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou Retrocessos? *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.1, dez./jan. 2008.

ARPEN PESQUISA. **Parto Anônimo no mundo**. 2010. Disponível em: <<http://www.arpenbrasil.org.br>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Projeto de Lei n. 2.747/2008. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=537107&filename=PL+2747/2008. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 2.834/2008. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=538683&filename=PL+2834/2008. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 3.220/2008. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=552449&filename=PL+3220/2008. Acesso em: 25 jun. 2019.

CADASTRO NACIONAL DE CRIANÇAS ACOLHIDAS. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnca/publico>. Acesso em: 24 jun. 2019.

_____. Decreto-Lei n. 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz. Pesquisa Nascer no Brasil – Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/nascerweb.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

FONSECA, Cláudia. Abandono, Adoção e anonimato: questões de moralidade materna suscitadas pelas propostas legais de parto anônimo. *Revista Latino-americana*. ISSN 1987-6487/n. 1, 2009, p. 30-62. Disponível em: [www.sexualidadsalusosociedad.com](http://www.sexualidadasalusosociedad.com). Acesso em: 26 jun. 2019.

FREITAS, Douglas Phillips. Parto Anônimo, aborto e questões bioéticas. Palestra proferida no VI Congresso Catarinense de Direito de Família, de 28 a 30 de agosto de 2008a. Florianópolis.

GOZZO, Débora. “Nascimento anônimo”: em defesa do direito fundamental à vida. In: **Revista Mestrado em Direito**. Ano 6, n. 2, Osasco: Edifício, 2006.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm_source=portal&utm_medium=popclock&utm_campaign=novo_popclock. Acesso em: 24 jun. 2019.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **A Roda dos Expostos e a Criança Abandonada no Brasil**. (NEPS – BOLETIM INFORMATIVO). Disponível em: <<http://www.neps.ics.uminho.pt/boletins/Boletim16.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

MOLINARI, Fernanda. Parto Anônimo: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

PRATA, Henrique Moraes. Aspectos jurídicos da portinhola de bebês e do parto anônimo na Alemanha com especial consideração da tradição francesa do accouchement sous X e do julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Odièvre. In: **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Síntese, n. 03, abr.-maio 2008.



NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Mateus kruký Guevara⁴⁵

Rosana Cristina Kruký Guevara⁴⁶

RESUMO: O artigo discorre sobre negócio processual, cujo sustentáculo fático refere-se ao sujeito o poder de preferir a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. A constitucionalização do direito, o fortalecimento de que princípio é norma, a adoção da técnica legislativa de uso de termos indeterminados e de cláusulas gerais contribuíram com a linguagem e argumentação na metodologia do direito, consolidando o fortalecimento do debate para a construção da regra adequada à solução da controvérsia. Essas mudanças legislativas desenvolvem a teoria dos negócios processuais, que impulsionam estudos dos negócios jurídicos processuais no Brasil. Objetivando dirimir dúvidas, além de apresentar a existência das opiniões contrárias e favoráveis aos negócios jurídicos processuais, defende-se que a valorização do consenso e a resolução de conflitos propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. A aceitação da existência de negócios jurídicos processuais, destacando a sua celebração criam-se braços do princípio democrático no bojo do processo, porque temos presente o princípio da autonomia de vontade, portanto, não pode ser simplesmente desconsiderado ou esquecido, pois o contrato ainda existe para que as pessoas possam satisfazer os seus próprios interesses, devendo ser mantido o poder conferido aos contratantes, de estabelecer o vínculo obrigacional de acordo com suas necessidades. Ademais, continua sendo imprescindível a observância das regras livremente estabelecidas pelas partes no contrato, sob pena de se instaurar a insegurança nas relações jurídicas. Por fim, o negócio jurídico relaciona com a autonomia da vontade e com a escolha na estruturação do conteúdo da relação jurídica. Pode se dizer,

45. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) em Campo Grande/MS em 2018. Pós graduando em Direito Público na UNIGRAN. Pós graduando em Ciências Criminais na Faculdade Inspirar.

46. Bacharel em Direito pela Universidade Uniderp, em Campo Grande/MS em 2018.

ainda, que consiste em uma declaração de vontade com o fim de produzir efeitos jurídicos. Geralmente é definido como ato de autonomia privada e, por consequência, tem como característica a autodeterminação, autovinculação, autorregulação.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Negócio Processual; 2. Solução da controvérsia; 3. Democratização.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa bibliográfica discorre sobre negócio processual, que é o fato jurídico voluntário, que proporciona ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

Cunha (2015, p. 42) declara que o negócio jurídico é produto da autonomia privada ou da autorregulação de interesses, abrangendo liberdade de solenização, não impedindo que a legislação estabeleça o regime de determinados negócios. Nessa situação, tem-se um tipo previsto em lei, estando nela regulamentado. É o chamado o negócio jurídico típico, sendo desnecessário o empenho da(s) parte(s) na sua regulamentação, pois esta já está estabelecida em lei.

Indubitavelmente, há o fortalecimento da ideia de que princípio é norma, a autenticidade da técnica legislativa de uso de termos indeterminados e de cláusulas gerais contribuíram para importância da linguagem e da argumentação na metodologia do direito, consolidando a necessidade de se aumentar o debate para a construção da regra adequada à solução do conflito.

Silva (1977, p. 16) traz que o princípio da adequação, sempre agravado para elucidar a criação de procedimentos singulares pelo legislador, passou também a ser agravado para justificar a adaptação do procedimento pelo juiz no caso concreto.

Gadarjoni (2008, p. 48) argumenta “que não somente em casos específicos, mas também em qualquer caso, passou-se a admitir a adap-

tação do procedimento, em razão da construção de regras a partir do devido processo legal. Passou-se, assim, a entender que seria possível a flexibilização do procedimento pelo juiz, a fim de adequar o procedimento às peculiaridades do caso concreto. Ao lado disso, fortaleceu-se a imagem do Estado Democrático de Direito, que exige participação dos sujeitos que estão submetidos a decisões a serem tomadas sobre situações que lhes digam respeito.”

Observa-se que há uma relação muito próxima entre a ciência jurídica e a sociedade, porque uma e outra precisam adaptar-se a fim de garantir a eficiência frente ao caso concreto. O princípio da adequação não há de servir tão somente para suprir eventuais lacunas da lei, mas efetivamente moldar-se aos singulares casos que a realidade traz, ponderando todas as características e aspectos que permeiam esses fatos.

Cunha (2012, p. 349) opina que “a doutrina passou, então, a defender a co-participação dos sujeitos processuais – aí incluídas as partes – na construção da decisão que deva solucionar os casos submetidos ao crivo judicial. Daí se reconstruiu o conteúdo do princípio do contraditório, exigindo que o processo seja estruturado de forma dialética, com a marca de ser participativo. E isso porque a participação, própria do contraditório, é inerente regime democrático. O contraditório deve, enfim, instaurar um diálogo no processo entre o juiz e as partes.”

A opinião defendida por Cunha corrobora para alicerçar a ideia de que o Estado democrático não se satisfaz com atos imprevisíveis, intempestivos, de qualquer dos seus órgãos, principalmente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que aplica o princípio democrático inspirador da Constituição de 1988, cujos fundamentos são meios para aplicação das normas jurídicas.

Para Mitidiero (2009, p. 103), essa reorganização do contraditório fez com que a doutrina passasse aludir a efetividade do princípio da cooperação, que impõe ao juiz os deveres de diálogo com as partes, cabendo-lhe esclarecer, prevenir, auxiliar e consultar todas elas.

Não há dúvidas, pois, que o princípio mencionado por Mitidiero, transfigura o processo civil espelhado na sociedade, fomentando a comunicação clara e objetiva entre todos os sujeitos processuais, a fim de se alcançar a solução mais adequada e justa ao caso concreto.

Frente a essa nova situação, o processo, pode ser compreendido

como um canal de comunicação, desenvolvendo-se por meio de interlocução, pelo qual se contempla a reflexão a respeito de todos os aspectos de fato e de direito considerados preponderantes para a decisão da causa. Ao longo de todo o procedimento, deve haver um debate, voltando-se também para o juiz e para todos os agentes estatais envolvidos no processo. Há, na verdade, a cooperação das partes com o judiciário, bem como a cooperação do judiciário com as partes envolvidas.

Para Gouveia (2009, p. 172) “o excesso de publicismo no processo e o grande protagonismo do juiz fizeram com que aumentasse o número de partidários do garantismo processual, cujas ideias voltam-se à diminuição dos poderes do magistrado sobretudo no âmbito probatório, a fim de se ter mais imparcialidade. O garantismo aproxima-se um pouco do modelo liberal do processo, em que há um marcante passividade do juiz.”

Nesse ponto é interessante relevar que publicismo no processo é uma tendência que encontra respaldo para sua efetiva consumação, considerando que, atualmente, a figura do juiz não se limita a apenas anunciar o rigor da lei, mas anuncia a verdadeira interpretação do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva o juiz deixa de ser apenas um presenciador do desenvolvimento processual e passa a desempenhar o papel ativo da composição da decisão, priorizando, dessa forma sua força normativa.

Para Cunha (2015, p. 46), “há, ainda, a ideia de um modelo cooperativo de processo, que, em verdade, funciona como um modelo intermediário entre o modelo social ou publicista e o modelo garantista, onde o juiz mantém seus poderes, mas é preciso atender aos deveres de cooperação esclarecendo, prevenindo, auxiliando e consultando as partes. O modelo cooperativo diminui o protagonismo do juiz, mas também restringe sua passividade evitando o resgate da ideia liberal do processo como uma luta ou guerra entre as partes. O modelo cooperativo baseia-se na ideia de que o Estado deve propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, com vistas a atender à dignidade humana, caracterizando-se pelas posições coordenadas do indivíduo, da sociedade civil e do Estado.”

Didier Junior (2010, p. 28) defende que “com apoio na legislação portuguesa e considerando as semelhanças entre os ordenamentos, a doutrina passou a defender a existência de cooperação no sistema brasileiro.”

Para Cunha (2015, p. 46), “algumas mudanças legislativas reforçaram a ideia da cooperação. A Lei nº 11.051, de 2004, acrescentou o § 4º ao Art. 4º da Lei nº 6.830, de 1980, para prever que, decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, pode, de ofício, reconhecer, na execução fiscal, a prescrição intercorrente e decretá-la. O contraditório deve, nesse caso, ser instalado para se oportunizar à Fazenda Pública demonstrar a eventual existência de alguma causa suspensiva ou interruptiva da prescrição e, enfim, para que possa contribuir com o convencimento do magistrado, instaurando um diálogo entre parte e juiz.”

Cunha (2015, p. 47) disserta que “paralalamente a tudo isso, a arbitragem difundiu-se no Brasil. Em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.307, que passou a dispor sobre a arbitragem, conferindo maiores poderes ao árbitro. A este cabe decidir, de ofício ou a requerimento das partes, as questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão concedê-las. A sentença arbitral não precisa mais ser homologada, é irrecorrível e produz coisa julgada material, constituindo título executivo judicial. O Poder Judiciário não pode rever o mérito da sentença arbitral. O procedimento arbitral pode ser flexibilizado e regulado pelas convenções firmadas entre as partes.”

Para Cunha (2015, p. 47), “a partir do início de vigência da Lei nº 9.307, de 1996, a doutrina brasileira sobre arbitragem desenvolveu-se intensamente, prevalecendo o entendimento de que arbitragem ostenta natureza jurisdicional. É certo que o árbitro não tem poder de império, não podendo executar suas próprias sentenças. Essa circunstância, que, para alguns, afastaria a natureza jurisdicional da arbitragem, não lhe retira a condição de atividade jurisdicional. Para o entendimento majoritário, deve-se distinguir o poder jurisdicional do poder de império, por ser possível que alguém disponha de jurisdição, embora despido do *imperium*.”

Mazzei e Chagas (2014, p. 237) opinam que “essas mudanças legislativas impulsionaram a arbitragem no Brasil, sendo nítida a relação do tema com o desenvolvimento de uma teoria dos negócios processuais. A ideia da cooperação e das recíprocas influências entre partes e juiz também contribuíram para o desenvolvimento de uma teoria dos

negócios processuais. O procedimento pode, como visto, ser flexibilizado pelo juiz. Diante da necessidade de maior participação das partes e de um maior diálogo entre elas e o juiz, a flexibilização também pode ser feita por negócios processuais. Tudo isso fez crescer o interesse pelo estudo dos negócios jurídicos processuais no Brasil.”

O tema, como se vê, é pulsante na doutrina brasileira, despertando ainda muitas reflexões no meio jurídico, razão pela qual os estudos envolvendo o presente tema são valiosos para dirimir as dúvidas que ainda o permeiam. Principalmente, porque há, no novo Código, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador.

Aceitar a existência de negócios jurídicos processuais, destacando a sua celebração é criar braços do princípio democrático no bojo do processo.

Didier Junior (2015, p. 381) lista alguns exemplos de negócios processuais atípicos permitidos pelo Art. 190: acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar uma prova ilícita etc.

2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O novo CPC legitima um modelo cooperativo de processo, com valorização da vontade das partes e equilíbrio nas funções dos sujeitos processuais. Com efeito, nos termos do seu Art. 6º, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (CPC, Art. 7º), de modo a não proferir decisão contra uma parte sem que esta seja previamente ouvida, (CPC, Art. 9º).

Equivale então a afirmação de que o magistrado não tem o direito de não promover a oportunidade às partes, conforme o previsto no Art. 10. Portanto, o novo CPC reverencia a soberana vontade das partes, promovendo, desta forma, que elas ajustem sobre o processo, de modo mais perceptível do que no CPC/1973. O novo Código é redigido de forma a incentivar o desenlace da contenda por intermédio da melhor via a cada caso, não apontando o judiciário como necessariamente a melhor via para sanar os conflitos.

Cunha (2015, p. 49) reporta que “o novo Código trata a autocomposição, regulando a mediação e a conciliação (Arts. 165 a 175), introduzindo a tentativa de autocomposição como ato anterior à defesa do réu (Arts. 334 a 695), permitindo, no acordo judicial, a inclusão de matéria estranha ao objeto litigioso do processo (Art. 515, § 2º) e admitindo acordos sobre o processo (Art. 190). Há, enfim, um estímulo à autocomposição, destacando-se os §§ 2º e 3º do seu Art. 3º. A consagração do princípio da cooperação (Art. 6º) relaciona-se com o fenômeno da valorização da autonomia da vontade no processo. O Art. 190 prevê uma cláusula geral de negociação processual, permitindo a celebração de negócios processuais atípicos.”.

Inegavelmente, há, no novo Código, um prestígio do consenso e um zelo em criar na esfera do Judiciário a oportunidade não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso contempla a reestruturação e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura

que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador.

Didier Junior (2015, p. 380) defende que “há no novo CPC, o prestígio da autonomia da vontade das partes, cujo fundamento é a liberdade, um dos principais direitos fundamentais previstos no Art. 5º da Constituição Federal. O direito à liberdade contém o direito ao autorregramento, justificando o chamado princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. Há solidificada a previsão expressa no seu Art. 18, segundo o qual “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.” O dispositivo corresponde a redação do Art. 6º do CPC de 1973, que assim declara: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Com visível constatação houve apenas mudanças vocabulares a expressão lei foi substituída por ordenamento jurídico. A mudança vocabular, associada ao incrementada autonomia da vontade, possibilita concluir que é possível haver legitimação extraordinária negociada, ou seja, por um negócio jurídico, que constitui fonte integrante do ordenamento jurídico, é possível atribuir a alguém a legitimação para defender interesses de outrem em juízo.

O novo CPC brasileiro mantém vários dos negócios jurídicos e prevê outros novos, a saber: a) redução de prazos preempatórios; b) calendário processual; c) escolha consensual do perito; d) audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes; e) acordo de saneamento ou saneamento consensual; f) desistência de documento cuja falsidade foi arguida.

Nos termos do enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis admite-se negócios plurilaterais como pacto para realização de sustentação oral, pacto para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

Para Cunha (2014, p. 57), fundamentado no Art. 190 do novo CPC, “é possível defender a existência de intervenções de terceiros atípicas ou negociadas. As partes podem, à evidência, negociar regras processuais. Além de poderem ajustar o procedimento para as peculiaridades de sua causa, as partes podem negociar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Podem definir outros deveres e sanções, para além daqueles já previstos na legislação.

Nesse sentido, assim registra o enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As partes podem, no negócio processual bilateral, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção.”

Admite-se num negócio ou contrato celebrado antes mesmo de existir o processo, as partes já estabeleçam determinadas regras processuais a serem observadas, caso sobrevenha algum litígio e seja proposta demanda judicial a esse respeito. O negócio processual pode, por outro lado, ser celebrado no próprio processo, em qualquer etapa, seja no início, ou na audiência de saneamento ou, até mesmo, no âmbito recursal.

Conforme anotado no enunciado 19 Civis: “São admissíveis os seguintes negócios processuais bilaterais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo bilateral de ampliação de prazos das partes, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo do apelação, acordo para não promover execução provisória”.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Para Didier Jr. e Nogueira (2012, p. 59), “negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático refere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.”

Theodoro Junior (2015, p. 261) ensina que “a função primordial desse negócio processual não é a solução do conflito, mas sim regulamentar, nos moldes desejados pelas partes, o próprio método de solução, ou seja, o exercício da jurisdição, consistindo em convenção pactuada fora do processo, mas com eficácia endoprocessual.”

Cunha (2015, p. 42) declara que “o negócio jurídico é produto da autonomia privada ou da autorregulação de interesses, implicando liberdade de celebração e de estipulação. Isso não impede que a legislação fixe o regime de determinados negócios. Há, ainda, a ideia de um modelo cooperativo de processo, que, em verdade, funciona como um modelo intermediário entre o modelo social ou publicista e o modelo garantista. O juiz mantém seus poderes, mas atende aos deveres de co-

operação esclarecendo, prevenindo, auxiliando e consultando as partes. O modelo cooperativo diminui o protagonismo do juiz, mas também restringe sua passividade evitando o resgate da ideia liberal do processo como uma luta ou guerra entre as partes. O modelo cooperativo baseia-se na ideia de que o Estado deve propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, com vistas a atender à dignidade humana, caracterizando-se pelas posições coordenadas do indivíduo, da sociedade civil e do Estado.

Uma vez externada as manifestações de vontades, o contrato se concretiza, estabelecendo um vínculo obrigacional entre as partes, fazendo sobrepor o Princípio da Autonomia da Vontade (ou da autonomia privada, ou da liberdade contratual) que consiste basicamente na liberdade conferida às partes contratantes, de criarem relações jurídicas, de acordo com suas intenções e necessidades, desde que obedeçam às regras impostas pela lei. O princípio da autonomia da vontade envolve, além da liberdade de contratar ou não contratar, a liberdade das partes escolherem com quem querem contratar, a liberdade de criação do contrato, podendo as partes também fixarem o conteúdo do contrato, e seus interesses, sempre preservando o quanto permitido em lei. De um modo geral, podemos dizer que o princípio da autonomia da vontade parte do pressuposto de que os contratantes se encontram em pé de igualdade, portanto, são livres para aceitar ou rejeitar as cláusulas e termos do contrato. Assim, temos que o princípio da autonomia de vontades consiste na prerrogativa que os indivíduos possuem de criarem relações no ordenamento jurídico, desde que submetam suas pretensões às regras legais previamente estabelecidas, e que os fins almejados não colidam com o interesse coletivo.

Conforme Didier Junior (2010, p. 28), com apoio na legislação portuguesa e considerando as semelhanças entre os ordenamentos, a doutrina passou a defender a existência de cooperação no sistema brasileiro.

Para Cunha (2015, p. 46), algumas mudanças legislativas reforçaram a ideia da cooperação. A Lei nº 11.051, de 2004, acrescentou o § 4º ao Art. 4º da Lei nº 6.830, de 1980, para prever que, decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, pode, de ofício, reconhecer, na execução fiscal, a prescrição intercorrente e decretá-la. O contraditório deve, nesse caso, ser instalado para se opor-

tunizar à Fazenda Pública demonstrar a eventual existência de alguma causa suspensiva ou interruptiva da prescrição e, enfim, para que possa contribuir com o convencimento do magistrado, instaurando um diálogo entre parte e juiz.

Cunha (2015, p. 47) disserta que paralelamente a tudo isso, a arbitragem difundiu-se no Brasil. Em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.307, que passou a dispor sobre a arbitragem, conferindo maiores poderes ao árbitro. A este cabe decidir, de ofício ou a requerimento das partes, as questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão concedê-las. A sentença arbitral não precisa mais ser homologada, é irrecorrível e produz coisa julgada material, constituindo título executivo judicial. O Poder Judiciário não pode rever o mérito da sentença arbitral. O procedimento arbitral pode ser flexibilizado e regulado pelas convenções firmadas entre as partes.

Para Cunha (2015, p. 47), a partir do início de vigência da Lei nº 9.307, de 1996, a doutrina brasileira sobre arbitragem desenvolveu-se intensamente, prevalecendo o entendimento de que arbitragem ostenta natureza jurisdicional. É certo que o árbitro não tem poder de império, não podendo executar suas próprias sentenças. Essa circunstância, que, para alguns, afastaria a natureza jurisdicional da arbitragem, não lhe retira a condição de atividade jurisdicional. Para o entendimento majoritário, deve-se distinguir o poder jurisdicional do poder de império, por ser possível que alguém disponha de jurisdição, embora despido do *imperium*.

Para Mazzei e Chagas (2014, p. 237), essas mudanças legislativas impulsionaram a arbitragem no Brasil, sendo nítida a relação do tema com o desenvolvimento de uma teoria dos negócios processuais. A ideia da cooperação e das recíprocas influências entre partes e juiz também contribuíram para o desenvolvimento de uma teoria dos negócios processuais. O procedimento pode, como visto, ser flexibilizado pelo juiz. Diante da necessidade de maior participação das partes e de um maior diálogo entre elas e o juiz, a flexibilização também pode ser feita por negócios processuais. Tudo isso fez crescer o interesse pelo estudo dos negócios jurídicos processuais no Brasil.

Para Mello (2013) no negócio jurídico, existe a possibilidade de ele-

ger o regramento jurídico para uma determinada situação em questão.

O tema, como se vê, é pulsante na doutrina brasileira, despertando o estudo e da produção acadêmica.

3.1. Opiniões contrárias

Para Dinamarco (2009, p. 484), “não é possível considerar a existência de negócios jurídicos processuais, pois os efeitos dos atos processuais resultariam sempre da lei, e não da vontade. Os atos processuais das partes não teriam o efeito da livre autorregulação, que é própria dos negócios jurídicos, justamente porque os efeitos são impostos pela lei. De igual modo, os atos do juiz não teriam o efeito da livre autorregulação, já que ele não dispõe para si, nem pratica atos no processo com fundamento na autonomia da vontade, mas no poder estatal de que é investido. Negócio jurídico seria ato de autorregulação de interesses, firmado no princípio da autonomia da vontade; todo negócio jurídico pressupõe, para ele, que seus efeitos sejam, exata e precisamente, aqueles que as partes querem, o que não ocorre no processo, pois, a lei estabelece as consequências dos atos praticados no processo, sem conferir qualquer margem de intervenção às partes.”

Câmara (2014, p. 276) não reconhece que existem negócios jurídicos processuais, exatamente porque os atos de vontade praticados pelas partes produziram no processo apenas os efeitos ditados pela lei.

Mitidiero (2009, p. 15) também não reconhece que existem negócios jurídicos processuais, uma vez que todos os efeitos possíveis de ocorrência em virtude de atos dos sujeitos do processo já estão normatizados pela legislação.

Greco Filho (2009, p. 06) não faz alusão a existência de negócios jurídicos processuais, sinalizando que não os admite. Reporta-se apenas a fatos e atos jurídicos processuais, destacando que não são atos processuais os negócios jurídicos que, a despeito de poderem ter consequências no processo, não têm por finalidade a produção de efeitos processuais. Esses negócios jurídicos são, para o processo, meros fatos.

Santos (2009, p. 205) transparece não admitir a existência de negócios jurídicos processuais. Depois de discriminar, no plano do direito material, o fato jurídico do ato jurídico, bem como do negócio jurídico, destaca que, no âmbito processual, há fatos e atos jurídicos, não mencio-

nando os negócios jurídicos.

Hartmann (2014, p. 172) posiciona-se que “os fatos jurídicos *lato sensu* dividem-se em fatos jurídicos *stricto sensu* e atos jurídicos *lato sensu*. Estes últimos, por sua vez, dividem-se em: (a) atos jurídicos *stricto sensu*; (b) negócios jurídicos; e, (c) atos processuais. Ainda considera que ato jurídico *stricto sensu* é o que emana da vontade de apenas uma pessoa, caracterizando-se o negócio jurídico por decorrer da conjugação da manifestação de vontade de ambos os sujeitos que integrariam a relação jurídica. E quanto aos atos processuais, seriam simplesmente aqueles praticados no curso de um processo judicial e aptos a produzir direitos ou obrigações. Para ele, então, ato processual difere de negócio jurídico, dando a entender que não haveria negócios jurídicos processuais.”

Passos (2005, p. 70) também não admite os negócios processuais. Entende que, “em virtude do disposto no Art. 158 do CPC de 1973, poderia ser admitida a existência de negócio processual. Ocorre, porém, que as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, precisariam da intermediação do juiz: a desistência do recurso ou o acordo para a suspensão do processo seriam, por exemplo, negócios jurídicos apenas pela relevância que, em tais circunstâncias, seria dada à vontade das partes em produzir o resultado. Sem o pronunciamento integrativo do juiz, não produzem efeitos. Logo, não seriam negócios processuais, pois a eficácia no processo não seria produzida pelas próprias declarações das partes.”

Em suma, as opiniões contrárias à existência dos negócios processuais partem do pressuposto de que somente há negócio jurídico se os efeitos produzidos decorrerem direta e expressamente da vontade das partes, o que não ocorreria no processo, ou porque os efeitos decorrem da lei, ou porque seria necessária a intervenção judicial para que se produzam.

Para Cunha (2015, p. 36), as opiniões contrárias à existência do negócio jurídico processual consideram, na realidade, que a vontade não tem qualquer relevância na produção de efeitos pelo ato processual. Desse modo, o sentido juridicamente relevante do ato processual seria objetivo, sem qualquer ligação a elementos estranhos à declaração. Não é sem razão, aliás, que os autores que negam a existência de negócios jurídicos processuais valem-se do fundamento segundo o qual as situações

processuais não decorrem de vontade das partes ou de qualquer sujeito do processo, mas de expressas previsões normativas. A vontade das partes seria, então, irrelevante na determinação dos efeitos que os atos processuais produzem. Os efeitos dos atos processuais não seriam em outras palavras, moldáveis. A única disponibilidade que as partes teriam seria a opção de praticar ou não o ato previsto numa sequência predeterminada pelo legislador. Qualquer que fosse a opção da parte, os efeitos dos atos processuais já estariam tabelados.

Cunha (2015, p. 36) defende que há ainda forte estigma de separar o direito processual do direito material, bem como o de que haveria um protagonismo do juiz na condução processo. O processo compreenderia um concurso de atuações de sujeitos diferenciados: uns pedem; outros, munidos de poderes de autoridade, decidem. Isso denotaria que as partes encontrar-se-iam em posição de inferioridade, não havendo posição de igualdade entre o juiz e as partes. Esse pensamento formou o dogma da irrelevância da vontade no processo, pois não seria possível vincular o juiz à vontade de quem se encontra em posição de inferioridade, logo, seria irrelevante a vontade das partes no processo. O dogma da irrelevância da vontade no processo decorre, ainda, do estigma de separar o direito processual do direito material. Para que se confirmem efetividade e segurança jurídica ao processo, ser preciso haver a prevalência da forma em detrimento da vontade. O dogma da irrelevância da vontade no processo impediu que se construísse uma adequada teoria sobre os atos processuais, não havendo um tratamento satisfatório sobre a interpretação dos atos processuais, nem sobre os vícios de vontade nos atos processuais. Como a vontade seria irrelevante no processo, e considerando a ideia prevalecente de que a presença da vontade caracterizaria o negócio jurídico, conclusão seria a de não existirem negócios jurídicos processuais.

3.2. Opiniões favoráveis

Tucci (1977, p. 190) entende que há negócios jurídicos processuais em razão do disposto nesse Art. 158 do CPC. Os atos das partes podem criar, modificar e extinguir situações jurídicas, com efeitos imediatos, salvo a desistência da ação, cuja eficácia depende de homologação judicial. Elenca vários negócios processuais típicos e afirma que eles podem ser unilaterais e bilaterais, concluindo que a inércia do litigante

pode também gerar a efetuação de um negócio jurídico processual, a exemplo da anuência implícita do réu quanto à desistência da ação, manifestada depois de apresentada a contestação.

Para Pontes de Miranda (1973, p. 101), as declarações de vontade das partes, coincidentes por vezes, chamados acordos das partes, não são, de modo nenhum, negócios jurídicos bilaterais (contratos). São apenas declarações unilaterais de vontade ao juiz ou tribunal, ao Estado; tal como acontece quando o juiz abrevia ou prorroga prazos (Art. 181 e § 1º), ou o adverso assente em que o pleiteante altere o pedido ou a causa dele (Art. 264). Enfim, Pontes de Miranda entende que os atos processuais não são, em princípio, negócios jurídicos, mas reconhece os negócios jurídicos processuais sobre desistência da demanda ou de recurso, o de não usar rito especial ou de não empregar o procedimento executivo, o de só se admitir a prova documental, ou alguma outra, em determinados casos. A petição inicial contém elemento de comunicação de vontade, que é o desejo de solução à demanda, comunicação de conhecimento, que são as afirmações em juízo (aí, na petição inicial); mas o que prepondera é a declaração de vontade, com que se estabelece o ato jurídico de direito público entre o Estado e o autor, depois entre Estado e réu. É de se observar que, nessa passagem, ele afirma haver, na petição inicial, preponderância do elemento negocial (declaração de vontade), conquanto haja em seu conteúdo atos de jurídicos em sentido estrito comunicativo (comunicação de vontade) e enunciativo (comunicação de conhecimento).

Ao tratar dos atos das partes e de sua classificação, Santos (2009, p. 291) indica a existência de atos dispositivos, podendo ser unilaterais (quando a manifestação de vontade é de uma única parte, a exemplo da desistência da ação e da desistência do recurso), concordantes (consistentes em declaração de vontade de uma parte a que adere a parte contrária, mesmo por omissão, a exemplo da desistência da ação após a contestação ou da inércia do réu em não opor exceção de incompetência) ou contratuais (consistentes em declarações bilaterais expressas de vontade, a exemplo da eleição do foro e da transação). Entende que os atos dispositivos das partes são negócios processuais.

Moreira (1984, p. 87) admite a existência da: chamadas convenções processuais ou, como prefere, convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual. Lembrando que existem a eleição convencio-

nal de foro, a convenção de suspensão do processo, a que versa sobre distribuição do ônus da prova, o adiamento da audiência por convenção das partes e outras que menciona, adverte que a liberdade de convenção entre as partes está inserida no âmbito das normas processuais dispositivas. Destaca que nada impede que autor e réu comprometam-se, por exemplo, a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência. Entende, enfim, que a vontade das partes pode ordenar-se a influir no modo de ser do processo, no conteúdo da relação processual, concebendo-se também que as partes queiram criar a obrigação de assumir determinado comportamento, de praticar ou deixar de praticar certo ato processual, como não recorrer, desistir de recurso interposto, não executar a sentença, desistir da ação ou da execução etc.

Fux (2004, p. 433) também admite a existência de negócios jurídicos processuais, mas considera que são hipóteses excepcionais, presentes nos casos de disposição das partes quanto às regras processuais. Entende que as normas processuais são cogentes, mas há algumas poucas exceções que conferem poder dispositivo às partes, como nas hipóteses de suspensão do processo por convenção das partes, bem como no foro de eleição e na convenção sobre o ônus da prova.

Alvim (2002, p. 244) igualmente admite a existência dos negócios jurídicos processuais. Afirmar que alguns negócios são unilaterais, como a desistência do direito de inquirir uma testemunha e, outros, bilaterais, como a suspensão do processo por convenção das partes.

Marinoni e Arenhart (2014, p. 192), ao mencionarem a suspensão do processo por convenção das partes, afirmam que tal hipótese retrata um típico caso de negócio jurídico processual.

Para Greco (2008, p. 290) as partes, como destinatárias da prestação jurisdicional, praticarem as chamadas convenções processuais, assim entendidos todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo. Faz um alerta para os limites da autonomia das partes na autorregulação do processo, discorre sobre o momento da eficácia das convenções processuais, sobre sua revogabilidade e seu regime legal, tratando de alguns negócios típicos, além de relacionar vários outros.

Depois de ressaltar que o tema é polêmico e de destacar a opinião contrária, Lima (2013, p. 547) admite a existência de negócios jurídicos

processuais, apresentando como exemplos a opção pelo juízo arbitral, a convenção sobre o ônus da prova, a desistência do recurso, a renúncia ao direito de queixa, a suspensão convencional do processo, o oferecimento de perdão penal e sua aceitação pelo ofendido, bem como a desistência da ação. E conclui, afirmando Em todas as hipóteses aludidas, é certo que a lei processual interfere, traça limites, impõe condicionamentos: a desistência do recurso supõe expressos poderes conferidos ao advogado da parte desistente (RTJ 118/170); a suspensão convencional do processo não pode exceder a seis meses (Art. 265, § 2º, CPC); a renúncia ao direito de queixa em relação a um dos autores do crime necessariamente se estende a todos (Art. 49, CPP); o repúdio ao perdão há de dar expressamente, em três dias, importando em aceitação o silêncio da parte (Art. 58, CPP). Mas, é precisamente isso o que ocorre em relação aos negócios jurídicos não processuais: também eles sofrem contingenciamientos legais, sem que se cogite de negar, só por isso, a possibilidade de negócios jurídicos de direito material.

Segundo Braga (2010, p. 122), existem negócios jurídicos processuais, sendo admissível, até mesmo, a existência de negócios processuais atípicos, desde que não contrariem normas cogentes.

Lima (2013, p. 54) aceita a existência de negócios jurídicos processuais, destacando que a celebração deles consiste em criar braços do princípio democrático no bojo do processo.

Didier Jr. (2014) admite a existência de negócios jurídicos processuais.

Para Mello (2013, p. 200), há, no campo do direito público, além dos atos jurídicos em sentido estrito, os negócios jurídicos de direito administrativo, de direito constitucional, de direito internacional, de direito social e de direito processual.

3.3. Negócios jurídicos processuais típicos

Há, no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, vários negócios processuais típicos. Destacam-se, dentre outros, os seguintes: a) modificação do réu na nomeação à autoria (Arts. 65 e 66); b) sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (Art. 42, § 1º); c) acordo de eleição de foro (Art. 111); d) prorrogação da competência territorial por inércia do réu (Art. 114); e) desistência do recurso (Art. 158; Art. 500, III); f) convenções sobre prazos dilatatórios (Art. 181); g) conven-

ção para suspensão do processo (Arts. 265, II, e 792); h) desistência da ação (Art. 267, § 4º; Art. 158, parágrafo único); i) convenção de arbitragem (Art. 267, VII; Art. 301, IX); j) revogação da convenção de arbitragem (Art. 301, IX, e § 40); k) reconhecimento da procedência do pedido (Art. 269, II); l) transação judicial (Arts. 269, III, III e V, e 794, II); m) renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (Art. 269, V); n) convenção sobre a distribuição do ônus da prova (Art. parágrafo único); o) acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (Art. 392, parágrafo único); p) conciliação em audiência (Arts. 447 a 449); q) adiamento da audiência por convenção das partes (Art. 453, I); r) convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes (Art. 454, § 1º); s) liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (Art. 475-C, I); t) escolha do juízo da execução (Art. 475-P, parágrafo único); u) renúncia ao direito de recorrer (Art. 502); v) requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (Art. 565, parágrafo único); w) desistência da execução ou de medidas executivas (Art. 569); x) escolha do foro competente pela Fazenda Pública na execução fiscal (Art. 578, parágrafo único); y) opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (Art. 633); z) desistência da penhora pelo exequente (Art. 667, III); aa) administração de estabelecimento penhorado (Art. 677, § 2º); bb) dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (Art. 684, I); cc) opção do exequente pelo por substituir a arrematação pela alienação via internet (Art. 689-A); dd) opção do executado pelo pagamento parcelado (Art. 745-A); ee) acordo de pagamento amigável pelo insolvente (Art. 783); ff) escolha de depositário de bens sequestrados (Art. 824, I); gg) acordo de partilha (Art. 1.031).

Para Cunha (2015, p. 43), esses são todos negócios jurídicos processuais típicos, expressamente previstos e regulados no Código de Processo Civil brasileiro de 1973. A maioria é constituída de negócios comissivos, mas há omissões negociais, a exemplo das hipóteses d e j supra. A propositura da demanda em foro incompetente, aliada à inércia do réu em opor a exceção de incompetência, caracteriza um acordo tácito ou implícito de vontades. De igual modo, a propositura de demanda no juízo estatal, não obstante a convenção de arbitragem, aliada à inércia do réu em alegá-la, caracteriza uma convenção implícita. São, portanto, omissões negociais ou negócios omissivos.

Os negócios processuais típicos podem ser unilaterais, bilaterais

ou plurilaterais. A modificação do réu na nomeação à autoria (Arts. 65 e 66) e a sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (Art. 42, § 1º) são negócios jurídicos plurilaterais. A desistência do recurso, o reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia ao recurso, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, a escolha do juízo da execução, a desistência da penhora pela exequente são todos negócios unilaterais.

Os negócios jurídicos bilaterais costumam ser divididos em contratos, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e acordos ou convenções, quando as vontades se unem para um interesse comum. Não é comum a celebração de contrato processual, mas são vários os exemplos de acordos ou convenções processuais.

A desistência da ação é um negócio processual unilateral típico. Quando já apresentada contestação, o negócio é típico bilateral.

Os negócios jurídicos típicos produzem efeitos imediatos. O único que não produz efeito imediato é a desistência da ação; esta só produz efeitos depois de homologada pelo juiz (CPC-1973, Art. 158, parágrafo único). A exigência de homologação não subtrai da desistência da ação sua natureza negocial. Trata-se apenas de uma condição legal para a produção de efeitos. O negócio já existe com a manifestação da vontade e, se já apresentada a contestação, com a concordância do réu; apenas seus efeitos só se produzem com a homologação. Não se deve confundir o plano da existência com o da eficácia. A lei pode ser mais rigorosa na disciplina do negócio jurídico, ou submetê-lo a controle, ou exigir determinada condição. Isso não afasta a natureza negocial da manifestação da vontade de desistir da ação. A parte pode escolher a categoria jurídica, o que já é suficiente para que se tenha aí um negócio jurídico.

Os negócios jurídicos processuais típicos podem ser, portanto, comissivos ou omissivos, bilaterais ou unilaterais.

3.4. Negócios jurídicos processuais atípicos

O caput do Art. 190 do CPC é uma cláusula geral, da qual se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio, porque serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Dessa cláusula geral podem advir diversas espécies de negócios

processuais atípicos. Embora o legislador tenha usado o verbo convencional no caput parágrafo único, a cláusula geral permite negócios processuais, gênero de que convenções são espécies, conforme visto.

O negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais - ônus, faculdades, deveres e poderes (poderes, neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual - redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos por exemplos.

Didier Junior (2015, p. 381) lista alguns exemplos de negócios processuais atípicos permitidos pelo Art. 190: acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar uma prova ilícita etc.

Giussani (2012, p. 108) disserta que é possível acordo sobre pressupostos processuais. Não há incompatibilidade teórica entre negócio processual e pressuposto processual. Tudo dependerá do exame do direito positivo. Há, por exemplo, expressa permissão de acordo sobre competência relativa e acordo sobre foro de eleição internacional (Art. 25, CPC). O consentimento do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária pelo outro cônjuge é negócio processual sobre um pressuposto processual: a capacidade processual. Há possibilidade de legitimação extraordinária convencional, como visto no capítulo sobre pressupostos processuais. Nada impede, também, que as partes acordem no sentido de ignorar a coisa julgada (pressuposto processual negativo) anterior e pedir nova decisão sobre o tema: se as partes são capazes e a questão admite autocomposição, não há razão para impedir – é fundamental pontuar que a parte vencedora poderia renunciar ao direito reconhecido por sentença transitada em julgado.

CONCLUSÃO

O tema despertou ainda mais as reflexões, razão pela qual os estudos envolvidos foram valiosos para dirimir as dúvidas que permeiam os negócios jurídicos processuais.

Há, no novo Código, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. É o nosso entendimento que esse posicionamento democratiza o judiciário e alcança o objetivo da sociedade.

O distanciamento do juiz, assim como as formalidades que envolviam as audiências judiciais dão espaço a autonomia das partes, que é também anseio da sociedade.

No transcorrer da pesquisa foram apresentados posicionamentos contrários e favoráveis aos negócios jurídicos processuais, sendo eles típicos ou atípicos, onde cada grupo expôs as fundamentações justificando as razões para a manutenção do posicionamento, contribuindo, desse modo, a manifestação do posicionamento favorável do pesquisador.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, fica bastante elucidada a valorização da autonomia da vontade das partes em matéria processual. Ainda, essa autonomia não deve ser utilizada apenas como forma de exercitar a criatividade dos advogados e sim, alterar as regras criadas pelo Legislador para se aconteça as adequações necessárias a cada caso concreto, dando efetividade e racionalidade, com o objetivo de trazer resultados relevantes ao processo.

Isso deve se dar com a colaboração, aceitação do novo código e boa vontade dos magistrados e de todos os operadores do Direito, que devem estar abertos a esse novo cenário do processo civil. Somente assim, será possível o sucesso das novas e relevantes disposições, que levarão o processo civil a uma nova fase.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRAGA, Paula Sarna. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência*. Revista do Processo. São Paulo: RT, nº 148, jun. 2007.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, julho/2012.

DIDIER JR., Fredie. *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial*. Revista de Processo. São Paulo: RT, junho/2014.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

DIDIER JUNIOR Fredie, BRAGA, Paula Sarno. *Carta psicografada como fonte de prova no processo civil*. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 234, ago 2014.

DIDIER JUNIOR Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Editora jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, V. 2.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Vitória, 2015, p. 41.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIUSSANI, Andrea. *Autonomia privada e presupostiprocessuali: note per un inventario*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 211, p. 108.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. *A função legitimadora do princípio da cooperação inter-subjetiva no processo civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, jun. 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. Os poderes do juiz e o controle da decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda AlvimWambier*. José Miguel Garcia Medina; Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Luiz Manoel Gomes Junior (coord). São Paulo: RT, 2008.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso completo de processo civil*. Niterói: Impetus, 2014.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria geral do processo judicial*. São Paulo: Atlas, 2013.

MALHEIROS, Nayrton Divino Toledo. In. SANTANA, Alexandre Ávalo, ANDRADE NETO, José de (coordenadores). *Novo CPC: Análise Doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro*. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: RT, 2014.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*. Revista de Processo. São Paulo: RT, V. 237, nov-2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual - terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Junior; José Miguel Garcia Medina;

Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: JusPodivm, 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicado às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTOS, Emame Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

SILVA, Clóvisdo Couto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1977.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil, Fundamentos e Sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Negócio jurídico processual*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54.

LEGITIMIDADE CONCORRENTE DA PARTE E DE SEU ADVOGADO PARA RECORRER DO CAPÍTULO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Cassiano Garcia Rodrigues⁴⁷
Rodrigo Rodrigues da Silva⁴⁸

RESUMO: Pese a redação dúbia do § 5º do art. 99 do CPC de 2015 (BRASIL 2015), ele não tornou sem efeito a súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, pelo contrário, pois quis positivizar este entendimento jurisprudencial, no sentido de que a parte tem legitimidade para recorrer no capítulo dos honorários sucumbenciais de seu advogado (em nome próprio sobre direito alheio).

PALAVRAS-CHAVE: legitimidade da parte para recorrer no capítulo da decisão dos honorários de seu advogado; §5º do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015) que confirmou, em parte, a súmula 306 do STJ.

INTRODUÇÃO

A questão que se coloca é pela legitimidade ou não da parte recorrer em nome próprio para defender interesse de seu⁴⁹ advogado, mais

47. Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Professor de Processo Civil na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Católica Dom Bosco; Professor da Escola Superior da Advocacia – ESA. Membro da Academia de Direito Processual de Mato Grosso do Sul - ADPMS. Assessor de Desembargador no TJMS. 2019. E-mail: cassiano_garcia_rodrigues@hotmail.com

48. Acadêmico do 4º semestre do Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. E-mail: rodrigo.rodrigues513@gmail.com

49. Claro e evidente que, o § 5º do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015), está a tratar da legitimidade extraordinária da parte, exclusivamente, em relação aos honorários sucumbenciais de “seu” advogado. O que se está a dizer é que o fato gerador deste empréstimo de legitimidade é a vigência do instrumento de mandato materializado pela procuração. Assim, se a parte recorrer para majorar os honorários de seu advogado e, no curso do recurso, o advogado renunciar ao mandato ou, a parte revogar o mandato, então, passaremos a ter ilegitimidade ativa recursal superveniente. Nesta hipótese, não é caso de não conhecimento por ilegitimidade ativa superveniente, mas sim, em razão da ilegitimidade ser vício sanável, por regra expressa do art. 338 e art. 339 do CPC (BRASIL, 2015), que seja intimado o advogado para assumir o polo ativo do recurso, o qual se discute a respeito de seus honorários.

precisamente, a respeito da majoração⁵⁰⁻⁵¹ dos honorários advocatícios sucumbenciais.

E isso porque, o novo CPC (BRASIL 2015) trouxe regra inovadora e específica no §5º do art. 99, ao dispor que:

O recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade

O dispositivo legal é inovador e abre legitimidade ativa e concorrente, de forma expressa, em permitir que a parte discuta sobre direito que não lhe assiste (honorários advocatícios de seu advogado). Até porque, perante o CPC anterior (BRASIL, 1973), não havia norma expressa em atribuindo esta legitimidade extraordinária à parte. Ela passou a ser permitida por entendimento jurisprudencial do STJ, como será vista ao final.

Inclusive, sem esta legitimidade concorrente de verba que não lhe pertence, não teria como a parte vencedora recorrer deste capítulo dos honorários, pois sequer pode ser considerada como terceira interessada do art. 996 do CPC (BRASIL, 2015), em relação a este capítulo da sentença. E, não teria legitimidade recursal para interposição de recurso de terceiro (apesar de ser parte processual), vez que ausente o nexo de interdependência, já que não tem relação jurídica de direito material conexa com o de seu advogado, em relação aos honorários sucumbenciais (tanto que a devedora deste crédito advocatício é a parte adversa). Em

50. Claro e evidente que, o §5º do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015), está a tratar da legitimidade extraordinária da parte para recorrer para “majorar” os honorários de seu advogado. Até porque, o recurso da parte para “minorar” ou “excluir” os honorários de seu advogado, não passará pelo juízo de admissibilidade, pois falando em nome de seu advogado por legitimidade delegada, não tem interesse recursal para piorar a situação de quem ela representa, ou seja, veda-se a reforma para pior quanto ao tema dos honorários e, por via de consequência, o não conhecimento do recurso, por ausência de interesse recursal, nos termos do caput do art. 996 do CPC (BRASIL, 2015).

51. Claro e evidente que, o §5º do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015), está a tratar da legitimidade extraordinária da parte para recorrer para “majorar” os honorários de seu advogado, o que pressupõe a sua fixação na sentença. De outra feita, se a sentença foi omissa quanto a esta regra de julgamento, ou seja, não fixou honorários advocatícios, então, o recurso de apelação de quaisquer das partes devolvem ao tribunal a obrigação de fixação da verba de sucumbência, de ofício, nos termos do permissivo do §1º do art. 332 do CPC (BRASIL, 2015), pois trata-se de pedido implícito e, portanto, não sujeito ao princípio do dispositivo do art. 2º do CPC (BRASIL, 2015). E nem se diga que a fixação de honorários no recurso de parte sucumbente seja reforma para pior ou julgamento ultra petita, pois, estes institutos não se sujeitam aos pedidos implícitos e, nem para as matérias de ordem pública. Anota-se que somente é pedido implícito a “fixação” dos honorários sucumbenciais, contudo, uma vez “fixado”, somente permite a sua modificação a pedido da parte, sob pena de, aí sim, de violação ao princípio da correspondência ou da correlação ou da adstrição do art. 141 e art. 492, ambos do CPC (BRASIL, 2015). Neste sentido pelo STJ: AgRg no REsp n. 895.706/RJ; REsp n. 978.510/SP.

outros termos, teria apenas interesse econômico, que não é suficiente para lhe abrir legitimidade para o recurso de terceiro.

[...] A lei processual exige, para o ingresso de terceiro nos autos como assistente simples, a presença de interesse jurídico, ou seja, a demonstração da existência de relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo” (STJ, AgRg na PET nos EREsp 910.993/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, DJe de 01/02/2013) (AgInt nos EREsp 1537366/RS, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2019, DJe 27/05/2019)”.

Aliás, quem é o terceiro⁵² na relação processual cognitiva (na execução dos honorários advocatícios, aí sim, o advogado é parte) é o advogado⁵³, vez que não figura em nenhum dos polos do processo (apesar de ser o titular da verba de sucumbência – interesse jurídico direto). E, a sua qualidade de terceiro abre discussão de sua legitimidade em interpor recurso de forma adesiva em relação ao capítulo de seus honorários sucumbenciais (pressupondo que se tenha perdido o prazo para interposição do recurso principal com pretensão de majoração dos honorários sucumbenciais e, a parte adversa, tenha interposto recurso de apelação, no prazo legal).

Pela redação literal do art. 997 do CPC (BRASIL, 2015), a resposta é pela ilegitimidade, vez que somente permite a interposição recursal de forma adesiva pela parte (“*cada parte interporá*” – “*sendo vencidos autor e réu*”), portanto, terceiro não tem legitimidade para tanto. Mas, nada impede que a parte vencedora tenha legitimidade para interpor

52. “A natureza jurídica da atuação do advogado, em relação aos honorários sucumbenciais, corresponde ao do assistente litisconsorcial, aquele que, sendo estranho ao processo, pode intervir em razão de o direito material deduzido em juízo lhe pertencer. De fato, o advogado – mesmo não sendo parte – possui relação jurídica com a parte contrária, ex-adversa de seu cliente, tendo a sentença o condão de atingi-lo” (JORGE, 2016, p. 693).

53. “[...] A prolação da decisão jurisdicional faz surgir direito para alguém que, até ali, não fazia parte do processo. O objeto do processo, para instância recursal, sofre um acréscimo por força de lei. A situação substancial, como em uma mitose, se subdivide em duas partes, cada qual pertencendo a diferente titular: uma, ao vencedor da demanda, outra, ao advogado aquinhoado com a verba honorária [...] o processo passa a tratar, a partir da decisão, de relação jurídica de que o advogado é o único titular; poderá, assim, na qualidade de terceiro juridicamente interessado (interesse direto), ingressar no feito pela intervenção recursal, a nosso ver, sem qualquer problema; e como titular de direito em litígio, pouco importa que a parte tenha ou não recorrido, pois os comportamentos prejudiciais não se comunicam entre os sujeitos processuais (Fredie Didier Júnior. Recurso de Terceiro in https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_junho2001/corpo docente/recurso.htm. Acessado em 16.10.2019).

recurso de apelação de forma adesiva, visando, unicamente, majorar honorários sucumbenciais de seu advogado, como vem sendo reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ⁵⁴.

Diga-se mais, se a espinha dorsal do novo CPC (BRASIL, 2016) é o bom combate ao tempo como devedor de coisas, de forma a trazer mecanismos que visam otimizar a prestação da tutela jurisdicional, então, a não legitimidade concorrente da parte e de seu advogado quanto ao capítulo dos honorários sucumbenciais é a antinomia desta intenção; ao invés de apreciar capítulos da sentença num único recurso, abrirá casos destes capítulos em recursos autônomos e, portanto, aumentando a carga de recurso que desaguam nos Tribunais. Não parece ser esta a intenção do legislador.

Assim, o que propomos neste texto é anotar, que nos parece correto pensar, que continua esta legitimidade extraordinária e concorrente quanto ao capítulo da decisão recorrida que fixa honorário advocatício, apesar da desastrosa redação do §5o do art. 99, CPC (BRASIL, 2015), por vários motivos, além dos motivos supracitados.

I PRIMEIRO MOTIVO – INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

Em relação ao primeiro motivo, a interpretação teleológica nos leva a formar convicção pela legitimidade extraordinária.

Isso porque, ainda na vigência do CPC de 1973 (BRASIL, 1973), abriu discussão sobre a interpretação do art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB, Lei n. 8906/94 (BRASIL, 1994) e, o STJ, de forma unânime, firmou tese sobre a legitimidade da parte em recorrer em seu próprio nome na defesa dos honorários de seu advogado.

Tanto é verdade, que a Corte Especial do STJ, fez editar a Súmula 306:

Honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte

54. “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da possibilidade de se manejar recurso adesivo em apelação na hipótese em que se pretende apenas a majoração da verba honorária estipulada em sentença. Precedentes: REsp 1030254/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 29.9.2008; AgRg no REsp 1040312/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 11.9.2008; REsp 936.690/RS. Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 27.2.2008; REsp 489.186/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 3.8.2006 (REsp 1276739/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 28/11/2011)”.

E esse entendimento de 'legitimidade concorrente' do STJ fez com que o advogado que não fosse hipossuficiente, a ponto de demandar sobre seus honorários em nome próprio, o defendesse em nome da parte, já que ela detinha a gratuidade da justiça

O que levou a comissão de juristas do novo CPC (BRASIL, 2015), quando da análise perante a Câmara dos Deputados (anota-se que do Projeto originário, iniciado no Senado Federal, o art. 99 somente tinha dois parágrafos), a incluir vários parágrafos e, dentre eles, o §5º do art. 99, que é objeto de nossas escritas.

E assim o fez, em confirmando a jurisprudência unânime do STJ a respeito da legitimidade concorrente (apesar da péssima redação do dispositivo legal que mais trouxe dúvidas do que esclarecimento), contudo, em fixando regra de que, se a parte que tenha gratuidade recorrer em nome de seu advogado, a gratuidade da justiça deve ser vista com os olhos voltados ao titular deste direito (art. 23 e art. 24 do EOAB), ou seja, o advogado.

Portanto, a parte recorre em nome próprio com pretensão recursal a respeito dos honorários sucumbenciais de seu advogado, contudo, o advogado deve recolher o preparo sobre este capítulo (proveito econômico), salvo se houver concessão de gratuidade da justiça, também, para o advogado.

[...] a parte (cliente), o advogado e a sociedade de advogados possuem legitimidade concorrente para requerer, em sede recursal, a majoração dos honorários sucumbenciais, bem como para promover a execução desses honorários, conforme reconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (NUNES, 2016, p. 635).

Tanto é verdade, a respeito da legitimidade concorrente, que não há qualquer acórdão do STJ, desde a entrada em vigor do novo CPC (março de 2016) até o dia de hoje, em firmando a modificação deste entendimento, pelo contrário, já que se vota pela legitimidade concorrente.

Veja-se pelo STJ:

[...] A jurisprudência do STJ é tranquila no sentido de que, apesar de os honorários advocatícios constituírem direito autônomo do

advogado, não se exclui da parte a legitimidade concorrente para discuti-los, não ocorrendo deserção se ela litiga sob o pálio da gratuidade da justiça. Nesse sentido: REsp 1.596.062/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 14/6/2016; AgRg no REsp 1.466.005/SP, Rel., Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 29/9/2015; AgRg no REsp 1.378.162/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/2/2014 [...] (REsp 1777628/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019) [...] De acordo com a jurisprudência do STJ, tanto a parte como o respectivo patrono têm legitimidade para reclamar a verba sucumbencial em juízo, o que compreende os honorários advocatícios, notadamente quando não há conflito de interesses entre eles, como ocorre na espécie, em que a parte autora encontra-se representada pelo mesmo advogado na ação originária e na presente rescisória [...] (AR 5.082/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 19/08/2019)

E mais, nem se diga que está ‘superada’ a súmula 306 do STJ, porque ela está superada, em parte, vez que somente no capítulo da compensação (primeira parte do enunciado), mas, no capítulo da legitimidade concorrente, ela continua produzindo efeitos, veja-se:

[...] Embora o Estatuto da Advocacia (art. 23) assegure ao advogado o direito de promover a execução autônoma dos honorários, não lhe confere tal prerrogativa com exclusividade. IV - A jurisprudência do STJ, consolidada na Súmula n. 306, ainda que superada pelo CPC/2015 *no que se refere à possibilidade de compensação*, ratifica essa compreensão: (...) assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1155225/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe de 07/03/2018; REsp 1.689.313/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe de 16/10/2017) [...] (AgInt no AREsp 1293871/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018).

Anota-se por fim e a título de argumentação, que ao consultar jurisprudência do STJ com o tema “legitimidade + concorrente + advo-

gado”, encontra-se 74 ACÓRDÃOS e 1744 DECISÕES MONOCRÁTICAS e, portanto, informação esta, que confirma o sistema de precedentes deste tema, vez que para o julgamento monocrático contenta-se com o mero ‘entendimento dominante’, nos termos da súmula n. 568 do STJ, ao dispor que: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Tema de honorários advocatícios de suma importância, tanto que o Supremo Tribunal Federal já editou 12 Súmulas sobre o tema, e o Superior Tribunal de Justiça – STJ, 15 Súmulas.

2 SEGUNDO MOTIVO – INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL

Em relação ao segundo motivo, a interpretação literal ou gramatical do § 5º do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015) confirma esta legitimidade concorrente, ao dispor que:

O recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade

Isso porque, o diálogo deste dispositivo é do legislador para com o recurso interposto pela PARTE e, vários argumentos servem para esta interpretação.

Se a legitimidade para discutir sobre honorários é SOMENTE do advogado da parte, por que o legislador utiliza a expressão EXCLUSIVAMENTE, no §5º do art. 99? Se somente o advogado porta legitimidade ativa para discutir sobre seus honorários, então, não precisava utilizar esta expressão, vez que a única pretensão que o advogado pode levar em nome próprio é sobre o capítulo de seus honorários. Ou será que o dispositivo legal está a dizer que o advogado tem legitimidade para recorrer em seu nome, sobre a pretensão de direito material de seu cliente (v.g. dano moral material, pensão, alimentos etc.)? Claro que, não!

A nosso ver, a letra da lei é diálogo do Legislador para com a parte

e, o que ele está a dizer é que, se a parte recorrer EXCLUSIVAMENTE⁵⁵ sobre o capítulo dos honorários de seu advogado, então, a gratuidade dela não se transfere. Ele deverá demonstrar que, também, é hipossuficiente.

Em relação ao segundo argumento, o legislador escreve na parte final do §5o do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015) que “salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade”.

Ora, pela sistemática do novo CPC (BRASIL, 2015), para as pessoas físicas, a simples declaração da parte, por si só, faz presumir a hipossuficiência para fins de gratuidade da justiça (§3o do art. 99). Em outros termos, não se exige mais a declaração de hipossuficiência ou que demonstre esta incapacidade financeira, de pronto. Basta o pedido.

Então, se somente o advogado tem legitimidade exclusiva para discutir sobre honorários, porque a expressão “salvo se o próprio advogado DEMONSTRAR”.

A simples declaração dele não serve, igual serve para a parte? Estaríamos dando tratamento diferenciado entre o advogado e a parte que ele representa nesta hipótese do §5o do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015)?

Parece que não, sob pena de estarmos tratando os iguais de forma desigual e, portanto, com afronta ao princípio da igualdade. Entendemos que o legislador dá a entender que, no texto da lei, é a parte que está recorrendo sobre os honorários de seu advogado e, neste caso, ainda que ela seja beneficiária, seu advogado deve DEMONSTRAR no recurso da parte a sua hipossuficiência, também. Se o próprio advogado fosse o recorrente, então, ele não precisaria demonstrar, bastando, afirmar.

Assim sendo, seja pela interpretação teleológica, seja pela interpretação literal do §5o do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015), temos pela legitimidade concorrente da parte e de seu advogado quanto ao recurso interposto em face dos honorários e, se for pela parte e com pretensão sobre honorários, o advogado deverá demonstrar sua hipossuficiência, para fins de gratuidade da justiça ou, havendo condições econômicas, com a juntada do preparo recursal quanto ao capítulo dos honorários.

⁵⁵ Inclusive, a redação do §5o do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015), está, ao escrever o termo “exclusivamente, deixa em entrelinhas a interpretação de que se a parte recorrer sobre honorários sucumbenciais e, também, a respeito de sua pretensão posta na ação, então, não está recorrendo “exclusivamente” dos honorários, de forma que a não se aplicar o referido dispositivo legal, nesta hipótese. Em outros termos: se a parte recorre só com pretensão dos honorários, aplica-se o §5o do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015). De outro lado, se além dos honorários sucumbenciais houver pretensões outras, então, sem aplicação da norma processual do o §5o do art. 99 do CPC (BRASIL, 2015). Caberá ao Superior Tribunal de Justiça – STJ fixar a interpretação e a extensão do conteúdo deste dispositivo legal.

3 DE FORMA SUBSIDIÁRIA – VÍCIO SANÁVEL

Ainda que se entenda pela ilegitimidade da parte para recorrer em face dos honorários de seu advogado, não deve haver o não conhecimento, de plano, por ilegitimidade recursal do art. 966 do CPC (BRASIL, 2015).

Até que o STJ feche entendimento a respeito deste tema (superação total ou não da súmula n. 306 do STJ), parece correto pensar pela aplicação analógica do *caput* do art. 338 do CPC (BRASIL, 2015), para a hipótese da parte que recorre na defesa do capítulo dos honorários de seu advogado, que assim dispõe:

Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu

Portanto, deve haver intimação para emenda da inicial recursal, a fim de que ocorra a “extromissão”, ou seja, sai a parte e entra, como recorrente, o advogado e, intimação esta, com base no parágrafo único do art. 932 do CPC (BRASIL, 2015):

Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível

E nem se diga que a ilegitimidade seja vício insanável, porque assim o era perante o CPC de 1973 (BRASIL, 1973), vez que pelo novo CPC (BRASIL, 2015), é tratada como vício plenamente sanável, nos termos expressos do art. 338 e art. 339 e, ainda que assim não fosse, o seria pela primazia pelo julgamento de mérito.

Primazia esta, ditada pelo art. 4º e art. 6º, ambos do CPC (BRASIL, 2015), que está no capítulo das normas fundamentais do processo civil na parte geral do Código, bem como no art. 139, IX, do CPC, que está no capítulo dos deveres do juiz e, de forma específica, no art. 317 (afastar a extinção sem resolução do mérito), no art. 321 (emenda da inicial + dever de esclarecimento), no §2º do art. 322 (análise do pedido da inicial pelo contexto), no art. 338 e no art. 339 (substituição por

ilegitimidade de parte), no art. 357, I (saneamento processual), no art. 488 (afasta a extinção sem resolução do mérito), no parágrafo único do art. 932 (intimação para emenda recursal ou juntada de documento essencial), no art. 1.007, §2º (intimação para recolhimento de preparo insuficiente), no art. 1.007, §4º (intimação para recolhimento integral do preparo), no art. 1.007, §7º (aproveitamento da guia de recolhimento do preparo com dados inexatos), no §3º do art. 1.017 (intimação para juntada de documentos essenciais ao agravo de instrumento), no §3º do art. 1.024 (fungibilidade entre o recurso de embargos de declaração e o agravo interno), no §3º do art. 1.029 (emenda recursal dos recursos excepcionais), no art. 1.032 (fungibilidade entre os recursos excepcionais) e no art. 1.033 (fungibilidade entre os recursos excepcionais), todos do Código de Processo Civil.

Soma-se à Exposição de Motivos do NCPC (BRASIL, 2015) ao dispor que:

[...] A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa [...]

Desta feita, ainda que se entenda pela ilegitimidade, se mostra como decisão justa e efetiva e com primazia pelo julgamento de mérito, que seja aplicado o art. 338 do CPC (BRASIL, 2015), nos termos do parágrafo único do art. 932 do CPC (BRASIL, 2015), portanto, intimação do advogado da parte recorrente para que assuma a qualidade de recorrente, no capítulo de seus honorários e, não, o exercício do juízo negativo de admissibilidade recursal (não conhecimento), por ilegitimidade.

4 EVOLUÇÃO NO TEMPO DA LEGITIMIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

A interpretação histórica dos honorários, que tem origem do latim e com significado de honra, tem suas origens na “**Teoria da Pena**”, onde serviria para punir aquele não cumpriu norma no meio social e obrigou a parte adversa a demandar em juízo. Podemos ver esta natureza jurídica, em nosso País, no art. 63 e art. 64 da redação originária do CPC/39

(BRASIL, 1939), ao dispor, respectivamente:

Sem prejuízo do disposto no art. 3, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade ou e houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários de advogado.

Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária.

Nos dias atuais, podemos destacar decisão judicial com aplicação na tal ‘**Teoria da Pena**’. Num caso concreto, o contribuinte propôs mandado de segurança em face do cancelamento da inscrição do contribuinte por débito tributário estadual. Na sentença, a ordem foi concedida e com fixação de honorários sucumbenciais em 10% sobre o valor da causa e, portanto, com condenação de honorários em favor do advogado do impetrante, no valor aproximado de cem mil reais. O Estado recorreu com pedido de aplicação da fixação por equidade §2º do art. 85, do CPC (BRASIL, 2015), pois o valor se mostrava vultoso. O relator, em julgamento monocrático, negou em prover o recurso e manteve o valor dos honorários sucumbências, como forma de punição ao Poder Público que praticou conduta vedada por três Súmula do STF, ou seja, aplicou a caráter punitivo dos honorários advocatícios⁵⁶.

Este caso concreto acima mencionado, ocorreu no julgamento monocrático da Apelação Cível n. 0801810-42.2017.8.12.0043, perante o TJMS e de relatoria do Des. Alexandre Bastos:

[...] Para este caso, o valor dos honorários em cem mil reais não se mostra em valor vultoso e, ademais, tem um colorido especial, consistente na aplicação da outra vertente da verba de sucumbência, mais precisamente, a sua finalidade como “pena” àquele que

56. Anotamos que há jurisprudência que aponta a vedação da parte vencedora ser ressarcida pelos valores que despendeu com os honorários contratuais de seu advogado, ou seja, a parte autora que pede na inicial e, a parte requerida, que apresenta pedido em sua contestação de ressarcimento por dano material, na modalidade de dano emergente do art. 402 do Código Civil. Não vemos nenhum impedimento de configuração dos valores despendidos pela parte vencedora com seu advogado como dano a ser ressarcido, pelo contrário, porque o art. 389 do Código Civil é expresso quanto a isto, ao dispor que: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e **honorários de advogado**”. Igualmente, quando o legislador menciona o que se inclui na indenização pelos efeitos da evicção, mais precisamente, no art. 450, III, do Código Civil: “Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou: (...) III - às custas judiciais e aos **honorários do advogado** por ele constituído”.

faz nascer uma demanda de forma desnecessária, o que ocorre neste caso, inclusive, com matéria já sumulada desde década de 50 e com reiteração de vedação a esta conduta, que consta na causa de pedir da ação e com publicação de mais duas outras súmulas, mais precisamente e sucessivamente, pelas súmulas n.º 70, n.º 323 e n.º 547, todas do Supremo Tribunal Federal. Ora, ainda que o valor fosse vultoso, este fundamento seria utilizado para manter a aplicação da “regra da sucumbência” (§2º do art. 85 do CPC) para os honorários advocatícios e, sem qualquer espaço para a aplicação da “regra da equidade” (§8º do art. 85 do CPC). Anoto que, recentemente e ainda neste mês, este relator manteve sentença proferida pela Vara de Fazenda Pública da capital que tinha a mesma causa de pedir do caso aqui trazido (condicionando à restauração da inscrição estadual ao pagamento do débito fiscal) e, sentença esta, que aplicou multa por má fé processual ao Estado. Multa esta, que se mostra razoável e de acordo com a exigência que as partes cooperem mutuamente, nos termos do art. 6º do CPC e, cuja vertente, está no fato de que os “fregueses” do Judiciário, mormente o Poder Público, dê efetivação à otimização e, assim ocorre em não praticando condutas que a jurisprudência indicou em sistema de precedentes, para que não a faça. Assim, pese o brilhantismo e o vasto saber jurídico do nobre Procurador do Estado que assina as razões recursais, tenho por manter o valor da verba de sucumbência [...]

Após, surge a ‘**teoria do ressarcimento**’, portanto, devolver à parte vencedora o valor ou parte dele, do que despendeu com a contratação de seu advogado. Portanto, transportando essa teoria para a atualidade, tinha a natureza jurídica de indenização por perdas e danos, na modalidade de dano emergente do art. 402 do Código Civil (BRASIL, 2002), vez que reembolsado pelos valores contratados com seu advogado (ainda que em parte).

Veja-se:

[...] Por muito tempo vigeu a tese de que justificava-se a imputação de uma pena àquele que buscou a movimentação da prestação jurisdicional de forma ilegítima, equivalendo a um ato ilícito demandar em juízo sem ter razão. Assim, seria aplicada uma pena à parte sucumbente da demanda, era a chamada teoria da pena. Tendo, com o passar do tempo e domínio dos ideais liberais, havido uma superação da teoria da pena pela teoria do ressarcimento, (por influência da consolidação das teorias abstrativistas, onde o

direito de ação independeria do resultado) em que a sucumbência não seria derivada de uma pena, mas uma forma de ressarcir o vencedor, diante de uma presunção de culpa do vencido [...] ⁵⁷

Pelo antigo EOAB de 1.963 (Lei n. 4.215), esta teoria não foi adotada, vez que apontava a titularidade dos honorários sucumbenciais ao advogado.

Já, o CPC de 1973 (BRASIL, 1973), por interpretação literal ou gramatical de sua redação original, inverteu a regra e passou a atribuir os honorários sucumbenciais à parte vencedora. Eis o art. 20:

A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios

A leitura extraída do texto legal, já que “o vencido pagaria ao vencedor” os honorários advocatícios é que, este valor, tinha como credor, a parte vencedora e, portanto, adotado pelo Código de 1973, a teoria do ressarcimento.

Reforçava esta interpretação, o fato de a regulamentação estar inserida no capítulo “Dos Deveres das Partes e dos seus Procuradores”, em seção denominada “Das Despesas e das Multas”.

Encontramos vários julgados do STJ neste sentido: REsp 1087095-MT, REsp 859944-SC, REsp 659293-SP, REsp 188768-SP, REsp 27638-SP.

Contudo, abriu-se verdadeiro dissenso sobre a titularidade dos honorários pela nova redação do art. 20 do CPC/73 (BRASIL, 1973), em a comparando com o antigo EOAB, Lei n. 4.215/1963 (BRASIL, 1963), passando por divergência de entendimento pelo STF até a entrada em vigor da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988), quando então, a competência para interpretação da lei federal passou ao STJ, o qual, manteve a divergência na mesma toada.

Tamanha a divergência sobre a titularidade dos honorários perante o STJ, que o tema precisou ser pacificado em julgamento de Embargos de Divergência perante o STJ, julgado apenas em 2017, com prevalência de que, pese a redação do art. 20 do CPC revogado

57. <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/allan-nunes-honorarios-pertencem-aos-advogados-nao-estado>

(BRASIL, 1973), os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado. Veja-se:

[...] 1. Os embargos de divergência opostos em face de acórdão proferido em agravo regimental em agravo de instrumento manejado contra decisão que inadmitiu recurso especial (art. 544 do CPC de 1973) são cabíveis, desde que tenha sido examinado o mérito do recurso especial. Precedentes.

2. Os honorários advocatícios de sucumbência fixados por sentença ou acórdão prolatado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei n. 4.215/1963 - anterior, portanto, à edição da Lei n. 8.906/1994 - possuem caráter autônomo e integram o patrimônio do advogado, o que lhe assegura o direito de promover, em proveito próprio, a execução.

3. Os precedentes históricos da Suprema Corte (RE 6.500/SP e RE 58.533/MG) - a qual possuía, antes da Constituição da República de 1988, a competência para interpretar a legislação infraconstitucional - acentuavam o entendimento de que os honorários advocatícios fixados na sentença não deveriam ser considerados como de titularidade da parte, ante a vedação de qualquer acordo entre os litigantes que interferisse no direito do advogado em receber tal verba diretamente da parte vencida. 4. Nesse sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 6.500/SP, em 1943, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que a vedação ao enriquecimento sem causa constituía óbice intransponível à tentativa de se direcionar a verba sucumbencial à parte vencedora, porquanto os honorários advocatícios fixados na sentença amiúde superam os honorários contratuais, constituindo, desse modo, parcela relevante da remuneração dos causídicos.

5. Mais recentemente, a Excelsa Corte, apreciando incidentalmente a mesma questão controvertida nestes embargos de divergência, reafirmou a sua jurisprudência histórica no sentido de que os honorários advocatícios de sucumbência, fixados antes da vigência do Estatuto da OAB em 1994, pertencem ao advogado, uma vez que: a) “segundo os levantamentos históricos da edição do Código de Processo Civil de 1973, em nenhum momento, pretendeu-se afastar o direito autônomo do advogado à verba honorária”; e b) “se a verba fosse destinada ao litigante, não haveria razão para fixar os honorários conforme os parâmetros revelados no § 3º do artigo 20 do referido diploma, a considerar o zelo, o

tempo, a complexidade, enfim, fatores relacionados à atuação do causídico no processo” (STF - Agravo Regimental na Execução na Ação Cível Originária n. 381/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 13/5/2014, publicado em 27/5/2014).

6. Deveras, todos os elementos que são sopesados pelo juiz para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, descritos no parágrafo 3º do art. 20 do CPC de 1973, estão diretamente relacionados à atuação do causídico no processo, tudo a indicar que tal verba é de titularidade do advogado da parte vencedora.

7. Ao enfrentar a questão sob a lente do caput do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, esta Corte Superior manifestou o entendimento de que os honorários advocatícios fixados na sentença constituem “dívida da parte vencida frente ao advogado da parte vencedora (...)” (RMS 24.010/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/9/2008, DJe de 26/9/2008).

8. Ademais, examinado o tema à luz do art. 96 da Lei n. 4.215/1963, observa-se que o antigo Estatuto da OAB, em nenhuma circunstância, vedava a cumulação dos honorários advocatícios contratuais e os de sucumbência. Assim, as disposições contidas no art. 99 desse diploma legal tinham por objetivo assegurar ao causídico o recebimento da verba honorária contratual com a reserva de valores a serem recebidos pelo seu constituinte, com base nas cláusulas avençadas no contrato (caput), facilitar a execução dos honorários de sucumbência fixados na sentença (§ 1º), bem como impedir a celebração de acordo entre a parte contrária e o cliente do advogado que pudesse lhe prejudicar os honorários advocatícios contratuais ou os concedidos pela sentença (§ 2º).

9. Desse modo, à luz do estatuído no art. 99 e seus parágrafos da Lei n. 4.215/1963, do princípio acolhido no ordenamento jurídico pátrio que veda o enriquecimento sem causa, dos precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal Superior, bem como da doutrina relativa ao tema, forçoso concluir que o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do causídico ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença, os quais constituem verba autônoma que integra o patrimônio do advogado.

10. Embargos de divergência conhecidos e não providos. (EAg 884.487/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/04/2017, DJe 04/08/2017)

Em 1994, entrou em vigor o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, **Lei n. 8906** (BRASIL, 1994), em firmando o pé por regra expressa, que o honorário sucumbencial é de titularidade do **advogado** da parte vencedora, mais precisamente, no *caput* do art. 23:

Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Como não poderia deixar de ser, a regra foi positivada, também, no *caput* e §14 do Art. 85 do novo CPC (2015), respectivamente:

A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Assim, na evolução do tempo (desde 1973), o credor dos honorários advocatícios passou por titularidades diversas e o que parece ter sido o norte para o STJ formar entendimento pela legitimidade para recorrer sobre o capítulo dos honorários como concorrente entre a parte e seu advogado, já que com divergência aberta por longos anos sobre quem era o credor desta verba, repita-se.

Para este primeiro autor, que é docente em processo civil, quanto a esta questão em sala de aula, era preciso trazer o ‘sistema do depende’ ou do ‘se’. Isso porque, afirmava para os discentes que a legitimidade extraordinária (defende em nome próprio direito alheio – art. 18, *in fine* do CPC) somente decorria de regra expressa de lei, vez que regra excepcional deve ser por norma expressa, já que a regra é somente a defesa do direito pelo titular deste direito, nos termos do art. 18, primeira parte, do CPC):

“Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

E, adentrava o ‘sistema do depende’ ou do ‘se’, porque tinha que

excepcionar a própria exceção ('exceção da exceção'), para dizer que há legitimidade extraordinária fora dos casos expressos em lei e ela vem por força da jurisprudência, que atribui legitimidade extraordinária à parte para recorrer sobre honorários sucumbenciais de seu advogado, ainda que não tenha lei que expressamente assim dispusesse. Pelo contrário, pois o *caput* do art. 23 do EOAB (BRASIL, 1994) traz os honorários sucumbenciais como 'direito autônomo' do advogado, o que é incompatível com a legitimidade 'concorrente':

Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor

Pelo menos, pese a péssima redação do §5º do art. 99 do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), podemos sustentar nos dias atuais que há lei federal que atribui a legitimidade extraordinária à parte para defender em nome próprio direito alheio, como se vê anotado na parte final do art. 18 do CPC (BRASIL, 2015), o que ocorre com os honorários sucumbenciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pese a redação do §5º do art. 99 do novo CPC (BRASIL, 2015), por interpretação literal e gramatical do dispositivo, ele veio para confirmar a jurisprudência do STJ, que atribui a legitimidade concorrente da parte e de seu advogado para recorrer a respeito do capítulo da sentença afeto aos honorários sucumbenciais, com o diferencial de que, neste capítulo, se o recurso for interposto pela parte, deverá o advogado recolher o preparo ou pedir a concessão da gratuidade da justiça, em caso de hipossuficiência financeira para tanto.

Ainda que não se entenda assim, a interposição de recurso pela parte com pretensão sobre os honorários de seu advogado não deve levar ao não conhecimento por ilegitimidade recursal ativa, vez que este vício pelo novo CPC (BRASIL, 2015), mais precisamente, pelo art. 338, passou a ser sanável e, portanto, até que o STJ firme tese sobre a extensão

contida no §5o do art. 99 do novo CPC (BRASIL, 2015), então, que o recorrente seja intimado para sanar dito vício de ilegitimidade ativa de seu recurso (art. 932, parágrafo único), a fim de que saia a parte e ingresse, na qualidade de recorrente, o seu advogado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 30 ago 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 30 ago 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm> Acesso em 30 ago 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm> Acesso em 30 ago 2019.

DIDIER. Fredie Júnior. Recurso de Terceiro. Disponível em: <https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_junho2001/corpodocente/recurso.htm> Acesso em 16 out 2019.

NUNES. Dierle. DUTRA, Victor Barbosa. OLIVEIRA, Délio Mota Júnior. Honorários no recurso de apelação e questões correlatas *in* Honorários Advocatícios. Coleção grandes temas do novo CPC. Coordenação geral: Fredie Didier Júnior. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JORGE. Flávio Cheim. Sucumbência recursal e recurso para a majoração de honorários *in* Honorários Advocatícios. Coleção grandes temas do novo CPC. Coordenação geral: Fredie Didier Júnior. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BIG DATA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE PREVENÇÃO DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO POR PARTE DO ESTADO E TERCEIROS

Josemar Campos Maciel⁵⁸
Raphael Rios Chaia Jacob⁵⁹
Rodrigo José Contini Ângelo⁶⁰

RESUMO: A presente pesquisa tem por finalidade demonstrar a possibilidade jurídica de identificar juridicamente a possível aplicação e autonomia do sistema Big Data para aumentar a eficiência das investigações em crimes de corrupção no Governo brasileiro, demonstrando a autonomia de um órgão e como utilizá-lo de maneira competente para o bem comum. Para tanto, foram utilizados os métodos de procedimento hipotético-dedutivo e o de abordagem histórico e funcionalista, embasado em revisão bibliográfica e documental, tendo como marco teórico a evolução tecnológica. Quanto aos resultados da pesquisa, averiguou-se que o Sistema de armazenamento de dados BIG DATA, pode contribuir para o combate a corrupção no Brasil, quando implementado nas políticas públicas do Ministério Público de Contas Nacional.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Big Data. 2. Prevenção à Corrupção. 3. Crimes Estatais. 4. Direito Eletrônico 5. Ministério Público de Contas.

58. Graduado em Filosofia pelas Faculdades Unidas Católicas do Mato Grosso (1987); em Teologia pela Pontifícia Universidade Gregoriana de Roma (1991); mestre em Psicologia pela Universidade Católica Dom Bosco (1999); mestre em Teologia Sistemática pela Pontifícia Universidade Gregoriana de Roma (1993) e doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2004).

59. Possui graduação em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2002). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal, Direito Ambiental, Direito Eletrônico e Linguagem Forense. Pós-Graduado em Direito Ambiental pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP. Pós-Graduando em Direito Eletrônico pela Universidade Gama Filho (interrompida). Mestre em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco. Doutorando em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco.

60. Graduando em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco.

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é um mal que assola o Brasil há décadas e, talvez um dos maiores desafios que temos é saber como enfrentá-lo. Desvio de verbas, lavagem de dinheiro por meio de obras públicas, pagamento de propinas, são exemplos de crimes envoltos na corrupção.

Neste íterim, levanta-se a questão da existência do Ministério Público de Contas Brasileiro, também denominado pelo Supremo Tribunal Federal como sendo um Ministério Público Especial, especializado, separado e autônomo, que surgiu com o Decreto Federal n. 1.166/1892, que disciplinou a estrutura do Tribunal de Contas da União, e pode agir tanto como órgão agente denunciador, quanto como órgão interveniente no exercício da função constitucional, no ofício da representatividade social nos processos que se desenvolvem nos Tribunais de Contas.

A proposta da presente pesquisa é compreender como o Big Data pode ser usado na qualidade de ferramenta auxiliar no combate de tais fraudes. O Big Data diz respeito à análise e a compreensão de enormes volumes de dados de grande variabilidade, em que são necessárias soluções específicas que permitam aos profissionais de tecnologia e informática trabalhar com os mesmos.

Desta forma, por que Big Data e Ministério Público de Contas? Primeiro, é necessário definir o que é Big Data e, após, entender a sua possível incorporação bem sucedida no Ministério Público de Contas, o que se revela na intenção deste artigo, mostrando justamente a importância de um sistema baseado nessa tecnologia em um órgão de controle não subordinado a nenhum dos Três Poderes da União.

2 DIREITO ELETRÔNICO

A virada do milênio transformou os costumes da sociedade mundial no campo da tecnologia. Com esse avanço, surgem novas tendências as quais precisam ser estudadas, regulamentadas, discutidas e analisadas. No campo do Direito não é diferente: com essas novas tendências acerca da tecnologia, necessário se faz uma regulamentação jurídica do assunto.

Daí é que se depreende o surgimento do Direito Eletrônico ou Direito Digital. Paiva, (2016) em artigo publicado no site Âmbito Jurídico, pondera que “constitui o conjunto de normas, aplicações, processos, relações jurídicas que surge como consequência da aplicação e desenvolvimento da informática, isto é, a informática é geral deste ponto de vista e da forma como é regulado pelo direito”.

Sendo assim, o Direito Eletrônico é uma ciência jurídica de autonomia relativa em relação aos outros ramos do Direito. Em que pese, essa ciência jurídica visa legislar as relações das pessoas no ambiente virtual com a finalidade de controle e fiscalização dos mais diversos meios de comunicação, até mesmo da própria informática.

Tratando da classificação do Direito Eletrônico, a corrente majoritária entende como de caráter privado, pois existem inúmeras situações que o classificam dessa forma, como por exemplo, os contratos eletrônicos, os documentos eletrônicos. Entretanto o direito privado se insere no setor público na mesma lógica do caráter privado. Podemos ressaltar então que, o direito eletrônico é um direito multifacetado e com características próprias, pertencente tanto ao direito privado quanto ao público, o que o torna um ramo atípico do direito.

2.1 Dos dados como bem jurídico

Como já visto, a evolução da informática e da cibernética conduziu e vem conduzindo inúmeros benefícios para a população mundial e, é de suma importância preservar direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, como a liberdade e a privacidade. Nesse sentido, o Direito Eletrônico visa proporcionar a cada indivíduo total controle de suas informações pessoais.

O direito fundamental à privacidade e à intimidade são, evidentemente, alguns dos bens mais íntimos do ser humano, pois sem eles o homem acaba sofrendo violações no que tange à sua personalidade. Posto isso, a Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 5º inciso X, diz respeito à inviolabilidade, da intimidade, da honra, da imagem, e da vida privada, das pessoas. Garantiu em contrapartida a indenização por danos morais ou materiais caso algum desses direitos sejam violados. Zanon (2013, p. 44) aponta o seguinte:

[...] a privacidade tem um estatuto constitucional de inviolabilidade, como termo em que deferem também as garantias individuais fundamentais do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Nesse sentido, a Constituição Federal proclama que perante a vida privada e a intimidade de cada um dos indivíduos existe um dever, que atinge a todos os sujeitos, de direitos, de abstenção de atos de intromissão indevida.

Os dados como bem jurídico se inserem pela iniciativa da nossa Constituição no que tange à privacidade, à intimidade e à liberdade, pois esses princípios humanos são norteadores para o direito eletrônico e são fundamentais.

Apesar de ainda não se encontrar em vigor, toda pessoa natural ou jurídica tem direito à proteção de seus dados pessoais, segundo a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais dentro dos meios digitais. Isso é garantido por disposições específicas do Marco Civil da Internet, a Lei n. 12.965/14, que já tratavam, dentro do direito eletrônico, em caráter nacional, da proteção dos dados pessoais.

Diante das novas tecnologias, da chamada sociedade da informação, percebe-se que a privacidade deixou de se restringir unicamente à garantia do anonimato, do sigilo, do direito de ser deixado só, havendo uma verdadeira modificação do quadro geral do escopo de abrangência da privacidade, para se compreender também o controle dos dados pessoais. A privacidade passa então a ser vista em sua definição funcional de forma mais ampla e abrangente, como o direito conferido à pessoa de controle das informações pessoais que lhe dizem respeito.

Reconhece, neste momento, a necessidade da intervenção do Estado garantidor para que efetive mecanismos de proteção da privacidade por meio de legislação. Com a ideia primordial para a operação da autonomia individual e da liberdade para o desenvolvimento da personalidade humana.

Salienta-se, portanto, que assim como os direitos da personalidade, a privacidade é irrenunciável; entretanto o titular poderá sofrer limitação voluntária, se assim o permitir. Importante mencionar o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil, que alterou o entendimento do artigo 11 do Código Civil, estabelecendo que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitações voluntárias, desde que não seja

permanente nem geral”.

Analisando a proteção de dados e informações do cidadão que é conferida pelo ordenamento jurídico, tem-se que o direito de informação é assegurado pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, XXXIII, que assim dispõe:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O inciso supracitado deu base para a aprovação da Lei n. 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação. Essa lei “regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas”, segundo suas próprias disposições. Tal norma entrou em vigor em 16 de maio de 2012.

Tratando-se do assunto pertinente ao conhecimento de informações ou retificações de dados, ao qual o Estado é detentor da guarda, insta salientar que a própria Constituição Federal de 1988 novamente assegura o acesso à informação através do remédio constitucional *Habeas Data*, previsto no mesmo artigo 5º, no inciso LXXII, (alíneas a e b), e visa garantir o acesso de uma pessoa (física ou jurídica) a informações sobre ela, que façam parte de arquivos ou bancos de dados de entidades governamentais ou públicas e assim dispõe:

[...] conceder-se-á habeas data:

para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

A garantia do direito de auferir informações pessoais constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais de natureza pública nunca se confunde com o direito de adquirir certidões (art. 5º, XXXIV, “b”, da CF/88), nem sequer com o direito de obter informações

de interesse exclusivo, coletivo ou universal (art. 5.º, XXXIII, da CF/88).

Há ainda outros meios legais onde se identifica a proteção aos dados pessoais, fazendo uma breve passagem no âmbito da relação de consumo, que em seu ordenamento carrega a previsão quanto ao tratamento de dados pessoais dos consumidores. A lei 8.078/90, em seu artigo 43, dispõe que “o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

O artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor refere-se sobre a questão do acesso por parte do consumidor aos seus dados pessoais que estão em proteção e zelo pelas empresas. Mostra-se, desta maneira, bem sucinta a proteção desses dados na relação de consumo. Porém, é importante que se frise a garantia de obter informações sobre o que está ocorrendo ou onde estão os dados pertinentes ao consumidor.

Em 2013, foi aprovado o Decreto n. 7.962/13, que visava regulamentar a lei 8.078/90, dispondo sobre a contratação no comércio eletrônico. Tal iniciativa pública teve como objetivo central estabelecer a garantia da segurança jurídica aos consumidores que realizam compras e serviços pela internet e, neste espeque, tal norma trouxe diversas obrigações aos então fornecedores e prestadores de serviço online. Dentre estas obrigações, se destacam as contidas no artigo 10 que estabelece o dever de prestar informações claras e facultar o atendimento ao consumidor dentro da plataforma de seus respectivos websites, respeitando é claro o direito de arrependimento inerente a qualquer consumidor.

Ainda tratando sobre o Decreto n. 7.962/13, é necessário apontar que a norma deixa bem claro como deve se desenvolver o website (ou página eletrônica) do fornecedor. Veja-se a disposição do artigo 20 do mesmo decreto:

Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

- endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

- características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

É possível de imediato observar que nosso ordenamento jurídico tem um bom aprofundamento sobre os aspectos da tutela dos dados pessoais, visto que existem meios legais e judiciais para obter informações pertinentes aos dados pessoais tanto das pessoas jurídicas quanto das pessoas físicas.

2.3 Lei geral de proteção de dados pessoais

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, tem como finalidade garantir e salvar, no campo do tratamento de dados pessoais, a dignidade e os direitos essenciais do indivíduo, especialmente com relação à sua liberdade, igualdade e intimidades pessoal e familiar, nos termos do art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

Ao tratar do assunto pertinente da proteção dos dados pessoais, no sítio eletrônico do Senado Federal e nos dizeres de Guedes e Oliveira (SENADO. 2018), ambos da Agência do Senado Federal introduzem o tema da seguinte forma:

No dia a dia, o brasileiro é solicitado a fornecer uma série de dados pessoais, que incluem até mesmo contracheques e extratos bancários, para verificação da sua capacidade de pagamento. Com o pé em práticas que já expunham a privacidade dos cidadãos no mundo analógico, o país chegou à era do chamado big data e da rastreabilidade agressiva sem uma lei que proteja

os dados pessoais de seus habitantes. Instados a se relacionar com um gigantesco sistema de armazenamento, classificação, transmissão e mesmo comercialização de dados, as chamadas pessoas naturais estão vulneráveis: seus hábitos, preferências de consumo, características étnicas, posições políticas, condições de saúde, orientação sexual, patrimônio, situação creditícia e muitos outros aspectos são observados, coletados e “tratados” para diversos usos, incluindo estratégias de venda e direcionamento de propaganda eleitoral.

O texto legal da Lei defende um maior controle dos cidadãos em relação a suas informações pessoais necessitando de consentimento expresso para coleta e utilização dos dados, tanto pelo poder público quanto pela iniciativa privada e obriga o oferecimento de opções para o utilizador ver, retificar e apagar estes dados.

Em relação às hipóteses do tratamento de dados é de total necessidade que haja o consentimento do titular. Só poderão ser utilizados para a proteção do crédito, nos termos expressamente elencados no artigo 11 da referida norma.

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

A abrangência da Lei visa quaisquer dados pessoais obtidos em qualquer tipo de suporte (papel, eletrônico, informático, som, imagem, etc.). Guedes e Oliveira (2018) descrevem ainda exemplos de dados pessoais e dados não pessoais:

Exemplos de dados pessoais: Nome e apelido; Endereço de residência; Endereço eletrônico; Número de um cartão de identificação; Dados de localização (por exemplo, a função de dados de localização em um celular); Endereço IP (protocolo de internet); Testemunhos de conexão (cookies); Identificador de publicidade do telefone; e Dados obtidos por um hospital ou médico que permitam identificar uma pessoa de forma inequívoca.

Exemplos de dados considerados não pessoais: Número de registro de empresa; Endereço eletrônico de empresa; e Dados anônimos.

Mostrando um parâmetro geral sobre a Lei nº 13.709, pode-se observar que a lei traz preceitos e condições que visam a proteção dos dados pessoais em uma vasta gama, ainda para a coleta e tratamento desses dados diante dos órgãos defendidos pelo presente artigo.

3 BIG DATA: CONCEITO, DEFINIÇÃO E BENEFÍCIOS

Big Data é um termo que descreve o tratamento e a análise de um grande volume de dados, tanto estruturados quanto não estruturados, e seu processamento em informação, estabelecendo determinados resultados e tomada de pareceres. A coleta de dados e respectivo armazenamento se transformaram no decorrer da história. Na era da internet 3.0, iniciada com a revolução da mobilidade em 2007, empresas e governos vêm se mostrando com animo a fim de formar técnicas e metodologias desses modelos de mineração de dados.

Com o aumento de pessoas e dispositivos conectados à rede global de computadores e do exponencial barateamento dos custos para guarda de dados, a dimensão de dados gerados e armazenados não para de aumentar a cada dia. O Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio (2016, p.9) define o Big Data na seguinte passagem:

[...] conjunto de dados cuja existência só é possível em consequência da coleta massiva de dados que se tornou possível nos últimos anos, graças à onipresença de aparelhos e sensores na vida cotidiana e do número crescente de pessoas conectadas a tais tecnologias por meio de redes digitais e também de sensores.

Portanto, Big Data representa a compreensão de enormes volumes de dados de grande variabilidade. São necessários algoritmos de soluções específicas, que permitem aos profissionais de tecnologia e informação a laborar com os dados não-estruturados e estruturados em uma grande variação. Isto significa que eles jamais possuem correlação junto de si e sequer um alicerce definido. São, a título de exemplo, *posts* no *Facebook*, vídeos, fotos, *tweets*, geolocalização e os hábitos virtuais dos usuários.

As ferramentas de Big Data são de grande valia na designação de técnicas de marketing. Com elas é possível, por exemplo, elevar a renda, amenizar custos e adotar decisões de serviços mais inteligentes.

As ferramentas de armazenamento de Big Data similarmente são distintas das utilizadas para guardar dados comuns. Ao inverso dos bancos de dados comuns, os bancos usados no Big Data têm uma maior flexibilidade, uma vez que precisam apoiar não apenas de enormes volumes não estruturados, no entanto, os volumes crescem em grande quantidade em pouco tempo. Contudo, o Big Data igualmente precisa ser flexível para acolher diversos tipos de mídias.

O Big Data usa algoritmos gigantescos para fazer todo esse tratamento dos dados. Diante disso observaremos os preceitos básicos do Big Data para termos um conhecimento mais abrangente do tema. Esses algoritmos, por exemplo, funcionam em um sistema que tem fundamento em cinco Vs.: Volume, Velocidade, Variedade, Veracidade e Valor.

No meio público, o Big Data sem sombras de dúvidas pode se transformar em recursos poderosos uma vez utilizados de modo justo e coerente. Um sistema como o Big Data seria bem-vindo, pois preveniria e muito, como a exemplo do Brasil, a corrupção. Entretanto, trata-se de um fenômeno que desafia o mesmo corpo social de modo integral em que pese ao justo tratamento das informações.

Destarte, entende-se o fenômeno do Big Data, que permite a melhora de práticas de mineração para a obtenção permanente ou eventual

de dados e serviços de valor e benefícios significativos, por meio do nexo de dados e objetivando a um fim exclusivo. Tais correlações permitem, por meio de probabilidades, antevendo situações para futuramente alterar relações de causalidade atuais em massa. (MAYER-SCHONBERGER e CUKIER, 2013, pp. 8-10).

Tais correlações permitem, por meio de probabilidades, alertar sobre os fatos de que uma coisa acontece, antevendo situações para o futuro e capazes de alterar ligação de causalidade atual como, por exemplo, os crimes de corrupção por parte do estado e terceiros.

3.1 Big Data e prevenção

Segundo a advogada e especialista em Tecnologia e Internet, Elisa Mombelli (2015): desde 2011, o sistema do Big Data é usado pelos Estados Unidos dentro de programas de compliance. Nesse sentido, o pesquisador George Mohler desenvolveu um algoritmo em conjunto com um antropólogo e um criminalista, capaz de apontar determinados locais através de resultados fornecidos pelos Big Datas que antecipavam acontecimentos de crimes, indicando eventuais suspeitos e formas de execução dos ditos delitos. O Departamento Policial de Santa Cruz na Califórnia foi o primeiro a se utilizar desse sistema, onde foi constatada uma redução de 30% de ocorrências de crimes contra o patrimônio.

O Big Data é perfeitamente bem-vindo no sistema de prevenção de crimes no Governo brasileiro, não só naqueles acerca de corrupção, mas em outros meios. Desta maneira, é perfeitamente válida uma abordagem justa, efetiva e preventiva do Ministério Público de Contas e disponibilizando ao propenso infrator educação de cunho social ou até mesmo oneroso, todavia sempre visando caminhos mais compensadores do que o crime.

4 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Segundo o ilustre Procurador Geral do Ministério Público de contas do Estado de São Paulo, Dr. Rafael Neubern Demarchi Costa (2016, p.3):

O Ministério Público de Contas Brasileiro, também denominado pelo Supremo Tribunal Federal de Ministério Público Especial, surge com o Decreto Federal 1.166/1892, que disciplinou a estrutura do Tribunal de Contas da União. Desde aquele momento, no final do Século XIX, decidiu-se que funcionaria perante aquela Corte de Contas um Ministério Público especializado, separado e autônomo.

Diante do decreto citado não se especula aqui o esgotamento do assunto pertinente a criação e organização das entidades reguladas por tal decreto, mas sim, demonstrar em qual momento surge e mostrar a sua recepção pela Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna de 1988 consagra autonomia para o Ministério Público de Contas, não apenas de caráter funcional, mas também financeira e administrativa. Contudo, não o vincula a nenhum dos poderes da República Federativa. Portanto, é positivado ao Ministério Público Especial, independência, pois não integra ou não vincula esse órgão a nenhum poder, o quer seja: o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário. Ainda nas palavras do Dr. Rafael Neubern Demarchi Costa (2016, p.2):

A Constituição de 1988 faz referência ao Ministério Público de Contas em dois momentos. Primeiro, ao falar da composição do Tribunal de Contas da União no artigo 73, § 2º, inciso I, reserva uma vaga de Ministro na composição daquele colegiado para Membro oriundo da carreira ministerial. Depois, no artigo 130, sistematicamente posicionado no Capítulo IV, das funções essenciais à Justiça, Seção I, do Ministério Público, garantindo aos Membros do MPC idênticos direitos, vedações e forma de investidura dos demais ramos do Ministério Público.

O artigo 130 da Constituição Federal deixa claro que tal órgão é um braço dos demais ramos do Ministério Público. Porém, por algum tempo, houve inúmeras controvérsias sobre a atuação dos Ministérios Públicos Estaduais: havia dúvidas se esses podiam ou não officiar junto aos Tribunais de Contas dos Estados. O Supremo Tribunal Federal posicionou-se de modo que a atuação deveria ser feita por carreira autônoma e especializada. Pouco tempo depois é aprovada a resolução de n. 22/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que

estabelece prazo para que os membros dos Ministérios Públicos Estaduais regressassem para seus órgãos originários.

O Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com esta questão, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, na ADI 328/SC, concretizou que:

[...] ao debruçar-se sobre o tema, o Relator da ADI 789, Ministro Celso de Mello, intitulou o art. 130 da CF de ‘cláusula de garantia’, assentando que ela se acha ‘vacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas’. Isso significa que não se pode admitir, seja a que título for à transmigração de integrantes de outras carreiras públicas para o Parquet que atua nas Cortes de Contas, sob pena de violação da mencionada ‘cláusula de garantia’, que permite aos seus membros agir com plena independência no exercício de sua função de fiscal da lei, no respectivo âmbito de atuação.

O Conselho Nacional do Ministério Público através da Relatora Taís Shilling Ferraz fez uma consulta de nº 0.00.000.000843/2013-39 na qual, transcreve o seguinte trecho:

A já reconhecida autonomia funcional dos membros do MPC, em sucessivos precedentes do Supremo Tribunal Federal deve ser acompanhada da gradual aquisição da autonomia administrativa e financeira das unidades, de forma a ter garantido o pleno e independente exercício de sua missão constitucional.

O que se depreende da referida consulta é a reafirmação dos pareceres que foram dados pela Suprema Corte. Compete ao Ministério Público Especial através da constituição, desenvolver-se gradualmente suas atividades fins. A exemplo da missão Constitucional incumbida a esses órgãos tem-se a criação do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, por meio da Lei Complementar Estadual nº 1.110/2010, mas que só em 21 de março de 2012 teve início as suas atividades, contando apenas com nove Membros que exerce um controle externo de 644 municípios.

O Ministério Público Especial, a exemplo dos outros órgãos do Ministério Público, atua como um órgão agente, apontando irregulari-

dades ou ilicitudes, promovendo-se como procurador da sociedade na relação jurídico processual que avança no âmbito dos Tribunais de Contas. Nas palavras do Dr. Rafael Neubern Demarchi Costa (2016):

O conteúdo dos processos exige não apenas sólidos conhecimentos de Direito Financeiro, mas também técnicas e normas de auditoria governamental. Seja na análise de políticas públicas, seja em representações contra de editais de licitações, muitas vezes é necessário se valer de conhecimentos de outras ciências, tais como engenharia, contabilidade, economia, administração e tecnologia da informação.

O Ministério Público Especial tem papel fundamental na prevenção de crimes de corrupção por parte do estado e de terceiros. Além de fiscalizar a correta aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, apreciar os contratos celebrados pelo Poder Público junto ao privado, analisar a fundo os repasses a terceiros, além de poder analisar a admissão de pessoal da Administração Pública. O Ministério Público de Contas, graças à nossa Constituição de 1988, tem autonomia de fato para fazer toda a varredura necessária para a prevenção desses crimes que assolam a nação brasileira.

4.1 Políticas preventivas criminais

O assunto em tela raramente é estudado nos cursos de graduação, ainda que, a todo tempo, seja feita menção aos seus princípios, sem que se tenha a plena percepção de todas as abordagens que estão inseridas no seu universo. Visando apenas demonstrar um breve parecer sobre as políticas preventivas criminais, para conseqüentemente elucidar outras sanções que poderão ser incrementadas fora do contexto repressivo-penal é que se propõe este tópico sobre as políticas preventivas criminais.

A locução denominada política preventiva criminal nunca conta com um conceito unânime na teoria penal. Basileu Garcia *apud* Filho (2015) define-a como:

A ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos que o Estado dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Examina o Direito em vigor e, em resultado da apreciação de sua idoneidade

na proteção contra os criminosos, trata de aperfeiçoar a defesa jurídico-penal contra a delinquência, sendo o seu meio de ação, portanto, a legislação penal.

O campo repressivo do Direito nunca é o único instrumento sugerida pela política preventiva criminal destinada à redução da violência ou da corrupção. Inúmeras outras disposições de tendência hábil são capazes de ser adotadas a partir das conclusões da política preventiva criminal. Investimentos como o Big Data, por exemplo, são capazes de ser usados, eficazmente, nessa complicada missão.

Foi o que ocorreu, igualmente, no ano de 2003, quando o Ministério da Justiça arrolou um plano de confronto à lavagem de dinheiro. Foram propostas, ao longo da reunião do Gabinete de Gestão Integrada (GGI) de Prevenção e batalha à lavagem de dinheiro, ocorrida em 16/12/2003, seis metas centrais e trinta e dois objetivos.

Alguns dos métodos se frutificaram, podendo-se nomear o Laboratório de Tecnologia Contra à Lavagem de Dinheiro – LAB-LD, idealizado pela Secretaria Nacional de Justiça (SENAJUS), do Ministério da Justiça.

Instituída em 2003, a Estratégia Nacional de Luta contra a Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) possui como propósito somar esforços e aprimorar a interação e a atuação dos diversos órgãos e entidades públicas e privadas envolvidos com a temática nas muitas etapas relacionadas à providência e ao confronto a crimes de lavagem de dinheiro e desde 2007 contra a corrupção. De lá para cá, a cada ano, novos objetivos são propostos.

A habilitação da metodologia sancionatória de solucionar as dificuldades que lhe são destinados depende bastante das investigações empíricas sobre os instrumentos e a maneira de utilizá-los. Nesse modelo de investigação é que se insere o Big Data e aos membros do Ministério Público de Contas essa análise, pois, numa investigação empírica, os dados consistem nas observações registradas, isentas ainda de análise.

A fixação ou incrementação de disposições de caráter não repressivo, isoladas ou cumulativamente com aquilo que se faz de natureza penal, são de grande valia. Sanções de espécie econômica impostas pela administração, a título de exemplo, várias vezes contem a melhor eficiência que aquelas que limitem a liberdade, especialmente visto que haja

menores demandas de garantias que decorrem da prática da via administrativa, no momento em que comparada à judicial, incrementam a confiança, pelo cidadão, de que ela venha a se perfazer.

4.2 Do papel de polícia do Big Data e de membros do Ministério Público de Contas

O fenômeno denominado como Big Data nasce com a exigência da elevação da capacidade de conceber, guardar, colher e analisar dados. Caracteriza-se por ser um conteúdo que esboça a vastidão de volume de dados que impactam os interesses no dia a dia.

No Big Data, como já visto, o que de fato vale, é o que é possível realizar com esses dados e não propriamente quantos eles são. Em razão disso, as instituições o analisam para o aperfeiçoamento de suas técnicas, abrangendo, então, técnicas de cruzamento e tratamento de dados com o fim de retirar conclusões e inferências dos mesmos.

A especialista em direito eletrônico, Fernanda Tassinoffo (2018) traz alguns exemplos utilizados com o cruzamento desses dados, para melhor enfatizar o quanto a Big Data é fundamental:

Um exemplo clássico de utilização de Big Data se deu durante a Copa do Mundo de 2014, onde foi realizado uma colheita de opiniões dos usuários do *Facebook* e do *Flickr* acerca dos ocorridos no evento da copa, para que assim fosse concluído qual era o sentimento dos usuários em relação à referida Copa.

Revelando-se de maneira funcional e importante, é possível retirar informações cruciais de todos os aspectos imagináveis, em que pese, qual seria a finalidade dessa pesquisa e o funcionamento perfeito do Big Data.

De maneira universal, o Big Data permite o diagnóstico de comportamentos e tendências, e necessariamente, não sendo aplicado apenas como uma estratégia de marketing, e sim, no entanto com finalidade para uma melhora nos serviços públicos e privados, produtos ou serviços, etc.

O Big Data se mostra forte no setor privado, por tudo que ele é capaz de analisar e apontar resultados precisos. O setor público deve-se

valer dessa tecnologia que está presente, para aprimorar e aperfeiçoar suas entidades, diminuir gastos, entre outros inúmeros benefícios.

O papel de polícia do Big Data ficaria, portanto, à deriva da criação de um sistema computacional informatizado, que faria todo algoritmo computacional e o tratamento e cruzamento desses dados com a finalidade de fazer apontamentos de onde ou como estão ocorrendo os crimes que se pretende analisar. O controlador desse possível sistema seria o Ministério Público de Contas, e, portanto, é importante analisar o papel de polícia do Ministério Público Especial e de seus membros.

Entrando na esfera e na defesa do papel de polícia do Ministério Público de Contas, levantamos a seguinte dúvida: O Ministério Público tem legitimidade para a investigação de crimes? O Supremo Tribunal Federal reconheceu a autenticidade do Ministério Público para desenvolver, por permissão própria, investigações de conteúdo penal, porém ressaltou que a investigação terá que resguardar algumas medidas.

Entre os requisitos, os ministros frisaram que devem ser respeitados, em todos os casos, os direitos e garantias fundamentais dos investigados e que os atos investigatórios – necessariamente documentados e praticados por membros do MP – devem observar as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, bem como as prerrogativas profissionais garantidas aos advogados, como o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao direito de defesa. Destacaram ainda a possibilidade do permanente controle jurisdicional de tais atos (NOTÍCIAS STF, 06/11/2018)

O STF demonstrou expressamente quais medidas devem ser respeitadas para que se possa ter uma investigação legítima por parte do Ministério Público, reforçando essas medidas, a Suprema Corte redigiu um enunciado que se insere como tese para casos semelhantes. A tese fixada pela Corte foi que:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei

8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição. (INFORMATIVO STF. 06/11/2018)

Valendo-se dessas premissas e na inexistência de lei específica, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 13/2006, que versa sobre a instrução e tramitação do procedimento investigatório criminal executado pelo Parquet. Portanto, o Big Data pode ser muito bem implementado como uma ferramenta para tais fins, pois não afronta a legislação vigente, e o MPC tem legitimidade como preceitua a suprema corte. O Big Data já é realidade no Ministério Público do Rio de Janeiro, que se utiliza da inteligência artificial para agilizar investigações e evitar prescrição de crimes. A união e correção dos sistemas permite que informações de outros órgãos sejam reunidos, e permitem cruzamento desses dados em tempo real, de suspeitos de crimes.

5 CONCLUSÃO

O Big Data é a compreensão de enormes volumes de dados de grande variabilidade. São necessários algoritmos de soluções específicas, que permitem aos profissionais de tecnologia e informação a laborar com os dados não-estruturados e estruturados, mas não é a quantidade de dados que é importante, e sim o que as organizações fazem com esses dados, fazendo essas análises e conseqüentemente mostrando determinados resultados e tomada de pareceres.

O Ministério Público de Contas conduzindo o sistema, recolhendo e fazendo análises, apontamentos, conclusões efetivas dos dados. Observando por óbvio todo e quaisquer princípios pertinentes ao assunto impostos pelo presente artigo. É perfeitamente válida uma abordagem meramente justa, efetiva e preventiva do MP de Contas.

Nesse sentido se valendo da tecnologia que atua o Ministério Público Especial com um papel fundamental na prevenção de crimes de

corrupção por parte do Estado e de terceiros. Além de fiscalizar a correta aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, apreciar os contratos celebrados pelo Poder Público junto ao privado, analisar a fundo os repasses a terceiros, pode ainda analisar a admissão de pessoal da Administração Pública. O Ministério Público de Contas, graças a nossa Constituição de 1988, tem autonomia de fato para fazer toda a varredura necessária para a prevenção desse crime que assola a nossa nação.

REFERÊNCIAS

ACESSO À INFORMAÇÃO GOVERNO FEDERAL, LAI. **Lei de acesso à informação**. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/a-lei-de-acesso-a-informacao>> Acesso em. 20/10/2018

ÂMBITO JURÍDICO. **Considerações gerais sobre direito eletrônico**. Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19141>. Acesso em 27/09/2018.

ANPR. **Consulta nº 0.00.000.000843/2013-39**. Disponível em <http://www.anpr.org.br/images/anpr_em_acao/agosto2013/mpcontas_voto_taisferraz.pdf>. Acesso em 01/10/2018

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **A utilização do Big Data para prevenção de crimes**. Disponível <<https://canalcienciascriminais.com.br/big-data-prevencao-crimes/>>. Acesso em 05/11/2018.

CANALTECH. **Big Data: os cinco Vs que todo mundo deveria saber**. Disponível em <<https://canaltech.com.br/big-data/Big-Data-os-cinco-Vs-que-todo-mundo-deveria-saber/>> Acesso em. 01/11/2018

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **CJF-Enunciados**. Enunciado 4. I Jornada de Direito Civil. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>> Acesso em. 19/05/2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **Uso do big data na segurança pública é bem-vindo**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-01/elisa-mombelli-uso-big-data-seguranca-publica-bem-vindo>>. Acesso em 27/02/2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**. Parte Geral II. As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo:RT, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia**. 2. Ed. Coimbra:Coimbra, 1997.

FILHO, Antonio Carlos Santoro. **Conceito de Política Criminal**. São Paulo: âmbito jurídico. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43624/conceito-de-politica-criminal#_ftn1>. Acesso em: 22 de abr. 2019.

FORTUNY, Enric Junqué de; MARTENS, David e PROVOST, Foster. **Predictive modeling with Big Data: Is bigger re-ally better?** 2013. Disponível em: <http://online.liebert-pub.com/doi/pdf/10.1089/big.2013.0037>. Acesso em: 30/05/2017.

GLOBALWEB. **Uso do big data na segurança pública é bem-vindo**. Disponível em <<https://www.globalweb.com.br/2014/07/uso-do-big-data-na-seguranca-publica-e-bem-vindo/>>. Acesso em 27/02/2019.

GOMES, Rodrigo. **Big Data: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação**. Rio de Janeiro, 2017.P.61.

INFORMATIVO STF. **Ministério Público e investigação criminal - 20**. Disponível <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo785.htm>>. Acesso em 06/11/2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2010**. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>> Acesso em: 01/11/2018

ITS. Instituto e Sociedade & Tecnologia do Rio. **Big Data no projeto Sul Global: relatório sobre estudos de caso**. 2016. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf>. Acesso em: 25/04/2019

JORNAL CARTA FORENSE. **O papel do ministério público de contas**. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-papel-do-ministerio-publico-de-contas/16131>>. Acesso em 27/09/2018.

JUS BRASIL. **O Ministério Público pode realizar diretamente a investigação de crimes?** Disponível em. <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/323413859/o-ministerio-publico-pode-realizar-diretamente-a-investigacao-de-crimes>>. Acesso em 06/11/2018.

JUS BRASIL. **Política criminal, direito de punir do estado e finalidades do direito penal.** Disponível <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>>. Acesso em 05/11/2018.

JUS.COM.BR. **Ministério Público faz parte de que poder? Judiciário? Ele não é autônomo.** Disponível <<https://jus.com.br/duvidas/54903/ministerio-publico-faz-parte-de-que-poder-judiciario-ele-nao-e-autonomo>>. Acesso em 27/09/2018.

JUS.COM.BR. **O big data e o policiamento preditivo.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/36752/o-big-data-e-o-policiamento-preditivo>>

JUSBRASIL. **Art. 43 do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8078/90.** Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10601860/artigo-43-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990>> Acesso em 19/10/2018.

JUSBRASIL. **Decreto 7962/13 | Decreto nº 7.962, de 15 de Março de 2013.** Disponível em <https://presrepública.jusbrasil.com.br/legislacao/1034424/decreto-7962-13>> Acesso em 09/06/2018.

KRAMER, Samuel noah. **The Sumerians: Thei History, Culture, and Character.** Chicago: University of Chicago Press, 1963. P.302

MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth. **Big Data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana.** In: POLZONOFF Junior. 1º. edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MOMBELLI, Elisa. **O big data e o policiamento preditivo.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4270, 11 mar. 2015. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/36752>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

NOTÍCIAS STF. **STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais.** Disponível <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em 06/11/2018.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Os institutos do Direito Informático.** São Paulo: Âmbito jurídico. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5487>. Acesso em:22 de mai. 2019.

PENSANDO O DIREITO. **Proteção de dados pessoais.** Disponível em <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/>> Acesso em 18/10/2018

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em. 30/10/2018

PLANALTO. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em. 30/10/2018

PLANALTO. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9507.htm> Acesso em. 31/10/2018

PLANALTO. **Lei nº 13.709, de 14 De agosto de 2018**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm> Acesso em 18/10/2018.

POLITIZE. **6 remédios constitucionais que ajudam a proteger os seus direitos**. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/remedios-constitucionais-o-que-sao/>> Acesso em. 30/10/2018

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del Derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Conceito de Política Criminal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4549, 15 dez. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43624>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.129.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P.92.

SENADO FEDERAL. **Lei vai coibir violação e mau uso de dados**. Disponível em<<https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2018/07/lei-vai-coibir-violacao-e-mau-uso-de-dados>> Acesso em 31/10/2018

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei geral de proteção de dados pessoais é aprovado no Senado**. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/10/projeto-de-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-aprovado-no-senado>> Acesso em. 31/10/2018

TECNOLEGIS. **Direito constitucional habeas data**. Disponível em <<https://www.tecnolegis.com/estudo-dirigido/auditor-fiscal-do-trabalho-2009/constitucional-habeas-data.html>> Acesso em. 31/10/2018

ZANON, João Carlos. **Direito à Proteção dos Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOMBELLI, Elisa. **O big data e o policiamento preditivo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4270, 11 mar. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36752>. Acesso em: 18 set. 2019.

G1.COM. **MPRJ aposta em inteligência artificial para agilizar investigações no Rio**. Disponível em < <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/10/01/mp-aposta-em-inteligencia-artificial-para-agilizar-investigacoes-no-rj.ghtml> > Acesso em 19/09/2019



MATO GROSSO DO SUL

ESA

OS HOMICÍDIOS OCORRIDOS NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, SOB A INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL: A PROBLEMÁTICA DA CULPA CONSCIENTE E DO DOLO EVENTUAL

Giovana Vieira Lino⁶¹

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade trazer, frente aos numerosos índices de mortes ocorridas no trânsito ocasionadas por condutores que ingeriram bebida alcoólica, a árdua tarefa dos julgadores de enfrentar a tênue linha que diferencia a culpa consciente e o dolo eventual, de modo que a sua aplicação ao caso concreto ocorra de forma equânime, bem como trazer a posição adotada pelos Tribunais Superiores a respeito. A problemática em estudo ganhou exímias proporções devido ao fato que esse assunto ultrapassa os limites tão somente jurídicos e encontra forças principalmente nas manifestações da sociedade e da mídia, que procuram a todo custo sanções mais severas. O tema ganhou maior relevância quando o princípio da especialidade, qual seja, aquele que preconiza que a Lei especial prevalece sobre a Lei geral, começou a ser mitigado pelos julgadores, de forma que começaram a aplicar o dolo eventual nos homicídios de trânsito de forma abstrata, pelo simples fato do condutor estar embriagado, não se atentando ao arcabouço probatório do caso concreto, mas tão somente se valendo de argumentos genéricos, declinando a competência ao Tribunal do Júri. Para melhor compreender tal dicotomia, a pesquisa foi pautada em consultas bibliográficas de doutrinas e revistas jurídicas, e principalmente, na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Além disso, foi abordada a mudança legislativa advinda pela Lei nº 13.546/17 ao CTB. Nessa sistemática, observou-se a grande necessidade de homogeneidade do entendimento, para a não ocorrência da insegurança jurídica e a discrepância de penas aos indivíduos que se encontram em casos similares.

PALAVRAS-CHAVE: Homicídio de Trânsito. Embriaguez ao Volante. Culpa Consciente. Dolo Eventual. Lei nº 13.546/17.

61. Advogada devidamente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil sob o nº 23.999 OAB/MS. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade IBMEC São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. E-mail: giovana.lino@hotmail.com.

1 ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Ao abordar sobre o elemento subjetivo do tipo, convém previamente memorar que ao tratarmos da palavra “crime” estamos analisando um conceito que analiticamente caracteriza-se como um fato típico e antijurídico, ou seja, para Mirabete (2013, p. 82), “fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo), que provoca, em regra, um resultado, e é previsto como infração penal”, já ao que tange a antijuricidade, “fato antijurídico é aquele que contraria o ordenamento jurídico”.

Posto isso, cumpre ainda asseverar que o elemento subjetivo do tipo é analisado e compreendido pela doutrina tradicional como um elemento da culpabilidade, no entanto, afiliando-se ao entendimento de Damásio de Jesus (2013) que adota a teoria finalista, o dolo integra a conduta, sendo que a ação e a omissão não são consideradas simplesmente comportamentos naturais, mas devem ser consideradas omissões e ações dolosas.

A teoria finalista foi sistematizada por Hans Welzel, filósofo e jurista alemão, e se consolidou no fato de que averiguar tão somente a conduta e o seu resultado, não compõe a completude do crime, mas se faz imprescindível analisar a esfera da vontade do agente, ou seja, a finalidade que sua intenção almeja. À vista disso, Andréa Flores (2015) afirma que é imprescindível averiguarmos qual era o propósito que conduzia a conduta, se o resultado previsto foi ou não atingido e se este desfecho era ou não um fim adverso aos preceitos legais criminais, e em contrapartida, se este remate, mesmo que não cercado de intenção, era previsível. Tal apreciação, nada mais é que a identificação dos elementos do dolo ou da culpa.

1.1 Crime doloso

Partindo-se do binômio regra e exceção, podemos dizer que a doutrina moderna trata o elemento subjetivo do dolo como regra geral dos tipos penais. Seu conceito vem cominado no Art. 18, inciso I do Código Penal, o qual dispõe como sendo doloso o crime “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Ao analisar tal conceituação disposta pelo Legislador, a doutrina

dividiu o disposto no inciso I em duas espécies, quais sejam, o dolo direto (primeira parte) e o dolo eventual (segunda parte), que respectivamente correspondem ao agente que quis o resultado de forma consciente, e ao agente que apesar de não ter a vontade (*animus*), assumiu o risco de obtê-lo, espécies que aprofundaremos logo à frente.

Destarte, pode-se dizer que o dolo é composto por dois elementos importantes, quais sejam, o elemento volitivo (vontade) e o elemento cognitivo (consciência).

1.1.1 Teorias sobre o dolo

Deveras importantes, são as teorias que circundam o estudo do dolo, quais sejam: a teoria da vontade, a da representação e a do assentimento. Damásio de Jesus explica que (2013, p. 328) “para a teoria da vontade, é preciso que o agente tenha a representação do fato (consciência do fato) e a vontade de causar o resultado”, ou seja, podemos dizer que tal teoria consiste na somatória do binômio cognitivo e volitivo, caracterizando assim, o dolo direto. Já a teoria da representação está envolta ao termo previsibilidade. Ela enuncia que o simples fato de o desfecho ser previsível, já caracteriza o dolo.

Por último, temos a teoria do assentimento, a qual rege o entendimento e conceito do dolo eventual. Para tal teoria, basta o consentimento em assumir o risco do resultado, ou seja, ela intenta a previsibilidade do desfecho como possível, diante da conduta que está se assumindo, deixando de lado, no entanto, o elemento volitivo. Para essa teoria não é necessário a vontade de ensejar o resultado, mas apenas o seu consentimento em assumir uma conduta de risco, já é o bastante.

Logo, podemos dizer, rememorando o Art. 18, I do Código Penal, que o ordenamento jurídico pátrio adotou tanto a teoria da vontade, ao que tange o dolo direto, quanto a teoria do assentimento ao dispor sobre o dolo eventual.

1.1.2 Espécies de dolo

A doutrina sistematiza, como principais espécies, o dolo direto e o dolo eventual, até mesmo por ser os conceitos trazidos pelo próprio legislador. É relevante entender que a conceituação do dolo é o mesmo

para todos os crimes, mas a sua variável está na maneira de sua materialização, o que como consequência, individualiza as figuras típicas, uma vez que forma seus componentes (DE JESUS, 2013).

O dolo direto é considerado o principal dentre as outras espécies, e consiste na vontade destinada a realização do resultado, ou seja, a intenção se encaixa perfeitamente ao desfecho, como por exemplo, temos o indivíduo munido de uma arma de fogo, e querendo a morte da vítima, desfere-lhe um tiro fatal (NUCCI, 2017).

Já ao que tange o dolo eventual, para Gustavo Junqueira (2014), esse se caracteriza nos resultados não almejados, mas ditos como possíveis, em virtudes dos meios escolhidos para alcançar o objetivo. Em outras palavras, embora o agente não queira o desfecho, assume o risco de sua possível produção. Pode se observar que nessa espécie os elementos cognitivo e volitivo se apresentam de forma extremamente minimizadas, haja vista que o autor não possui convicção de que resultado irá causar, tão menos, tem vontade que o evento danoso ocorra, e é por ter esses efeitos caracterizadores do dolo diminuídos, que se assemelha em tanto a culpa consciente.

Em síntese, a intenção do agente alça um certo resultado, no entanto, ele é capaz de enxergar a possibilidade de um segundo resultado, que não pretende, mas consente com o risco de obtê-lo, ou seja, não se importa com a possibilidade de sua ocorrência

1.2 Crime culposo

Ao passo que o dolo é regra geral, a culpa pode ser dita como excepcional em nosso ordenamento jurídico pátrio, visto que suas penalidades recaem de modo específico. O conceito de culpa está previsto no Art. 18 do Código Penal, em seu inciso II, o qual denota ser o crime culposo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Pode-se dizer, que a culpa materializa-se na inobservância de um dever de diligência, ou seja, é a quebra de um cuidado objetivo. O cuidado objetivo nasce a partir do momento que são impostas condutas determinadas para o harmônico convívio social, de modo a não produzir danos na esfera de outrem (DE JESUS, 2013).

Para Gustavo Junqueira (2014), os crimes culposos dependem da

valoração do aplicador da norma, ou seja, cabe ao juiz medir o nível de diligência esperado para determinada conduta, e por isso são ditos crimes abertos. Para essa averiguação do cuidado objetivo, segundo Damásio de Jesus (2013, p. 338), se faz necessário comparar a conduta realizada com o “comportamento que teria uma pessoa dotada de discernimento e de prudência colocada na mesma situação do agente” (*apud*. Welzel, 1976, p. 25), isto é, nasce uma apreciação intimamente ligada a previsibilidade do resultado.

Não obstante, por se tratar de um elemento excepcional, a culpa deve vir cominada de forma expressa nos tipos penais, ou seja, se o dispositivo for silente, trata-se apenas de um crime doloso, o qual não existe na modalidade culposa.

Em suma, pode-se concluir que nos crimes culposos temos uma atitude voluntária, no entanto, temos um desfecho não almejado, mesmo que esse seja considerado previsível, ou seja, como melhor sintetiza Rogério Greco (2008, p. 98) “na conduta culposa, os meios escolhidos e empregados pelo agente para atingir a finalidade lícita é que foram inadequados ou mal utilizados”.

1.2.1 Elementos da culpa

Seguindo a doutrina de Mirabete (2013, p.132) podemos elencar 5 elementos que perfazem a modalidade culposa, quais sejam: “a conduta, a inobservância do dever de cuidado objetivo, o resultado lesivo involuntário, a previsibilidade e a tipicidade”.

Enquanto nos crimes dolosos, a ação está intrinsecamente ligada ao resultado ilícito, nos crimes culposos a análise não circunda o desfecho, mas o modo de agir do agente, o qual objetivava um fim lícito mas não utilizou dos modos adequados para o alcançar. Um grande exemplo, é o do motorista que, almejando chegar rapidamente a um evento, invade a contramão de direção e vem a colidir com outro carro, causando lesões graves no outro motorista. Com situação exemplificativa similar, Mirabete (2013, p. 133) completa que “essa inobservância do dever de cuidado, faz com que essa sua ação configure uma figura típica. A conduta culposa é, portanto, elemento do fato típico”.

O convívio em sociedade exige de cada indivíduo um padrão de comportamento que impele a lesão ao bem jurídico de outrem; tal pen-

samento está pautado no princípio da confiança. No entanto, quando um indivíduo não atenta-se a esses cuidados indispensáveis, e acaba por lesar de alguma forma o bem jurídico de outro indivíduo, deverá ser responsabilizado pelo ato, haja vista que é essa falta de diligência exigida que torna a ação antijurídica (MIRABETE, 2013).

Quanto ao resultado, se diz involuntário pois de maneira alguma deve ser ele almejado pelo agente. Todavia, para haver a punibilidade pelo crime culposos, o resultado deve acontecer, pois a mera inobservância do dever de cuidado sem o resultado lesivo, não pode ser penalizado na esfera penal, há de existir o nexo de causalidade, como em todos os fatos típicos.

Damáσιο de Jesus (2013, p. 341) em sua doutrina, sintetiza de forma primorosa que a “culpa é a imprevisão do previsível”. De forma alguma o agente causador do dano deve querer o desfecho lesivo, pois se há vontade estaremos atravessando a linha fronteira e passando para a esfera do dolo. No entanto, ao que tange a modalidade culposa, há de se falar em um conhecimento do possível desfecho que sua conduta pode acarretar, isto é, a antevisão do resultado. Guilherme Nucci *apud*. Magalhães Noronha (2017) divide a previsibilidade em objetiva e subjetiva, que respectivamente tangem a previsão medida a partir do conhecimento de um homem médio e a previsão do indivíduo considerado em si mesmo.

Não obstante, temos o elemento da tipicidade que partindo-se da máxima do Direito Penal, para que se exista um crime, ele deve ser previamente previsto no ordenamento jurídico. De igual forma, para se aplicar a culpa, ela deve estar expressamente prevista nos tipos penais. Por exemplo, não há falar em furto culposos, haja vista que não existe sua previsão nessa modalidade. Mas podemos falar em homicídio culposos, por estar expressamente cominado no Art. 121, § 3º do Código Penal.

Ademais, pode-se dizer que o Art. 18, II do Código Penal não trouxe uma conceituação específica de culpa mas trouxe suas modalidades, quais sejam: imprudência, negligência e imperícia. Todas elas representam comportamentos que configuram a inobservância do dever de cuidado.

A imprudência presume uma ação, isto é, fazer algo sem a devida diligência exigida. Nucci (2017, p. 190) explana que a imprudência é “um comportamento sem cautela, realizado com precipitação ou com

insensatez. Ex.: a pessoa que dirige em alta velocidade dentro da cidade, onde há passantes por todos os lados”.

Enquanto a imprudência nos remete uma atitude comissiva, a negligência nos remete a um ato omissivo. Consiste assim, na privação de conduta diligente essencial. Mirabete (2013, p.137) exemplifica: “não colocar avisos junto a valetas abertas para um reparo na via pública; não deixar freado automóvel quando estacionado; deixar substância tóxica ao alcance de crianças etc.”.

Já a imperícia significa a falta de perícia, falta de técnica, conhecida também como culpa profissional. Ela abarca tanto o ato comissivo quanto o omissivo, é a não observância dos deveres de diligência próprios e pontuais da realização de um determinado exercício profissional (JUNQUEIRA, 2014).

Ato contínuo, a doutrina divide a modalidade culposa em duas espécies a saber: culpa inconsciente e culpa consciente. A culpa inconsciente consiste na não previsão de um resultado que é considerado previsível, enquanto a culpa consciente é a crença sincera na não ocorrência de um resultado, que é previsto (MIRABETE, 2013).

A culpa inconsciente é dita como culpa comum, pois ela se perfaz através da imprudência, negligência e da imperícia. Já na culpa consciente existe uma previsibilidade concreta, e é por isso que nasce uma linha extremamente tênue entre o dolo eventual. Na espécie consciente, o agente confia tanto em suas habilidades que acredita profundamente que o resultado nunca será efetivado.

Visto isso, podemos concluir que para a configuração da culpa consciente deve haver uma vontade contrária ao resultado obtido, e como consequência a convicção certa de que, através de seus atributos, jamais alcançaria o resultado, mesmo que previsível.

2 DISTINÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

É a partir das análises conceituais das espécies dos elementos subjetivos do tipo que nasce a grande problemática da dicotomia dolo eventual vs. culpa consciente, visto que a linha distintiva entre ambas é tão tênue que é capaz de criar um grande desafio aos aplicadores do

Direito ao caso concreto. C ezar Bitencourt (2007, p. 288)   magnificente ao dizer que “os limites fronteiriços entre o dolo eventual e a culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito”.

A dificuldade de aplica o entre uma e outra, parte do fato que estamos entrando na esfera interior de um indivíduo, buscando entender e especificar o que se passou no mais íntimo do seu ser. Nucci (2017, p. 191) confirma esse embaraço ao afirmar que “trata-se de distin o teoricamente plausível, embora, na prática, seja muito complexa e difícil”. Podemos dizer então, que teoricamente, temos nas duas espécies o indivíduo que possui a previsibilidade do desfecho, contudo, no dolo eventual o agente se queda indiferente ao possível resultado, não se importando se irá acontecer ou não, enquanto que na culpa consciente o agente de forma alguma almeja o resultado, mas acredita sinceramente que ele jamais ocorrerá (DE JESUS, 2013).

H  então de se concluir que a aplica o do dolo eventual e da culpa consciente ao caso concreto estará muito mais ligada a uma investiga o das circunstâncias fat dicas que circundam o fato do que realmente foi a inten o real do agente ao se envolver em determinada situa o típica.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogerio Schietti Cruz (2017), em julgamento do Recurso Especial n. 1.689.173, de sua relatoria, o qual tratava-se de um caso de difícil aplica o do dolo eventual e da culpa consciente, ao fundamentar seu voto citou a renomada li o de Nelson Hungria sobre o campo intencional do agente causador do ilícito penal: “Desde que não   possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato” (*apud*. Hungria, 1955, s.p).

Nelson Hungria (1980) ainda completa traçando com veemência o contraste entre as duas situa o mentais, afirmando que existe entre ambas algo em comum, qual seja, a previsibilidade do resultado contrário a lei, no entanto, ao que tange o dolo eventual, o indivíduo se mostra aquiescente ao possível desfecho, escolhendo comprometer-se a possibilidade de produzi-lo do que lançar fora a a o; já na culpa consciente, de forma diversa, há um agente que repugna o resultado, mas apesar de não renunciar a a o, cr  sinceramente que ela jamais ocorrerá.

Complementando a diferença traçada por Hungria, Eudes Quintino (2013) cita uma importante Teoria adotada pelo nosso Código Penal ao tratar sobre a identificação do dolo eventual, qual seja, a Teoria Positiva do Conhecimento, que teve como expoente o alemão Reinhart Frank, o qual desenvolveu um método para identificar a assunção do risco. Para ele caracterizado está o dolo eventual quando o agente tem o pensamento: “Seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”.

À vista disso, Nucci (2017) conclui explanando que obter a veracidade daquilo que se passou no mais íntimo de um indivíduo, a sua real motivação, o que cogitou em sua mente (quedou-se indiferente ao possível resultado ou acreditou sinceramente que ele não ocorreria), é uma tarefa deveras impossível.

2.1 Homicídios ocorridos na condução de veículo automotor, sob a influência do álcool

Quando o assunto são os homicídios ocorridos na condução de veículo automotor com o fator embriaguez, o mundo jurídico vive uma verdadeira turbulência. Caracterizar-se o dolo eventual e a culpa consciente ao caso concreto é uma árdua tarefa que se torna ainda mais penosa quando o crime que está em discussão é o supracitado homicídio no trânsito.

Tal polêmica torna-se ainda mais veemente pois trata-se de um assunto inerente a vida do ser humano, haja vista que todos possuem um convívio diário com o trânsito, seja como condutor, pedestre, ciclista, ou apenas usuário dos transportes públicos. E a vista disso, por estar nessa condição relacional, a população tem se manifestado cada vez mais diante das assombrosas estatísticas de mortes no trânsito em decorrência da embriaguez dos motoristas, e por consequência, tem suplicado por medidas mais severas. Ou seja, trata-se de um assunto que extrapola os limites de atuação dos magistrados, promotores e defensores, e passa a ser um tema que é de interesse e análise também da população.

A ativa manifestação populacional nesse sentido é ensejada principalmente devido as assustadoras estatísticas apresentadas. Um levantamento feito pela Polícia Rodoviária Federal no ano de 2015, constatou que a embriaguez na condução de veículo automotor resultou na morte

de 479 pessoas, e no ano de 2016 foi constatado que entre as principais causas de acidentes com o desfecho morte, 15,6% são decorrentes da ingestão de álcool.

Deveras importante é salientar que mesmo após a mudança legislativa trazida pela Lei 11.705/08, popularmente conhecida como “Lei Seca”, a qual trouxe medidas mais severas para a combinação álcool e direção, as percentagens ainda continuam significativas. No ano de 2016 uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde nas capitais do país, constatou que 7,3% dos brasileiros admitiram que ingerem álcool e logo após pegam o volante. Diante disso, o clamor social por maiores sanções a essa nova figura criminosa, qual seja, o “homicida de trânsito”, tornou-se mais veemente, principalmente por intermédio da mídia, a qual começou a tomar, em muito, a frente nas decisões judiciais. (KESLER, 2012).

Logo, algo que já era conturbado, se tornou ainda mais com a ascendência do clamor social, tendo aumentado grandemente os números de decisões divergentes pelo território nacional. De um lado, juristas (com o apoio significativo da população e da mídia) passaram a aplicar o entendimento de que aquele que comete homicídio no trânsito, embriagado, assume o risco do desfecho adverso, e por isso, caracterizado está o dolo eventual, e como consequência, deve responder pelo Art. 121 do Código Penal em sua modalidade dolosa, com submissão ao Tribunal do Júri, amparados ainda, pela mudança legislativa advinda da Lei 11.705/2008. Em contrapartida, outra vertente de juristas, continuaram seguindo o entendimento primado pelo Código de Trânsito Brasileiro, qual seja, o da culpa consciente, aplicando-se o seu respectivo Art. 302.

Insta frisar, que essa euforia popular e a consequente tentativa de resposta do Estado, consagrou através Lei 11.705/2008 (“Lei Seca”), a extirpação da culpa consciente nos homicídios de trânsito sob a influência de bebida alcoólica (positivamente explanado), e isso em muito preocupou os juristas, como explica Kessler (2012, p. 29):

Com o advento da Lei nº 9.503/97, que estatuiu o CTB, os homicídios de trânsito eram capitulados no art. 302 e seus incisos, que se referiam estritamente aos homicídios culposos praticados na condução de veículos automotores, incidindo um agravante na pena, na hipótese antes prevista no inciso V, quando o condutor estivesse embriagado. Ora, parece um juízo razoável; considera-se culposos

o homicídio, mas em virtude do agente ter potencializado a sua negligência mediante o consumo de bebidas alcoólicas ou outras substâncias entorpecentes, vindo a ampliar a criação de um risco a um bem juridicamente tutelado, a sua pena recebe um aumento considerável, eis que representava até a metade da pena imposta. Contudo, com o advento da legislação que veio com o intuito de estabelecer a tolerância zero ao álcool no trânsito, o inciso V foi revogado, acabando com a figura do homicídio culposo em delitos de trânsito quando o condutor estiver com qualquer nível de álcool no sangue. Dessa forma, o homicídio de trânsito passou a ser capitulado pelo CP, nas hipóteses em que se verificar a presença de álcool ou de qualquer substância entorpecente e, assim, passou a ser delimitada como dolo, em uma equivocada e tendenciosa interpretação do art. 18 do CP, criando uma voz que vem se popularizando nos julgamentos em nossos tribunais. Isso foi fruto da necessidade sentida por alguns operadores do direito, e pela sociedade de forma geral, em dar uma resposta mais efetiva aos homicídios cometidos na direção de veículos automotores quando verificada a ingestão de bebidas alcoólicas. (Revista Síntese: Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre, RS: v. 11, n. 72, fev./mar. 2012.)

Visto isso, conclui-se que com o advento da supracitada Lei, mais do que causar ainda mais dúvidas e divisões no mundo jurídico sobre o assunto, ficou evidente o que Pedro Lenza (2013) conceitua ser uma legislação álibi, a qual o legislador se isentou de instruir-se a fundo sobre a problemática, e quedou-se tão somente a criar uma Lei, como mera resposta ao clamor da sociedade, de forma manipuladora e ilusória, de longe sendo uma solução ao infortúnio.

Por isso, grande parte da doutrina, se posicionou totalmente desfavorável diante de tal “anomia legislativa”, como bem denomina Daniel Kessler (2012), haja vista que foi permitido uma abstração da conduta, sem levar em conta a ofensividade do caso concreto, não analisando a gravidade de tal mudança aplicada ao fato real.

Diante de tais críticas veementes à Lei 11.705/2008, e a aparente supressão da culpa consciente que ela cominou, várias decisões, principalmente dos nossos Tribunais Superiores, acaloraram ainda mais a problemática. Uma das mais recentes foi dada pela 6ª Turma do STJ, ao julgar o Recurso Especial n. 1.689.173 que trouxe o entendimento de que a mera embriaguez ao volante, sem nenhum aditivo de outras circunstâncias abusivas que violem a obrigação do cuidado objetivo, não

pode ser fator determinante para configurar o dolo eventual. Com esse parecer, o recurso em julgamento, que se tratava de um homicídio ocorrido no trânsito sob o efeito de álcool do motorista, foi desclassificado para crime culposo e como consequência, foi retirada a competência anterior do Tribunal do Júri e passou-se as mãos do Juiz Singular, para o seu julgamento com base no Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Vale ressaltar que em primorosa explanação e fundamentação no relatório do julgamento do supratranscrito Recurso Especial, o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz (2017), classificou como extremamente tormentosa a delimitação fronteira que desconjunta o dolo eventual da culpa consciente, principalmente ao que tange os homicídios de trânsito, afirmando ainda que toda vez que está diante de tal defronto, se depara com grande dificuldade de chegar a uma conclusão indubitável do *animus* que circundou a conduta do agente, visto que nem sempre o que se cogita na mente se externa em seus atos.

O Ministro afirmou ainda que o raciocínio normalmente aplicado é que nas situações que envolvem os crimes de trânsito, os quais o próprio motorista é afetado com o evento danoso, é de que não houve intenção mas sim a mera inobservância do dever de cuidado, pois a regra geral circunda no fato de que não é normal uma pessoa usar o veículo automotor para matar alguém, e mesmo no estado de embriaguez, em sua grande parte, o condutor age crendo de forma sincera que é bom o suficiente para dirigir o veículo sem causar nenhum acidente.

Não obstante, o Relator Rogerio Schietti Cruz (2017) fez ainda uma severa crítica ao levantar a questão de que as instâncias originárias, ao decidirem sobre o caso, partiram apenas do entendimento perigoso que vem se alastrando nos julgados do país, os quais tem levado em conta que o simples fato da embriaguez ao volante caracteriza o dolo eventual, sem ao menos averiguar outros elementos probatórios, o que, segundo ele, leva a incidir a figura típica por simples subsunção, levando ao desapego dos magistrados na análise dos fatos concretos da conduta, o que como consequência afasta a aplicação do Direito Penal do fato, por seguirem “modelos de *praxis*”.

Ressaltasse, que esse entendimento perigoso ao que tange o dolo eventual, suprime principalmente a averiguação probatória dos graus de embriaguez que possui grandes alternâncias, variando entre uma menor influência do álcool até o integral estado de embriaguez, o qual, segun-

do o Ministro Rogério Cruz (2017), não é medida de justiça aplicar a mesma reprovabilidade a dois estados tão discrepantes de ingestão alcoólica. Vejamos o julgado em análise:

EMENTA PENAL. PROCESSO PENAL. PRONÚNCIA. FILTRO PROCESSUAL. PROCEDIMENTO DO JÚRI. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO APÓS SUPOSTA INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA. AUSÊNCIA DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. ART. 415, II, DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284 DO STF. EXCESSO DE LINGUAGEM. AUSÊNCIA. OMISSÕES E OBSCURIDADES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. DOLO EVENTUAL. EMBRIAGUEZ. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEDENTES AO TIPO. DESCCLASSIFICAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. 5. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão a partir de circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto e anuído ao resultado morte. 6. A embriaguez do agente condutor do automóvel, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual. Conquanto tal circunstância contribua para a análise do elemento anímico que move o agente, não se ajusta ao melhor direito presumir o consentimento do agente com o resultado danoso apenas porque, sem outra peculiaridade excedente ao seu agir ilícito, estaria sob efeito de bebida alcoólica ao colidir seu veículo contra o automóvel conduzido pela vítima. 7. Não é consentâneo, aos objetivos a que representa na dinâmica do procedimento bifásico do Tribunal do Júri a decisão de pronúncia, relegar a juízes leigos, com a cômoda invocação da questionável regra *do in dubio pro societate*, a tarefa de decidir sobre a ocorrência de um estado anímico cuja verificação demanda complexo e técnico exame de conceitos jurídico-penais. 8. A primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem o objetivo principal de avaliar a suficiência ou não de razões (*justa causa*) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*iudicium accusationis*) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas a serem objeto de decisão

pelo juízo da causa (*iudicium causae*). A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, indispensável para evitar imputações temerárias e levianas, “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento” (MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: RT, 1973, p. 11). 9. **A jurisdição criminal não pode, ante a deficiência legislativa na tipificação das condutas humanas, impor responsabilidade penal além da que esteja em conformidade com os dados constantes dos autos e com a teoria do crime, sob pena de render-se ao punitivismo inconsequente, de cariz meramente simbólico, contrário à racionalidade pós-iluminista que inaugurou o Direito Penal moderno.** 10. Recurso especial parcialmente conhecido e - identificada violação dos arts. 419 do Código de Processo Penal e 302 do Código de Trânsito Brasileiro, assim como reconhecida a apontada divergência jurisprudencial - provido para reformar o acórdão impugnado, desclassificar a conduta da recorrente para o crime previsto no art. 302 do CTB e remeter os autos ao Juízo competente. (STJ, REsp. 1.689.173 - SC, 6.^a T., rel. Rogério Schietti Cruz, 2017/0199915-2). GRIFO NOSSO.

À vista disso, deveras importante também foi a decisão dada pela primeira turma do STF ao julgar o *Habeas Corpus* n. 107.801, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, julgado esse, que ficou conhecido como jurisprudência “contra majoritária”, ou seja, jurisprudência que atende a Constituição Federal e os conceitos clássicos da Teoria do Delito entrando em uma via de mão dupla que segue o caminho contrário a opinião da população.

Em tal decisão, evidenciou-se que o dolo eventual nos homicídios de trânsito com o fator embriaguez deve ser visto como algo excepcional, ou seja, que foge à regra da culpa consciente, haja vista que o dolo eventual jamais deve ser presumido, devendo ser caracterizado somente quando demonstrado de forma concreta no assentimento do risco. O Ministro Luiz Fux (2011) ao fundamentar e justificar seu voto pontuou que, ao caracterizar o crime em apreço como dolo eventual, o juízo competente passa a ser o Tribunal do Júri, o qual ele denominou como sendo “atécnico e, às vezes, até mesmo apaixonado”, o que de certa for-

ma pode ser perigoso, visto que as diferenças de penas entre os delitos é assombrosa, destacando que ao comparar as penas mínimas do Art. 121, § 2º do Código Penal (Homicídio Qualificado) e do Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro (Homicídio Culposo em direção de veículo automotor), a diferença é de 10 anos.

Ainda no julgado em apreço, o Ministro Marco Aurélio (2011), ao expor seu voto, destacou a generalizada banalização do dolo eventual nos crimes de trânsito com o desfecho morte, pautando seu argumento no princípio da especialização, pois se tal crime está cominado de forma clara e precisa no Código de Trânsito Brasileiro, esse deve ser considerado e aplicado.

Seguindo a mesma linha abordada, o Ministro do STF Gilmar Mendes (2017), ao decidir monocraticamente a respeito do *Habeas Corpus* n. 131.861, afirmou que a lei não deixa margem de dúvida que o art. 302 do CTB deve ser aplicado tão somente quando as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, ou seja, se houve a assunção do risco, tanto no homicídio quando na lesão corporal grave, deve responder pelas figuras típicas e dolosas do Código Penal.

2.2 As consequências das decisões judiciais conflitantes nos homicídios de trânsito com o fator embriaguez ao volante

Como foi explanado, embora o dolo eventual e a culpa consciente não se confundam, o fato de se tratarem de elementos subjetivos, ou seja, inteiramente e indissolavelmente ligados a intenção do agente causador, sua caracterização se torna uma árdua tarefa ao julgador, pois ambas acarretam dois caminhos distintos e extremos um do outro, precipuamente nos casos de embriaguez ao volante com o desfecho morte.

Tais caminhos tipificam-se basicamente em: responsabilização pelo crime de homicídio do art. 121 do Código Penal, com pena de 6 a 20 anos, e submissão a soberania dos veredictos no Tribunal do Júri, no caso do dolo eventual. E responsabilização pelo crime de homicídio culposo do art. 302, §1º, V do Código de Trânsito Brasileiro, com pena de 2 a 4 anos com aumento de pena de 1/3 à metade, no caso da culpa consciente, a qual pode ensejar até mesmo penas restritivas de direito.

A discrepância gigantesca entre as penalidades supracitadas é as-

sombrosa, e sua aplicação no caso concreto pode gerar uma injustiça dilaceradora, precipuamente em face do clamor vingativo da população. Como vimos, nossos Tribunais Superiores vêm consolidando o entendimento de que o dolo eventual só pode ser aplicado quando analisado diante de todo o arcabouço probatório, e não pode ser aplicado de forma generalizada sem uma análise profunda do caso. No entanto, como notado até mesmo pelas instâncias extraordinárias face aos inúmeros recursos similares que chegam a respeito disso, os juízes e tribunais tem aplicado indiscriminadamente o procedimento especial do Tribunal do Júri aos homicídios de trânsito, cometidos por motoristas embriagados, até mesmo quando há dúvida sobre o elemento subjetivo, senão vejamos:

HOMICÍDIO. ATROPELAMENTO COM VÍTIMA FATAL. AGENTE QUE CONDUZIA O VEÍCULO COM VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM O LOCAL E EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ. DÚVIDA SOBRE A EXISTÊNCIA DE DOLO EVENTUAL OU CULPA - Celeuma que deverá ser remetida ao Tribunal do Júri para o pronunciamento dos jurados. (TJSP. RSE 295.097.3/0-00. 2ª Cam. Rel Des. Silva Pinto.j. 09.02.2004. RT 825/581-3 – Jul./2004). GRIFO NOSSO.

Ora, frente a tal situação, como ponderado por Sara Fernandes Carvalho (2010) o que se tem notado nada mais é do que uma apressada configuração do elemento subjetivo, o que acaba ocasionando atrocidades jurídicas, principalmente na tipificação do dolo eventual, haja vista que esse tem se sobressaído até mesmo a um dos maiores e mais importantes princípios do Direito Penal, o *in dubio pro reo*, como bem evidenciado no julgado acima.

Cássio Mattos Honorato, promotor de justiça e especialista em trânsito, ao comentar sobre o julgado supracitado, explanou um entendimento extremamente diverso ao dos nossos Tribunais Superiores, bem como, suprimiu a figurada da culpa consciente ao dizer que, ao julgar o recurso supracitado, o Tribunal de Justiça pode até se referir e pautar-se na dúvida, mas ele como um agente do Estado, que busca a promoção da justiça não possui nenhuma porcentagem de dúvida ao afirmar que a:

Conduta humana (consistente em dirigir veículo automotor), “regada a álcool ou substância entorpecente”, em que o ator do

fato “conduzia veículo com velocidade incompatível”, tem que ser julgado pelo Tribunal do Júri; e ao final, o réu deverá ser condenado pela prática de dois (ou mais) crimes: homicídio doloso no trânsito (art. 121 do CP) e embriaguez ao volante (art. 306 do CTB), em concurso material, em razão de suas objetividades jurídicas serem distintas. (HONORATO, 2007, p. 482).

Tal entendimento, em confronto com as premissas do Direito Penal e do entendimento do STF, bem como do STJ, é deveras perigoso, e sua disseminação ao caso concreto pode alçar injustiças irreparáveis. Não há como se afirmar que jamais poderá se aplicar o dolo eventual nos homicídios ocorridos no trânsito com o fator embriaguez, pelo contrário, as próprias instâncias superiores o aplicam, mas sempre de forma analisada diante de toda a situação fática envolta, ou seja, jamais partindo-se de uma premissa absoluta como conota o comentário supratranscrito.

Nesse sentido José Henrique Pierangeli (2007), preleciona que o uso exacerbado do álcool não é tão somente uma adversidade social, mas também é um revés jurídico, e por isso, ao consolidar uma responsabilidade penal ao condutor que ocasiona um acidente, pautado apenas no fator embriaguez e na alta velocidade, se estabelece indubitavelmente o entendimento tão somente fulcrado na responsabilidade objetiva.

Insta salientar que outra grande divergência é ao que tange a competência do Júri para analisar o crime aqui pautado. O desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Silva Pinto, ao julgar o Recurso em Sentido Estrito n. 295.097.3, argumentou em seu relatório que na fase decisiva de pronúncia ou desclassificação para o crime culposo do CTB, sempre que pairar dúvida no magistrado se o condutor agiu com culpa consciente ou dolo eventual deve ser invocado o princípio *in dubio pro societate*, e tal dúvida deve ser sanada pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, visto que segundo ele, a análise aprofundada do elemento subjetivo e decisão pela anuência do resultado ou não, é de competência tão somente de análise do Júri, frente a invocação do princípio supracitado, não cabendo ao magistrado togado tal análise.

No entanto, em contrapartida o Ministro Luiz Fux (2011), dispõe de modo diverso ao analisar caso praticamente idêntico afirmando que é extremamente perigoso generalizar os homicídios de trânsito ao jul-

gamento do Tribunal do Júri, haja vista que nesses casos em específico há uma grande influência de suas paixões e da mídia, devendo sim, o magistrado togado analisar o caso de forma aprofundada e dependendo do caso, aplicar a desclassificação, sendo seu dever filtrar caso a caso. O Ministro Rogério Schietti (2017) ainda complementa:

Se o conceito jurídico-penal acerca do que é dolo eventual já produz enormes dificuldades ao julgador togado, que emite juízos técnicos, apoiados em séculos de estudos das ciências penais, o que se pode esperar de um julgamento realizado por pessoas que não possuem esse saber e que julgam a partir de suas íntimas convicções, sem explicitação dos fundamentos e razões que definem seus julgamentos? Se o legislador criou um procedimento bifásico para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em que a primeira fase se encerra com uma avaliação técnica, empreendida por um juiz togado, o qual se socorre da dogmática penal e da prova dos autos, e mediante devida fundamentação, não se pode, então, desprezar esse “filtro de proteção para o acusado” e submetê-lo ao julgamento popular sem que se façam presentes as condições necessárias e suficientes para tanto. Não é consentâneo, aos objetivos a que representa na dinâmica do procedimento bifásico do Tribunal do Júri a decisão de pronúncia, relegar a juízes leigos, com a cômoda invocação da questionável regra do *in dubio pro societate*, a tarefa de decidir sobre a ocorrência de um estado anímico cuja verificação demanda complexo e técnico exame de conceitos jurídico-penais. (STJ, REsp. 1.689.173 - SC, 6.^a T., rel. Rogério Schietti Cruz, 2017/0199915-2). GRIFO NOSSO.

É diante, de tantas divergências nos julgamentos dos homicídios de trânsito com o fator embriaguez, principalmente entre as primeiras instâncias frente aos Tribunais Superiores, que a preocupação ao que diz respeito a injustiça se instala.

Enquanto alguns indivíduos recebem penas da modalidade culposa, onde cumprem a pena em liberdade e conseguem de fato levar uma vida normal, como no caso do jovem condenado a 3 anos e 7 meses por ter matado 3 pessoas após ter bebido e conduzido seu veículo automotor, outros em casos mui similares recebem grandes penas por serem enquadrados no dolo eventual, como o caso de Odenir Rodrigues dos Santos de 40 anos que foi condenado a 14 anos de prisão em regime

fechado por colidir frontalmente com uma moto e matar duas mulheres; Richard Gomide Lima, 25 anos, condenado a 9 anos e 9 meses em regime fechado; Hélio Ferreira da Silva, de 45 anos, que atropelou e matou uma mulher, e tantos outros que são submetidos ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

Diante de tanta discrepância nas penalidades, é imprescindível uma análise profunda do caso concreto, partindo-se sempre do entendimento aqui delineado pelos Tribunais Superiores, o qual jamais se pode partir-se de uma abstração e uma presunção de culpabilidade, a respeito disso Edmundo Bastos Junior (2003, p. 58) muito bem explica:

Quando a atitude psíquica do agente não se revelar inequívoca, ou se há inafastável dúvida se houve, ou não, aceitação do risco do resultado, a solução deve ser baseada no princípio *in dubio pro reo*, vale dizer, pelo reconhecimento da culpa consciente. [...] Nos delitos de trânsito, há um decisivo elemento de referência para o deslinde da dúvida entre dolo eventual e culpa consciente: o risco para o próprio agente. Com efeito, é difícil aceitar que um condutor de veículo, na plenitude de sua sanidade mental, seja indiferente à perda de sua própria vida – e, eventualmente, de pessoas que lhe são caras – em desastre que prevê como possível consequência de manobra arriscada que leva a efeito.

Sara Fernandes Carvalho (2010) conclui afirmando que o *princípio in dubio pro societate* deve ser usado com extrema cautela, não podendo se presumir em favor da sociedade a caracterização do dolo eventual, pois ao fazer isso, o consagrado princípio *in dubio pro reo* estaria sendo dilacerado. A esse respeito, o Tribunal de Santa Catarina se posicionou:

A complexidade em distinguir o dolo eventual da culpa consciente demonstra a temeridade de se aplicar de modo indiscriminado o brocardo jurídico *in dubio pro societate*, a fim de se submeter, de forma automática, o motorista que conduza veículo automotor após ingestão de bebida alcoólica e se envolva em acidente de trânsito com vítimas a julgamento perante o Tribunal do Júri, sendo imprescindível um controle mais acurado no juízo de admissibilidade da pronúncia nestes casos. (Recurso Criminal n. 2010.058774-7, de Chapecó, Relator: Des. Newton Varela Júnior).

Francisco Sannini Neto (2012, s.p.), delegado civil do Estado de São Paulo sintetiza primorosamente em artigo publicado ao Consultor Jurídico, o que aqui foi explanado reafirmando que os operadores do Direito “como técnicos no assunto, devem analisar os fatos de maneira imparcial e equidistante, fundamentando suas decisões no princípio da legalidade, não se deixando levar pelo clamor da sociedade e da grande mídia”, haja vista são vidas que estão em jogo, é o destino de um indivíduo que será marcado para todo o sempre.

3 A MUDANÇA LEGISLATIVA NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO ADVINDA PELA LEI Nº 13.546/17

Diante de todo esse cenário turbulento no mundo jurídico ao que tangem os homicídios ocorridos na condução de veículo automotor, com o fator embriaguez, e com o entendimento dos Tribunais Superiores sendo sedimentado na culpa consciente, o poder Legislativo resolveu se manifestar.

Tal manifestação veio através da Lei nº 13.546/17, que alterou disposições do crime de homicídio culposo em direção de veículo automotor, previsto no Art. 302 da Lei n. 9.503/97, o nosso Código de Trânsito Brasileiro. Foi acrescido o § 3º, que traz uma pena substancialmente maior para quem cometer o crime sob efeito de álcool ou substância de efeitos análogos - 5 a 8 anos de reclusão -, o que traz o homicídio na direção de veículo mais próximo para o previsto no art. 121 do CP em sua forma simples (6 a 20 anos). Houve ainda alterações nos Artigos 303 (lesão corporal culposa) e 308 (racha). Curiosamente, a lesão corporal culposa de trânsito passa a ter uma pena mais grave que a lesão corporal grave, prevista no Código Penal, o qual é um crime doloso.

Insta frisar que o acrescido § 3º do Art. 302 do CTB, trouxe ainda a pena de reclusão, que foi considerado um complemento punitivo pela alteração legislativa, haja vista que na reclusão há mais severidade, sendo possível o início da pena em regime fechado, o que não é possível na detenção. Ainda há de se ressaltar, que em tal crime não caberá fiança fixada pelo Delegado de Polícia, já que essa cabe apenas nos crimes com penas não superiores a 4 anos, sendo assim, com tais mudanças, para se conseguir fiança o agente deve requerer ao juiz que decidirá se concede

ou não no prazo de 48 horas, nos termos do Art. 322 do CPP.

Tal mudança, vem sendo veementemente criticada pelos operadores do Direito, de forma similar quando houve as alterações advindas pela Lei nº 11.705/2008. Aliás, João Paulo Orsini Martinelli (2018), pondera que em um pouco mais de dez anos, já houveram seis mudanças legislativas no Código de Trânsito Brasileiro com o objetivo de alterar os efeitos penais ali cominados, sendo que nenhuma outra lei sofreu tantos maus reparos como o CTB.

Pode se afirmar que as alterações concernentes a majoração das penas para o agente que cometer um homicídio no trânsito após ter ingerido bebida alcoólica, veio como uma forma de restaurar a essência do dolo eventual que de certa forma estava sendo mitigado pelos Tribunais de Superposição, o quais estavam se posicionado, como vimos, de modo que sua aplicação deveria ser cominada somente após uma análise em conjunto com outros elementos fáticos que realmente levariam a certeza da assunção do risco (excesso de velocidade, andar na contramão de direção, etc.), de forma presumida e isolada, a caracterização do dolo eventual deveria ser afastada.

Com essa posição do STF, bem como do STJ, a culpa consciente que em dado momento tinha sido considerada suprimida, ganhou força e logo despertou a atenção da mídia, da população e dos Legisladores. Nesse cenário surgiu o Projeto de Lei 5.568/2013, de autoria do Deputado Keiko Ota do PSB/SP, que trouxe como sugestão o acréscimo de uma qualificadora ao Art. 302 do CTB, a qual posteriormente foi efetivada através da Lei 13.546/17. Tal alteração trouxe a possibilidade de que mesmo sendo afastada incidência do Art. 121 do CP, qual seja o dolo eventual, o agente ainda que punido pelo Código de Trânsito, seria penalizado de forma mais severa, trazendo assim, certo contentamento à população, que de longe considerava as penas do homicídio culposo no trânsito uma grande impunidade.

Em contrapartida, Victor Augusto Estevam Valente (2018) explica que afastada as críticas em relação a essa modificação, olhando-se por outra ótica, há a possibilidade de enxerga-la, *a priori*, como uma possível superação as controvérsias da dicotomia dolo eventual vs. culpa consciente. Para ele, com o advento do § 3º do Art. 302 a inclinação na prática será a de aplicação da culpa consciente, haja vista que agora ela se apresenta de forma qualificada e mais severa, diminuindo então a

conjuntura da aplicação em massa do dolo eventual, seguindo assim, a linha já disposta pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Deveras importante é reafirmar que o Supremo Tribunal Federal de forma alguma havia suprimido a configuração do dolo eventual, mas apenas sedimentado o entendimento de seu caráter excepcional ao que tange os homicídios de trânsito com o fator embriaguez do condutor, diminuindo a incidência de sua aplicação de forma absoluta e genérica como vinha sendo feita pelos juízes e tribunais. Ou seja, mesmo com a nova capitulação legal supracitada, a sua aplicação ao caso concreto ainda é plenamente possível se encaixada nas situações aqui já expostas.

No entanto, para a especialista na área de trânsito, Andréia Scheffer (2018), a intenção aparente do Legislador realmente foi a de resolver o impasse da insegurança jurídica advinda da não homogeneidade no julgamento daqueles que incorrem na mesma conduta delitiva do homicídio de trânsito com o fator embriaguez, tendo em vista as responsabilidades tão longínquas aplicadas a casos mui similares, e ao mesmo tempo teve o intento de amenizar a sensação de impunidade nos casos de culpa consciente. No entanto, em que pese tal intenção, o Legislador cometeu uma grande falha ao estabelecer alguns paramentos, de forma que seu maior objetivo com a mudança, pode ter ficado comprometido diante de tal falha, senão vejamos:

O legislador esqueceu ou desconhece o texto do artigo 44 do Código Penal, o qual assim estabelece: Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) [...] Ou seja, as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade, quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa – parece o legislador ter encerrado a leitura neste trecho – ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo. Relendo o artigo 302 já com sua nova redação, percebe-se que, de fato, o legislador reinaugurou o homicídio culposo qualificado, entretanto, abusando da tautologia, o tipo penal segue em sua forma culposa, e assim sendo, segue aplicável a substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos. (SCHEFFER, 2018, s.p.)

Ou seja, apesar de ter criado a figura do homicídio culposo qualificado com o grande objetivo de ser mais severo nas penas do agente que mata no trânsito por embriaguez ao volante, alterando inclusive o modo de cumprir a pena (de detenção para reclusão), o Legislador pareceu esquecer que o crime continua sendo encaixado na modalidade culposa e por consequência se aplicam os benefícios desse tipo penal subjetivo, sendo um deles o supracitado Art. 44, I do CP o qual comina a alternativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e no caso do crime em apreço, a substituição pelas restritivas específicas dispostas no Art. 312-A do CTB.

Logo há de se enxergar a possibilidade de mesmo respondendo pelo novel Art. 302, §3º do CTB, com toda sua inovação punitiva, o agente ainda assim, poderá ter sua pena alternada por uma restritiva de direito, como por exemplo, a que se extrai do Art. 312-A, I, do CTB, que é o “trabalho, aos fins de semana, em equipes de resgate dos corpos de bombeiros e em outras unidades móveis especializadas no atendimento a vítimas de trânsito”. Possibilidades que podem, ao contrário do que se pensou com a nova alteração legislativa, não colocar um fim a problemática da culpa consciente e do dolo eventual, mas criar um novo capítulo da história. Diante disso, Schmitt de Bem (2018) critica tais modificações advindas da Lei 13.546/17, afirmando que ela veio recheada de inocuidade, erros dogmáticos e sua redação não passa de uma legislação simbólica escrita a margem das melhores técnicas.

A respeito, Botelho Pereira em artigo publicado ao portal *Jus* (2018, s.p.), pondera:

Acredito mesmo que o legislador brasileiro quis apresentar um pacote de bondade para a sociedade brasileira, com as novas modificações da lei de trânsito, Lei nº 13.546/2017, que entrará em vigor no dia 19 de abril de 2018, conforme contagem de prazo do artigo 8º da Lei Complementar nº 95/98, mas acabou cometendo uma série de inconsistências técnicas, deixando de observar as Regras de Tóquio, Regras de Bangkok e Regras de Mandela e as normas gerais do Código Penal, e o pior que muita gente saiu comemorando nas redes sociais uma norma simbólica e esquizofrênica, gestada sem conhecimento técnico, por um Parlamento covarde, sem credibilidade e sem conhecimento jurídico, objetivando lançar pedras sobre os irresponsáveis que saem nas vias públicas conduzindo veículo automotor sob influência de álcool ou

de outra substância psicoativa que determine dependência, mas acabou por lançar um mar de pétalas vermelhas nos genocidas do trânsito.

Ante o exposto, a nova mudança legislativa que acaba de entrar em vigor, divide opiniões no mundo jurídico. Todavia, as consequências de sua aplicação, isto é, o vislumbre na prática se o seu intento foi alcançado (se a maior severidade da modalidade culposa será o suficiente para minimizar o impasse com a figura do dolo eventual), dependerá do tempo. A alteração é ainda muito recente e demandará muita análise de especialistas, que após a sua efetiva aplicação, poderão dar pareceres concretos e apontar com mais precisão as falhas legislativas.

3.1 A influência midiática

A supramencionada alteração legislativa nos remonta a outra vertente que circunda e fomenta a polêmica da culpa consciente e do dolo eventual há tempos, podemos até dizer que ela é a principal figura aguçadora da problemática em apreço: A mídia.

A mídia é vista com tanta autoridade e influência a ponto de ser qualificada como o quarto poder vigente em uma nação se acrescida naqueles poderes descritos no Artigo 2º da nossa Carta Magna, quais sejam: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Como foi apreciado, os assombrosos dados de mortes no trânsito, precipuamente os causados por motoristas embriagados despertam na sociedade um grande temor. Tal comportamento da população é explicável, haja vista que muitos indivíduos extrapolam todos os limites de seguridade, principalmente ao que tange as leis de trânsito o que como consequência desperta reações de essência repressiva a esse perfil de pessoas.

No entanto, tais reações em sua maioria são potencializadas pela mídia, que de longe conhece o princípio constitucional da presunção da inocência e apresentam o autor do homicídio no trânsito que estava embriagado, como o mais repugnante ser que deve ser banido do convívio em sociedade.

Partindo-se da analogia de que a mídia é o quarto poder vigente, podemos afirmar que em comparação àqueles poderes consolidados no

Artigo 2º da Constituição Federal, os quais são tidos como independentes e harmônicos entre si, a mídia opera de forma totalmente oposta, isto é, não respeita a independência das demais esferas, e muitas vezes trás desarmonia às instituições já consolidadas.

Isso pode ser notado, quando tratamos dos institutos da culpa consciente e do dolo eventual, uma vez que, após uma repressão em massa feita pelos noticiários nos últimos anos, de que o homicida de trânsito não era punido de forma devida, foi que muitos juristas começaram a se inclinar a essa influência a ponto de virar as costas para a Teoria Geral do Delito e aceitar a premissa que o dolo eventual era a solução para todos os problemas.

À vista disso, Romero (2015, p. 19) afirma que o Direito Penal de trânsito tem exercido tão somente uma função simbólica, motivada pela mídia sensacionalista:

Chama-se de função simbólica do direito criminal espécie de efeito psicológico que se pretende dar as normas jurídicas penais com o nítido escopo de satisfazer o legislador, produzindo na opinião pública uma falsa ideia tranquilizadora de um Estado presente e atuante nas questões vitais da sociedade, quando na verdade os bens jurídicos, objetos máximos da proteção legislativa, não estão sendo protegidos, pois as funções primordiais da norma penal – proteção e garantia, estão relegadas ao segundo plano [...] Juntamente com esta inclinação doutrinária meramente represivista, que prega o uso do Direito Penal como remédio de todos os infortúnios da vida social, surgem movimentos inflamados de demagogia e populismo, com apoio da mídia sensacionalista, que, carentes de conhecimento jurídico-penal, deixando-se levar pela emoção e pela repercussão social decorrente da passagem dos autores de homicídios cometidos na direção de veículo pelo crivo do Tribunal do Júri, donde um veredicto condenatório por homicídio doloso poderá surgir, e, absurdamente, trazer para a sociedade a ilusória pacificação do trânsito brasileiro.

Todavia, essa busca insana de maior repressão por intermédio das Leis, muitas vezes de forma simbólica, como supracitado, sem nenhum tipo de análise em convergência com a Teoria do Delito, é um caminho sem volta e horrendo. De acordo com Carnelutti (1995), a ideia de se cumprir uma pena nunca é suficiente aos olhos da sociedade, o passado do réu o acompanha para sempre, até mesmo depois de cumprida a san-

ção, o que nos leva a concluir que o peso de uma penalidade não pode recair sobre um indivíduo pautado apenas em clamores sociais, trata-se de algo muito mais profundo, trata-se de uma vida que deve receber a justa medida da justiça. Tal concepção é esboçada pelo autor em seu célebre livro “As Misérias do Processo Penal”:

O resultado de a ter conhecido é esse: as pessoas creem que o processo penal termina com a condenação, e não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas creem que o ergástulo é a única pena perpétua e não é verdade. A pena, se não propriamente sempre, em nove de cada dez casos não termina nunca. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, mas os homens não. (CARNELUTTI, 1995, p. 86)

À vista disso, podemos dizer que as penas perderam a sua eficácia quando se tornaram instrumentos de vingança e se distanciaram do seu propósito de reintegração, e é imperioso afirmar que a mídia foi a maior disseminadora dessa ideia. A esse respeito Romero (2015, p. 25) afirma:

As técnicas de editoração usadas pela mídia, a manipulação da informação e o espaço dedicado aos acontecimentos exercem um papel influenciador excepcional na formação da opinião pública, ocasionando a transformação de pessoas que cometem crimes culposos (nos quais não há manifestação de vontade) em assassinos cruéis [...] Ademais, como refere a jornalista Betch CLEINMAN, esse enfileiramento de acontecimentos gerados pela indústria de produção e transmissão de ideias cria no consumidor de informação medo, paranoia, a impressão nítida de ser a próxima vítima. O que gera na sociedade reações de caráter repressivo, onde o apelo à lei é usado como forma de limitar a barbárie e trazer paz e proteção aos cidadãos [...] No entanto, não é apenas a opinião pública que é influenciada pela pressão exercida pelos órgãos midiáticos. Juízes, representantes do Ministério Público e diversos outros operadores do direito também são atingidos pela repercussão social que os meios de imprensa fazem ecoar sobre a violência.

Como supratranscrito, quando estamos no cenário do trânsito, todo esse clamor se torna exorbitantemente maior. Deveras lembrar que foi quando os Tribunais e Juízes começaram a dar ouvidos aos reclames da população e da mídia, ao que diz respeito as penas brandas

cominadas àqueles que se envolvem em acidentes de trânsito, que a tese do dolo eventual tomou rumos desproporcionais e gerou a tão grande polêmica ora discutida.

Ante o exposto, parece-nos que mais uma vez o clamor midiático venceu, e começamos um novo capítulo dessa história dos homicídios praticados na condução de veículo automotor com o fator embriaguez ao volante, agora, com uma nova lei de cunho repressivo. Ático Dotta (2000, p. 09) afirma que “o veículo é o que o condutor é”, essa sintética frase nos revela algo valioso: a reforma da legislação de nada adianta se os comportamentos continuarem os mesmos, punir as consequências sem criar mecanismos para evitar as causas, de nada se aproveita.

REFERÊNCIAS

ACUSADO de matar no trânsito em MS é condenado a 9 anos e 9 meses. **GI**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2016/05/acusado-de-matar-no-transito-em-ms-e-condenado-9-anos-e-9-meses.html>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

BITENCOURT, Cézar. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (v.1).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Portal da Legislação. Brasília. Decreta o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Portal da Legislação. Brasília. Decreta o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Projeto de lei nº 5.568, de 14 de maior de 2013**. Portal da Câmara dos Deputados. Brasília. Altera artigos da Lei nº 9.503/97 que institui o Código Nacional de Trânsito Brasileiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576699>>. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Portal da Legislação. Brasília. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19503.htm>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008.** Portal da Legislação. Brasília. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11705.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.545, de 19 de dezembro de 2017.** Portal da Legislação. Brasília. Altera dispositivos da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13546.htm>. Acesso em: 20 de março de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus n. 107.801 – SP. Paciente: Lucas de Almeida Menossi. Impetrante: José Humberto Scignolli. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisa-rInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial n. 1.689.173 – SC. Recorrente: Gabriela Paula Santos. Recorrido: Ministério Público Estadual. Relator: Min. Rogerio Schiatti Cruz. Brasília, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.689.173+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 08 de abril de 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Recurso em Sentido Estrito n. 295.097.3/0-00 – SP. Relator: Des. Silva Pinto. São Paulo, 03 de julho de 2004. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

BRASIL é o quinto país do mundo em mortes no trânsito, segundo OMS. **Portal Paraná.** Disponível em: <<https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/05/01/brasil-e-o-quinto-pais-mundo-em-mortes-no-transito-segundo-oms.html>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Ver curiosidades, 1995.

CARVALHO, Sara Fernandes. Dolo Eventual e Culpa Consciente nos Crimes de Trânsito. **Revista Síntese: Direito Penal e Processo Penal**. Porto Alegre, v.11, n. 63, p. 69-85, ago./set. 2010.

CRAIDE, Sabrina. Após 4 anos de tolerância zero na Lei Seca, motoristas ainda resistem a mudanças. **EBC – Agência Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/apos-4-anos-de-tolerancia-zero-lei-seca-motoristas-ainda-resistem-a-mudar-habitos>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2017.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. Críticas necessárias às modificações no Código de Trânsito Brasileiro. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-13/opinioao-criticas-necessarias-modificacoes-codigo-transito>>. Acesso em: 26 de março e 2018.

DE OLIVEIRA, Daniel Kesler. A supressão da culpa consciente no sistema jurídico-penal brasileiro: O caso do homicídio de Trânsito. **Revista Síntese: Direito Penal e Processo Penal**. Porto Alegre, v.11, n. 72, p. 27-38, fev./mar. 2012.

DOTTA, Ático. **O Condutor Defensivo**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2000.

EM quase 10 anos da Lei Seca, morte no trânsito diminuiu, mas motoristas ainda bebem e dirigem. **Revista Encontro**. Disponível em: <<https://www.revistaencontro.com.br/canal/atualidades/2017/06/em-quase-10-anos-da-lei-seca-morte-no-transito-diminuiu-mas-motorist.html>>. Acesso em: 08 de Janeiro de 2018.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FLORES, Andréa; LOPES, Jodascil Gonçalves. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008. (v.1).

HONORATO, Cássio Mattos. Crimes de Trânsito: análise crítica da doutrina e da jurisprudência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 859, p. 457-484, mai.2007.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. (v.1).

JÚNIOR BASTOS, Edmundo José de. **Código Penal em Exemplos Práticos**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003.

JÚNIOR COSTA, Paulo da; JOSÉ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JÚNIOR OLIVEIRA, Eudes Quintino. Racha e dolo eventual. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823052/racha-e-dolo-eventual>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTORISTA embriagado é condenado a três anos de detenção em regime semiaberto por homicídio culposo. **Jornal Jurid**. Disponível em: <<http://www.jornaljurid.com.br/noticias/motorista-embriagado-e-condenado-a-tres-anos-de-detencao-em-regime-semiaberto-por-homicidio-culposo>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

NETO, Francisco Sannini. Embriaguez ao volante e morte no trânsito. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-11/embriaguez-volante-morte-transito-crime-culposo-ou-doloso#author>>. Acesso em: 05 de março de 2018.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Lei nº 13.546/2017. Perspectivas da nova lei de trânsito e suas aberrações teratológicas. **Portal Jus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63102/lei-n-13-546-2017-perspectivas-da-nova-lei-de-transito-e-suas-aberracoes-teratologicas>>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

PIERANGELI, José Henrique. **Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. (v.2).

SANTANA, Vitor. Motorista bêbado que atropelou e matou jovem é condenado a 7 anos de prisão, em Goiânia. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/goias/noticia/motorista-bebado-que-atropelou-e-matou-jovem-e-condenado-a-7-anos-de-prisao-em-goiania.ghtml>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

SHEFFER, Andréia. Homicídio cometido na direção de veículo e o aumento da pena trazido pela Lei n.º. 13.546/2017. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://andreiascheffer.jusbrasil.com.br/artigos/533649774/homicidio-cometido-na-direcao-de-veiculo-e-o-aumento-da-pena-trazido-pela-lei-n-13546-2017>>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

TONHATI, Wendy. Motorista que matou mãe e filha em acidente é condenado a 14 anos de prisão. **Mídia Max**. Disponível em: <<https://www.midiamax.com.br/policia/2017/motorista-que-matou-mae-e-filha-em-acidente-e-condenado-a-14-anos-de-prisao/>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2018.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. As novas alterações no Código de Trânsito Brasileiro e a atividade jurisprudencial. **Portal Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271815,91041-As+novas+alteracoes+no+Codigo+de+Transito+Brasileiro+e+a+atividade>>. Acesso em: 27 de março de 2018.



MATO GROSSO DO SUL

ESA

AS PARTICULARIDADES JURÍDICAS DO PACOTE ANTICRIME

Leandro José Torres Soares⁶²

RESUMO: O presente artigo científico objetiva aclarar as especificidades jurídicas do Pacote Anticrime, bem como as consequências de sua possível e provável vigência no ordenamento jurídico criminal brasileiro. Evidenciar que as medidas propostas no Pacote Anticrime são respostas a problemas crônicos criminais materiais e processuais brasileiros específicos. Aclarar qual a base de estudos e de princípios que alicerçam as alterações propostas no Pacote Anticrime e quais problemas cada uma delas ataca. Examinar o alicerce ideológico das mudanças, a tendência do governo que as propõe e as expectativas sobre as consequências do implemento das mesmas no cotidiano. Demonstrar a relevância de positivar normas jurídicas que tipificam condutas, hoje, atípicas e de outras que potencializam o combate à criminalidade. Realizar, com o fim de esclarecer peculiaridades, a comparação entre as normas vigentes e aquelas que podem advir do Pacote Anticrime caso este seja aprovado. Aclarar pontos dúbios ou obscuros das disposições dos principais pontos do Pacote Anticrime. Analisar as características dos dispositivos relativos ao Caixa Dois, à criminalidade habitual, aos crimes dos grandes políticos, dentre outros.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote. Anticrime. Lei. Penal.

1 INTRODUÇÃO

O artigo científico que agora se inicia objetiva evidenciar as correlações existentes entre o contexto social brasileiro e as principais alterações propostas pelo chamado Pacote Anticrime, ou seja, esclarecer que as disposições nele constantes tratam-se de respostas a pontos críticos relacionados ao cenário penal, processual penal e social do país, bem

62. Formado na Escola Preparatória de Cadetes do Ar (EPCAr). Ex cadete-aviador da Academia da Força Aérea Brasileira (AFA). 1º colocado da Universidade Católica Dom Bosco no ENADE 2018. Formado em Direito na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS). Advogado.

como esclarecer as minúcias jurídicas das principais mudanças integrantes do mesmo.

Curioso pontuar, de antemão, que, ao contrário do que a generalidade das pessoas imagina, o Pacote Anticrime não é, como o próprio nome revela, uma única norma, mas, sim, um conjunto de 3 Projetos de Lei (PL), sendo dois deles referentes a Leis Ordinárias e o outro concernente a uma Lei Complementar. O primeiro deles (PL 1865) criminaliza o uso de caixa dois em eleições, o segundo (PL 1864) estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa e o último (PLC 89) estabelece regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral.

É relevante informar também que as modificações propostas pelo Pacote Anticrime ainda não foram aprovadas nem, portanto, entraram em vigor, motivo pelo qual as exposições e análises seguintes não se referem, logicamente, a normas jurídicas já aplicáveis de imediato, mas, sim, a regras que, provavelmente, serão utilizadas num futuro próximo no Brasil, por serem a materialização de uma das principais bandeiras do governo eleito: o combate à criminalidade.

Todas as alterações propostas pelo Pacote Anticrime, necessário salientar, são relevantes, por versarem sobre pontos da legislação nos quais há dissonância entre a realidade, o ordenamento jurídico vigente, os objetivos das leis e os anseios populares. Todavia, conforme mencionado, apenas as principais alterações serão aqui examinadas.

O parâmetro de escolha das possíveis mudanças abordadas mais importantes para os fins do presente artigo, relevante elucidar, levou em consideração aquelas modificações de maior aplicabilidade prática (dispositivos que serão aplicados frequentemente se aprovados) ou que estiveram em maior evidência recentemente (em discussões, políticas, doutrinárias ou jurisprudenciais).

Pelos motivos expostos no parágrafo anterior e por não ser possível tratar sobre todos os assuntos englobados pelo Pacote Anticrime em um único artigo, foram escolhidos para exame as modificações referentes ao Caixa 2, à positivação da execução provisória da pena após a condenação em 2ª instância ou, nos crimes sujeitos ao Tribunal do Júri, após a decisão de pronúncia, à apreensão de bens de criminosos como formas de fortalecimento da segurança pública e da cultura e também aquelas relativas ao endurecimento de penas e regimes ini-

ciais de cumprimento das mesmas.

Inicialmente será abordado o cenário brasileiro no tocante à criminalidade em geral, o qual, notoriamente, não é bom, todavia essa explanação preliminar basear-se-á em interessantes dados estatísticos, os quais assustam e instigam o leitor, por evidenciarem, de forma empírica, a dimensão do problema. Após isso as principais propostas de modificações serão dilucidadas sequencialmente, sob o prisma jurídico, e em ordem crescente de complexidade.

2 O CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NA ELABORAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME

O escopo do presente tópico é, importante esclarecer precedentemente, relembrar e destacar – afinal é improvável que o leitor já não tenha conhecimento mínimo sobre isso – a realidade criminal atual do Brasil, ou seja, objetiva-se, através de uma série de dados estatísticos, evidenciar a real dimensão dos problemas existentes no país.

Não é possível, obviamente, abordar todas as adversidades nacionais em um único artigo, motivo pelo qual, conforme já esclarecido, foram escolhidas para serem analisadas apenas as principais alterações propostas pelo Pacote Anticrime e, por essa mesma razão, serão apontados apenas os números, pesquisas e estudos relacionados a estas possíveis modificações. Em outras palavras, será exposto somente o contexto social criminal ligado às propostas de mudanças que serão tratadas no presente artigo.

Apontadas as premissas necessárias à contextualização do leitor no presente texto, conveniente iniciar as explicações citando um dos maiores empecilhos ao desenvolvimento brasileiro: a corrupção. Esse mal disseminou-se no Brasil de maneira sistêmica, intensa e ininterrupta, de maneira tal que as notícias sobre o tema são numerosas e diárias (habituais pode-se dizer).

O medidor mais confiável e completo de corrupção existente é o chamado Índice de Percepção da Corrupção (IPC), que nada mais é que um indicador do nível de corrupção no setor público - se incluído o setor privado não seriam improváveis resultados ainda piores para o Brasil. Esse indicador atribui uma pontuação ao país analisado, que vai

de 0 a 100 pontos, sendo 0 relacionado a países altamente corruptos e 100 àqueles muito íntegros.

O Brasil apresenta uma vertiginosa queda de pontuação no IPC, tendo alcançado em 2018 (os dados de 2019 ainda não foram divulgados) seu pior resultado desde 2012: 35 pontos. Foi a terceira queda anual seguida de pontuação do país, que agora figura na 105^a posição, atrás de países bastante subdesenvolvidos como Argélia, Senegal, Gâmbia, Burkina Faso e de outros reconhecidos mundialmente pelo caos ligado à corrupção e aos crimes em geral como, por exemplo, a Colômbia. O país com a maior pontuação, cita-se a título de curiosidade, é a Dinamarca com 88 pontos (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL, 2018).

Interessante mencionar o fato de que a Operação Lava Jato – a maior e mais efetiva operação contra a corrupção da história do Brasil – foi deflagrada em 2009, ou seja, nem mesmo a realização de trabalhos constantes e intensos de combate à corrupção, como os concretizados pela mencionada operação, foram suficientes para alavancar a pontuação do Brasil no tocante à corrupção.

A única conclusão possível é a de que o simples combate aos corruptos não é suficiente para melhorar a situação nacional (isso é, em verdade, apenas remediar), sendo necessárias reformas institucionais, legais e estruturais para destruir os pilares da perpetuação da corrupção no país, um ataque, portanto, às causas do problema, não somente às consequências. A Lava Jato, ressalva-se apesar do exposto, é de extrema importância, já que rompeu o longo e danoso histórico de impunidade dos corruptos que saquearam e, conseqüente e inevitavelmente, deterioraram o país nas últimas décadas.

A 23^a Fase da Lava Jato, chamada de Operação Acarajé (em alusão ao modo como os investigados se referiam ao dinheiro em espécie), é um excelente exemplo para salientar o tamanho do problema a ser enfrentado, já que na citada operação “cerca de 300 policiais federais cumpriram 51 mandados judiciais, sendo 38 de busca e apreensão, 2 de prisão preventiva, 6 de prisão temporária e 5 de condução coercitiva” (POLÍCIA FEDERAL, 2016). Destaca-se, para que não passe despercebido, que esta foi apenas uma das fases da Operação Lava Jato, que, atualmente, já está na fase 62.

Outro exemplo inquietante é o dos documentos de apenas uma

empreiteira (dentre as diversas envolvidas) apreendidos pela Polícia Federal, nos quais constam os nomes de pelo menos 316 políticos (de 24 partidos diferentes), destinatários de repasses ilegais para campanhas eleitorais de 2012 e 2014 (CONGRESSO EM FOCO, 2016), prática conhecida como “Caixa 2” (tema de um dos tópicos seguintes).

A corrupção atrapalha a utilização adequada dos recursos financeiros que seriam destinados às mais diversas áreas nas quais o Estado deveria atuar, razão pela qual, inevitavelmente, é a causadora (direta ou indireta) de diversos outros males sociais, dentre os quais se pode citar, como notório exemplo, o sucateamento dos órgãos de segurança pública e da infraestrutura necessária à persecução penal e às execuções de penas, um evidente sinônimo de impunidade aos criminosos.

O número estarrecedor de policiais mortos no Brasil sinaliza o processo de esfacelamento das instituições de segurança nacionais, pois revelam a falta de treinamento, de proteção (física e jurídica) aos agentes e de equipamentos necessários à boa atuação dos agentes, consequências dos desvios que impedem que os recursos financeiros cheguem integralmente ao destino correto. Corroborando o exposto, cita-se o dado de que apenas em 2016 e 2017 foram mortos 753 policiais civis e militares, sendo 170 em serviço e 583 fora de serviço (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p. 12).

As forças de segurança, fragilizadas econômica e estruturalmente, enfrentam inimigos poderosos, que dispõem de fartos recursos para financiar suas atividades ilícitas, garantir a própria segurança e manter a constante guerra contra as forças da lei. A nível mundial, por exemplo, de acordo com dados do Escritório da ONU contra Drogas e Crimes, “o comércio ilegal do crime organizado registra ganhos anuais de mais de US\$ 2 trilhões” de dólares, o narcotráfico, por sua vez, movimentou 320 bilhões de dólares (BBC, 2016).

No Brasil, o narcotráfico movimenta cerca de R\$ 15,5 bilhões por ano, de acordo com levantamento da Consultoria Legislativa da Câmara de Deputados, realizado em agosto de 2016 (MOTTA; LAGÔA; COURA, 2017). O orçamento atualizado para a segurança pública – exemplificando a disparidade existente - é de 12,85 bilhões. As despesas, no entanto, são de 8,82 bilhões, restando, portanto, cerca de 4 bilhões para os demais investimentos (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2018).

Supondo-se, então, que os 4 bilhões de reais restantes para a segurança realmente fossem completamente destinados a seu fim – o que, sabe-se, não ocorre devido ao quadro dramático de corrupção existente no país – ainda assim seriam insuficientes para fazer frente aos 15,5 bilhões de reais movimentados pelo narcotráfico.

Como se não bastasse a diferença abissal de orçamento, e, consequentemente de estrutura, entre as forças legais e as ilegais, existe ainda outro grave entrave à efetiva repressão dos crimes, externo ao campo das forças de segurança e localizado, mais precisamente, no Poder Judiciário. Melhor explicando, ainda que os agentes policiais, ante todas as dificuldades aqui expostas, cumpram seu papel e entreguem os criminosos ao Judiciário, a concretização da justiça esbarrará no emperramento e na ineficácia judiciais.

A demora na tramitação processual ocorre nas diversas áreas do Direito, porém, por ser este o cerne do presente artigo, o enfoque se dará na Justiça criminal, na qual a duração da fase de conhecimento de um processo dura, em média, 3 anos e 3 meses no juízo comum e 2 anos e 7 meses nos Juizados Especiais Criminais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

O tempo médio de duração das ações em geral que tramitam no STF, considerando-se as diversas áreas jurídicas, “permaneceu relativamente estável ao longo do tempo, variando entre 2 anos e 2 meses (em 2016), e 2 anos e 7 meses (em 2011). Em 2017, os processos pendentes aguardavam no acervo do STF há 2 anos e 4 meses, em média” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Durante todo o tempo exposto, em regra, o réu permanecia em liberdade, desimpedido de, novamente, delinquir e apto a destruir provas, coagir testemunhas e organizar-se, de modo geral, para que tivesse, ao fim do processo, a absolvição ou o abrandamento da pena conquistados, o que, irrefutavelmente, dificulta a averiguação da verdade real e, consequentemente, obstaculiza a efetivação da justiça.

Os inconvenientes apontados no parágrafo precedente, todavia, já haviam sido atacados através de jurisprudências, já que o STF firmou entendimento de que era possível a execução provisória da pena após a condenação em 2ª instância, o que embaraçou, sobremaneira, as tentativas de prolongamentos desnecessários ao processo, o que será melhor detalhado em tópico próprio deste estudo.

A jurisprudência mencionada objetiva, justamente, diminuir a sensação de impunidade que suportam os brasileiros, os quais se acostumaram a ver os criminosos sendo absolvidos ou condenados a penas desproporcionais (mais brandas) aos crimes cometidos, o que ficava mais notório quando o caso envolvia pessoas poderosas, abastadas, as quais detêm condições de contratar melhores advogados, capazes de prolongar de modo desmedido o processo e trazer impunidade ao seu contratante.

O Pacote Anticrime traz disposições que positivam a referida jurisprudência, o que é desejável, pois materializa a vontade da população e protege a sociedade de possíveis mudanças arbitrárias e obscuras de posicionamento, já que, caso seja aprovado tal dispositivo, ele somente poderia ser alterado após novos trâmites legislativos e não mais através de mera mudança de “opinião do STF”, preservando, portanto, a segurança jurídica necessária ao bom andamento social.

No mundo fático (e não no das leis, doutrinas e jurisprudências) os diversos assuntos aqui examinados isoladamente (corrupção, sucateamento policial, dinheiro ilícito, mora judicial, etc) não ocorrem de maneira separada e com limites nitidamente perceptíveis como aqui expostos, acontecem concomitantemente e de maneira interligada, o que dificulta a repressão e a elaboração de políticas eficazes de prevenção e combate às mencionadas práticas.

A própria justificativa do Executivo, da qual expõem-se importantes trechos abaixo, contida na Mensagem que foi enviada ao Congresso Nacional, reconhece a ligação entre os diversos pontos destacados no presente tópico e traz esclarecimentos relevantes sobre o objetivo do Pacote Anticrime e a forma pretendida de impacto à sociedade, veja-se:

A primeira e essencial observação, é a de que este projeto tem por meta estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa [...] porque eles são interligados e interdependentes. Portanto, de nada adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas. [...] Na outra ponta, mas totalmente conectada à corrupção, encontra-se a questão da segurança pública. Esta, tal qual a primeira, avança de forma assustadora. É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural. [...] Óbvio que se está diante de uma

criminal idade diferenciada, que põe em risco a existência do próprio Estado, planejando e executando a morte de seus agentes (BRASIL, 2019, p. 23).

Apresentados os principais, mais perceptíveis e danosos empecilhos nacionais em âmbito criminal, resta pavimentado o caminho para as explanações do capítulo seguinte, o qual examinará, juridicamente, as mudanças propostas pelo Pacote Anticrime para combater, justamente, os problemas apontados no capítulo que aqui se encerra. Dessa maneira o leitor, já devidamente contextualizado, conseguirá formar sua opinião com relação à possível efetividade e intenções das legislações integrantes do Pacote cerne deste estudo.

3 ACLARAÇÕES SOBRE AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PROPOSTAS NO PACOTE ANTICRIME

Expostas as situações fáticas justificadoras das propostas de alterações que no presente tópico serão juridicamente aclaradas, passa-se agora propriamente às explanações, as quais também evidenciarão, por estarem destas acompanhadas, as possíveis – desejáveis, melhor dizendo - consequências práticas das mencionadas disposições caso entrem em vigor.

Por motivos de melhor didática, os esclarecimentos jurídicos das principais mudanças aparecem no presente tópico em ordem crescente de complexidade, ou seja, os tópicos antecessores são mais facilmente inteligíveis que os posteriores, por necessitarem estes de explicações mais profundas e intrincadas, fruto das várias nuances legais, principiológicas e práticas de cada uma delas.

3.1 Caixa 2

A expressão “Caixa 2”, ao contrário de seu real significado, é conhecida da população, por aparecer habitualmente nos noticiários políticos, principalmente em época de eleições, e é, automaticamente, associada a práticas ruins pelas pessoas, apesar de que, reitera-se, a maioria delas não saiba de que, efetiva e juridicamente, se trate.

O “Caixa 2”, importante pontuar como marco inicial de seu escl-

recimento, não se refere exclusivamente ao âmbito eleitoral, pois, na realidade, essa expressão se refere a quaisquer condutas financeiramente ilegais que se materializam através da omissão nos registros de entradas ou saídas de valores pecuniários de um determinado caixa. Em outras palavras, é a criação de um caixa paralelo, oculto, secreto, o qual, geralmente, é vinculado ao financiamento de atividades ilegais ou à ocultação de valores para que sobre eles não incidam tributos. É, literalmente, um segundo caixa, o qual, diferentemente do “Caixa 1”, não é oficial.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux, definiu “Caixa 2” de maneira sintética, técnica e clara na fundamentação de seu voto na Ação Penal nº 470, que tratava sobre o escândalo de corrupção que ficou conhecido como “Mensalão”, veja-se:

O jargão político consagrou a expressão “caixa dois” para referir-se à prática de manutenção ou movimentação de recursos financeiros não escriturados ou falsamente escriturados na contabilidade de pessoas jurídicas as mais diversas, como associações, fundações, sociedade comerciais e partidos políticos (FUX, p.17).

No cenário eleitoral, a prática de “Caixa 2” consiste, portanto, em “doações” ocultas, não contabilizadas nem declaradas, realizadas por pessoas jurídicas ou naturais às campanhas de determinados candidatos, os quais se utilizam das referidas quantias em proveito particular e/ou para o impulsionamento de sua propaganda eleitoral, aumentando suas chances de eleição.

Obviamente, os “doadores” – e aqui resta claro o cerne do problema do “Caixa 2” e também o motivo da utilização das aspas em qualquer derivado do vocábulo “doação” neste artigo – enviam recursos às campanhas políticas esperando uma contraprestação dos políticos beneficiados caso eleitos, uma troca de favores, a qual se concretiza com a utilização do aparelho estatal para beneficiar as pessoas e empresas “doadoras”, através da edição de leis, decretos e adoção de políticas de governo favoráveis a esses grupos ou pessoas, bem como destinação de verbas e outros recursos às mesmas.

O aprofundamento do raciocínio exposto no parágrafo anterior, permite a conclusão de que a prática de “Caixa 2” não só macula o processo eleitoral, através da criação, motivada pela diferença financeira,

de desequilíbrio entre os candidatos, mas também vicia a própria democracia, um pilar da República, afinal o candidato eleito para representar seus eleitores, em verdade, atuará, de maneira oculta e sorrateira, para recompensar seus “doadores”, em detrimento da sociedade e daqueles que a ele confiaram seus votos.

O Projeto de Lei nº 1865/2019, cujo “[...] foco é, especificamente, o combate à corrupção e a efetividade do sistema de combate aos financiamentos paralelos à contabilidade exigida pela lei eleitoral” (BRASIL, 2019, p. 3), é uma das 3 legislações integrantes do Pacote anticrime e trata exclusivamente sobre Caixa 2. Caso entre em vigor, acrescentará o art. 350-A ao Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), o qual criminalizará expressamente tal conduta, já que, atualmente, a mesma não é um tipo penal específico na legislação eleitoral.

Melhor explicando, as pessoas que realizam a conduta concretizadora do Caixa 2 são enquadradas no art. 350 do Código Eleitoral, que trata sobre falsidade ideológica, e não em um “crime de Caixa 2 eleitoral” propriamente dito, afinal este, como mencionado, não existe na legislação eleitoral.

Interessante pontuar, apesar do exposto no parágrafo anterior, que essa mesma conduta é tipificada em outras áreas externas ao Direito Eleitoral, como, por exemplo, no art. 11 da Lei de Crimes do Colarinho Branco (Lei nº 7.492/86), que trata sobre crimes contra a ordem financeira nacional, sendo, neste caso, crime próprio, já que exige que a conduta seja praticada por uma das pessoas elencadas no art. 25 dessa mesma lei. No cenário criminal tributário, prosseguindo a exemplificação, o “Caixa 2” está previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90, que trata sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (BRASIL, 1990).

Em resumo, o que o Projeto de Lei nº 1865/2019 do Pacote Anticrime pretende, através do acréscimo do art. 350-A ao Código Eleitoral, é positivar no ordenamento jurídico brasileiro o crime de “Caixa 2 Eleitoral” propriamente dito, o qual ainda não existe, de modo que seus praticantes sejam enquadrados e punidos exatamente no delito que realizaram.

O art. 350-A, que se pretende acrescentar ao Código Eleitoral, define, em seu *caput*, como crime de Caixa 2 Eleitoral “Arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar recurso, valor, bens ou serviços

monetizáveis, não escriturados ou falsamente escriturados na contabilidade exigida pela legislação eleitoral” (BRASIL, 2019) e estabelece pena de 2 a 5 anos de reclusão, se o fato não constituir crime mais grave, ou seja, na verdade, se dirige a condutas de menor gravidade, afinal se, por exemplo, houver uma contrapartida ao Caixa 2, o crime já seria o de Corrupção, mais grave evidentemente.

O §1º do art. 350-A preceitua que aquele que doa, contribui ou fornece recursos paralelos à contabilidade oficial incorre na mesma pena de 2 a 5 anos de reclusão, assim como determina será penalizado dessa mesma forma, o §2º, candidatos, membros de partidos políticos ou coligações que participem de tais atividades. Se um agente público concorrer, de qualquer maneira, para uma das condutas previstas sua pena será acrescida de um a dois terços, completa o §3º.

O texto inicial do Projeto de Lei nº 1865/2019 não está intacto, pois já foi emendado pelos parlamentares. A mais relevante das Emendas foi a de número 4, que aumentou a pena para os casos em que o dinheiro que constitui o Caixa 2 advenha de crime, *ipsis litteris* “§ 4º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se os recursos, valores, bens ou serviços a que se refere o caput são provenientes de crime” (BRASIL, 2019).

Por fim e em síntese, pode-se concluir que as propostas de mudanças relacionadas ao Caixa 2 e integrantes do Pacote Anticrime são, na verdade, uma tentativa de tipificar especificamente o Caixa 2 eleitoral, para que os agentes praticantes do mencionado crime possam ser enquadrados precisamente no mesmo – e não em outros semelhantes ou análogos - e, com isso, sofram as consequências compatíveis com tais práticas, para que não atuem viciando a democracia através da deturpação do processo eleitoral.

3.2 A positivação das hipóteses de execução provisória da condenação criminal após julgamento em 1ª e 2ª instâncias

Relevante mudança legislativa que advirá do Pacote Anticrime, se aprovado, é a positivação da polêmica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que autoriza o início do cumprimento da pena imediatamente após a condenação em 2ª instância. Essa jurisprudência passaria a ser expressa no ordenamento jurídico, através da inclusão

do art. 617-A no Código de Processo Penal (CPP) e da modificação de alguns outros dispositivos como, por exemplo, os arts. 637 e 638 do mesmo diploma legal, os quais tratam sobre os Recursos Extraordinário e Especial.

O axioma essencial ao entendimento do presente tópico é o conhecimento da ideia representada pelo Princípio da Presunção da Inocência, o qual, segundo Nucci, também é “[...] conhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade e significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado” (2016). Esse princípio, inclusive, é expresso no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o que evidencia sua importância.

O entendimento jurisprudencial vigente determina que o condenado em 2ª instância (grau de apelação) deve iniciar o cumprimento de sua pena imediatamente, não sendo necessário que se aguarde, ao contrário do que o Princípio da Presunção da Inocência prescreve, o trânsito em julgado do processo penal condenatório. Esse é, aliás, o motivo pelo qual essa jurisprudência ficou conhecida como “Relativização do Princípio da Presunção da Inocência”.

A discussão sobre a possibilidade ou não do cumprimento provisório da pena após a condenação em grau de apelação – sinteticamente narrado – iniciou-se em 2010, com o julgamento, pelo STF, do *Habeas Corpus* (HC) 84.078, cujo relator era o Ministro Eros Grau. Neste julgamento restou decidido que o início do cumprimento da pena somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado do processo penal condenatório.

A tendência exposta no parágrafo anterior mudou (e assim permanece até hoje) no julgamento, em 17/02/2016, do HC 126.292, ocorrido em Plenário, cujo relator era o Ministro Teori Zavasck, no qual se estabeleceu, por maioria, que o Princípio da Presunção da Inocência não impede a execução da condenação criminal logo após a decisão em 2ª instância.

Este entendimento atual tem como justificativa o fato de que os elementos necessários à prova da materialidade do delito e dos indícios de autoria são colhidos durante a investigação e também durante a ação penal na qual serão analisados, sendo assim, quando proferida uma decisão em 2ª instância, toda a situação envolvendo o delito já teria sido

analisada (em 1ª instância) e reanalisada, de modo que essa última decisão representaria um juízo de culpabilidade.

Se o juízo de culpabilidade foi positivo, significa que o réu foi considerado, indubitavelmente, culpado após a análise do caso em duas instâncias diferentes, afinal, caso pendesse qualquer dúvida acerca do cometimento do crime pelo condenado, incidiria, imediatamente, o Princípio do *in dubio pro reo*, o que acarretaria a absolvição do réu. Em outras palavras, se foi considerado culpado (juízo de culpabilidade positivo), a presunção de inocência já foi superada (não há como ser inocente e culpado ao mesmo tempo), já que exaurido estaria, definitivamente, o exame dos fatos e provas do caso concreto.

O entendimento da Suprema Corte, recapitulando-se o exposto, é o de que o acusado é considerado culpado no momento de sua condenação em 2ª instância, ocasião na qual ficaria, logicamente, afastada a presunção de inocência do mesmo. Nesse mesmo momento processual, inclusive, estariam cumpridos os requisitos essenciais do Devido Processo Legal, notadamente o duplo grau de jurisdição (afinal fora, o réu, julgado em duas instâncias distintas), o contraditório e a ampla defesa.

Os possíveis recursos Extraordinário e Especial, que seriam julgados, superficialmente falando, em instâncias superiores à segunda, não são veículos adequados ao debate sobre fatos e provas, pois eles são restritos à matéria de direito. A Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, corrobora isso ao dispor que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

As polêmicas e debates infundáveis existentes no cenário doutrinário e, principalmente, jurisprudencial não se refletem na opinião da população brasileira, tendo em vista que, em pesquisa realizada em maio de 2018, pelo Instituto Paraná Pesquisas, constatou-se que apenas 23,8% dos eleitores brasileiros são contra a prisão após condenação em segunda instância (2018, p. 7), ou seja, a positividade dessa jurisprudência vai ao encontro dos anseios populares, expressando, inequivocamente, a vontade majoritária do povo.

Explicitadas as nuances do debate sobre a possibilidade da execução provisória da pena após condenação em 2ª instância, torna-se mais viável a análise da possível positividade da referida jurisprudência através do Pacote Anticrime, já que dentre as disposições deste há a proposta

de inclusão do art. 617-A ao CPP, o qual determina, em seu *caput*, que “Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos” (BRASIL, 2019).

O §1º do art. 617-A deixaria claro que a prisão após condenação em segunda instância passa a ser a regra no processo penal e apenas deixaria de ocorrer, excepcionalmente, caso houvesse questões constitucionais ou legais relevantes, potencialmente aptas a ensejar uma provável revisão da decisão pelos Tribunais Superiores.

A possibilidade de execução provisória da pena após condenação em 2ª instância foi a causa de calorosos debates, no entanto, no Pacote Anticrime, ainda existe a possibilidade de cumprimento da pena logo após uma primeira condenação – pós decisão de pronúncia, tecnicamente falando – possibilidade pertencente aos julgamentos de competência do Tribunal do Júri.

A justificativa da proposta de prisão imediata pós pronúncia no Tribunal do Júri deve ser precedida, para melhor entendimento, da significação do Princípio da Soberania dos Veredictos, o qual é, inclusive, positivado constitucionalmente no art. 5º, XXXVIII, c. Para esclarecer a ideia do mencionado princípio seguem as palavras de Nucci, por serem estas precisas e cristalinas:

[...]o veredito popular é a última palavra, não podendo ser contestada, quanto ao mérito, por qualquer Tribunal togado. [...]
Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredito, substituindo-o. Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredito, proferindo outro, quanto ao mérito (2015, p. 32 e 33).

Em síntese, os jurados, integrantes do Conselho de Sentença, decidem de acordo com a própria convicção sobre a culpa do réu e esta decisão não pode ser, em regra, modificada quanto ao seu mérito (justamente nesse ponto se manifesta a soberania que nomeia o princípio). Destaca-se, por ser conveniente, que o Tribunal do Júri é responsável pelo julgamento de crimes dolosos contra a vida, ilícitos nos quais, superficialmente explicando, existe a intenção de matar um ser humano,

delitos estes, evidentemente, gravíssimos, razão que embasa o julgamento distinto dos mesmos.

As jurisprudências que autorizam o início da execução da pena advinda de condenação pelo Tribunal do Júri existem há alguns anos, todavia não encabeçaram os debates públicos – afinal não atingiram figuras populares - e, por isso, não se tornaram tão conhecidas pela população como aquelas que autorizam a execução da pena pós condenação em 2ª instância. A título de exemplo, por ser facilmente inteligível, cita-se a decisão da 1ª Turma do STF no *Habeas Corpus* 118.770/SP, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio:

[...] os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular.

2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri (STF, 2017).

O art. 593 do CPP trata sobre as hipóteses nas quais cabe apelação no Processo Penal e seu inciso III refere-se especificamente às hipóteses nas quais cabe o referido recurso nas decisões dos Tribunais do Júri. Através da simples leitura das alíneas do mencionado inciso, é possível perceber a influência da soberania dos veredictos e a raridade das hipóteses em que a decisão dos jurados pode ser alterada. Essa dificuldade de alteração do veredicto embasa a execução da pena em tais circunstâncias, afinal é improvável, rara, a reversão da decisão dos jurados.

As hipóteses, dentre as alíneas do inciso III do art. 593 do CPP, nas quais haveria a possibilidade de alteração do entendimento dos jurados com relação aos fatos, provas e culpa do réu seriam as que aparecem nas alíneas a (fortes indícios de nulidade) e b (for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados), no entanto tais hipóteses são de raríssima ocorrência, razão pela qual foram “desprezadas” na formação da jurisprudência no sentido já dito.

A mesma jurisprudência exposta no parágrafo anterior faz, apesar do exposto, uma ressalva no sentido de que caso ocorram as raras hipóteses já mencionadas, o Tribunal poderá suspender a execução da pena iniciada até que o recurso interposto seja julgado. A regra (início imediato da execução) é consonante com o que acontece na maioria dos julgamentos ocorridos no júri, havendo uma exceção legal (suspensão da execução) para as exceções de julgamento que dificilmente acontecem.

A alínea c trata sobre as hipóteses nas quais há erro ou injustiça relacionada à aplicação da pena ou da medida de segurança, o que, evidentemente, não tem nenhuma relação com a existência do crime nem com a culpa do réu. Nestes casos, aliás, cabe ao Tribunal retificar a pena ou medida de segurança, o que não altera a decisão dos jurados, que permanece no mesmo sentido. É absolutamente normal que assim seja, afinal os jurados não definem, em sua decisão, nada relacionado à quantidade ou característica da pena, já que, geralmente, não possuem o conhecimento técnico para isso, cabendo-lhes apenas condenar ou absolver o réu.

A alínea d preceitua ser cabível apelação quando o veredicto, apesar de sua força já esclarecida, for patentemente contrário a provas existentes no processo, situações nas quais, evidentemente, deve haver a reforma na sentença, afinal a decisão dos jurados não pode representar uma clara injustiça, sob pena de atacar diretamente todo o arcabouço ideológico do Direito nacional e mundial.

Interessante destacar que a análise das tendências jurisprudenciais do STF concernentes a execução provisória da pena convergem no sentido de que, para a Suprema Corte, o réu é considerado culpado tão logo se encerre qualquer discussão relacionada aos fatos e provas, afinal, para esclarecer, nos crimes não sujeitos ao Tribunal do Júri tal debate perdura até a 2ª instância e nos casos sujeitos ao mencionado Tribunal o princípio da Soberania dos Veredictos faz com que após a pronúncia já não haja mais discussão sobre isso, ambos momentos nos quais deve se iniciar o cumprimento da pena.

3.3 A apreensão de bens dos criminosos como forma de incentivo à cultura e fortalecimento da segurança pública

Interessantíssima medida proposta no Pacote Anticrime é a possi-

bilidade da utilização, pelas polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis, militares, bem como pelos corpos de bombeiros militares, de bens sequestrados, apreendidos ou sujeitos a qualquer medida assecuratória, ou seja, os órgãos de segurança pública poderão utilizar os bens dos acusados e condenados para exercer suas atividades de prevenção e repressão a infrações penais. Isso se daria através do acréscimo de um artigo no CPP, o art. 133-A.

Essa ideia remonta à chamada “Guerra contra as Drogas” de Ronald Reagan, Presidente dos Estados Unidos da América eleito em 1980, o qual autorizou a utilização pelos órgãos de segurança dos bens apreendidos de narcotraficantes e malfeitores em geral. Nesse sentido:

[...] o governo Reagan concedeu aos órgãos estaduais e locais autoridade para se apropriar, para uso próprio e por meio de leis de confiscos, da grande maioria de valores e bens apreendidos na guerra às drogas, de modo que, repentinamente, os departamentos de polícia eram capazes de aumentar o tamanho de seus orçamentos substancialmente apenas tomando dinheiro, carros e casas de pessoas suspeitas de usar ou vender drogas; como a lei previa a possibilidade de apreender ativos de pessoas supostamente envolvidas com qualquer questão relacionada às drogas, sem que as próprias pessoas fossem processadas, culminava em uma espécie de lucro na aplicação da referida lei, pois, se tais ativos pudessem ser apreendidos dessa maneira, os órgãos estaduais e federais, bem como os departamentos de polícia, sempre teriam um interesse pecuniário na lucratividade e longevidade da guerra às drogas (ANDREOLLA, 2019).

É de conhecimento geral que as organizações criminosas possuem equipamentos (armas, munição, miras de longo alcance, aparelhos de comunicação, coletes à prova de balas, etc) e veículos (carros, motos, barcos e aeronaves) de ponta, ou seja, altamente tecnológicos e modernos. Em contrapartida as forças de segurança não conseguem, por restrições orçamentárias, equipar de maneira equivalente seus homens, bem como sofrem com a falta de infraestrutura e manutenção dos veículos e prédios que abrigam e servem às corporações.

O panorama exposto no parágrafo predecessor deixa claro que caso o art. 133-A passe a vigorar, as forças de segurança diminuirão o abismo existente entre sua infraestrutura e equipamentos e aqueles de

propriedade das organizações criminosas, afinal ao mesmo tempo em que tais corporações diminuíram o patrimônio dos criminosos aumentaram o próprio, trazendo mais tecnologia e recursos para o lado dos que lutam em favor da lei.

Tal possibilidade também incentivará os órgãos de segurança pública a trabalharem com mais afinco e efetividade, já que estes vislumbrarão a possibilidade de melhorar a própria corporação, garantindo mais segurança e melhores condições de trabalho aos seus homens, o que, logicamente, é de extrema importância ante as constantes situações de risco a que estão expostos, já que nestas qualquer mínimo detalhe pode ser a diferença entre a vida e a morte de um agente da lei.

As apreensões não serão voltadas unicamente para fins bélicos e orçamentários das forças de segurança, já que existe no Pacote Anticrime disposição no sentido de favorecer o incentivo à cultura através do perdimento de bens de criminosos, pois há proposta no sentido de incluir o art. 124-A ao CPP, o qual determinaria que caso haja a decretação do perdimento de obras de arte ou quaisquer outros bens de relevante valor cultural ou artístico os mesmos seriam destinados a museus públicos, desde que, obviamente, tais bens não pertencessem a vítima determinada ou à administração pública, caso em que serão, naturalmente, restituídos às mesmas.

3.4 O endurecimento do cumprimento das penas através de modificações quanto às características e regimes iniciais destas.

As mudanças englobadas como tendentes a endurecer o cumprimento das penas ocorreram, basicamente, em 3 legislações distintas: o Código Penal, a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) e a Lei nº 12.850/2013 (que dispõe sobre organizações criminosas). As alterações, como se evidenciará, propostas atingem diretamente os criminosos habituais, os agentes de crimes hediondos e os líderes de facções criminosas.

Inicialmente, expõem-se as propostas concernentes ao Código Penal, a principal legislação criminal brasileira. Se aprovado, o Pacote Anticrime acrescentará ao art. 33 do Código Penal um quinto parágrafo. O mencionado artigo estabelece em quais regimes (fechado, semiaberto ou aberto) devem ser cumpridas as penas de reclusão e detenção e deter-

mina regramentos concernentes a isso.

O §5º, se acrescentado, obrigará o magistrado a estabelecer o regime fechado como inicial aos reincidentes ou àqueles que, verificados os elementos probatórios necessários, sejam considerados criminosos habituais/profissionais, ou seja, criminosos contumazes, que têm o crime como sua atividade principal de vida. A determinação do referido regime como inicial somente poderia deixar de ocorrer nos casos em que as infrações penais anteriores fossem insignificantes ou minimamente ofensivas.

O Pacote Anticrime ainda propõe, através do acréscimo dos parágrafos 6º e 7º ao mesmo art. 33 do Código Penal, que as penas também se iniciem em regime fechado para aqueles que cometem crimes de subtração, desvio ou apropriação de patrimônio alheio – seja, o patrimônio, particular (casos de roubos com emprego de arma de fogo ou destruição de obstáculos, ou nos casos em que o roubo for seguido de morte ou lesão corporal grave) ou público (peculato e as corrupções ativa e passiva).

Os delitos abarcados pelos dispositivos apontados no último parágrafo somente não serão punidos com regime inicial fechado nos casos em que todas – e não somente algumas – das circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem favoráveis ao réu. O art. 59, como se sabe, traz critérios para a fixação da pena e de sua quantidade, seu regime inicial e as possibilidades de substituição, tais como os antecedentes do réu, sua conduta social, personalidade, os motivos do crime, dentre outros. Em outras palavras, todos os critérios estabelecidos pelo art. 59 devem ser positivos ao réu para que incida a mencionada exceção.

As alterações, conforme citado, não se restringem ao Código Penal, já que estendem-se também à Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), atingindo significativamente seu art. 2º, o qual estabelece regramentos relativos aos crimes hediondos, à prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo. Este artigo, vigente atualmente, em seu § 2º, preceitua que a progressão do regime dos condenados naqueles crimes somente ocorrerá, para os réus primários, após cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena e posteriormente ao cumprimento de 3/5 (três quintos) para os reincidentes.

O Pacote Anticrime propõe que para todos que cometam os referidos crimes a saída do regime fechado somente seja possível após o cum-

primento de 3/5 (três quintos) da pena, ou seja, estabelece, para todos (sejam primários ou não), a mesma regra que, atualmente, vige apenas para os reincidentes, o que deixa patente o endurecimento a que se propõe.

O cumprimento dessa fração de pena apontada no parágrafo anterior, todavia, não é a única condição autorizadora da progressão de regime, pois o §6º (mais uma proposta de acréscimo advinda do Pacote) estabelece ainda que devem ser constatadas evidências de que o criminoso não voltará a delinquir, sendo este um requisito cumulativo.

O Pacote ainda aventa a possibilidade de acréscimo de mais um parágrafo – o de número 7, portanto – o qual disporia que aos condenados por crimes hediondos, de tortura ou de terrorismo, durante o cumprimento do regime fechado e também do semiaberto correspondentes às suas respectivas penas, os mesmos estariam proibidos de ter acesso às saídas temporárias, salvo se para ida em audiências ou nos casos de “I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; II - necessidade de tratamento médico” (BRASIL, 1984), todos previstos no previstos no art. 120 da lei nº 7.210/1984 (lei de execução penal), sempre mediante escolta.

A última das mudanças propostas que visam diretamente o endurecimento das penas é a que ocorrerá na Lei nº 12.850/2013, que trata sobre organizações criminosas, através do acréscimo do §8º ao art. 2º da mencionada lei, o qual estabelece que deverão ser encaminhadas inicialmente para prisões de segurança máxima os líderes de organizações criminosas. Um nono parágrafo será ainda acrescentado ao mesmo artigo mencionado da Lei nº 12.850/2013 determinando que qualquer condenado que mantenha vínculos associativos com organizações criminosas não poderá progredir de regime enquanto tais relações perdurarem.

Ambos os acréscimos mencionados no parágrafo predecessor objetivam enfraquecer as poderosas facções existentes no Brasil. O isolamento de seus líderes faz com que as mesmas percam sua fonte de ideias e articulações, fragmentando o poder, antes uno, dentre diversos outros integrantes, o que, inevitavelmente, dificulta as ações das mesmas, bem como as relações entre seus membros; a criação de empecilhos para a liberdade de seus integrantes, por sua vez, objetiva o enfraquecimento numérico de tais organizações, as quais contarão com menos pessoas em liberdade para agirem em seu nome.

CONCLUSÃO

O estudo realizado e exposto no presente artigo analisou os principais pontos do Pacote Anticrime, bem como evidenciou que os mesmos foram elaborados, de maneira precisa, para atingirem (reprimindo e prevenindo) circunstâncias negativas presentes na sociedade brasileira, tais como a corrupção, a violência, o poderio do narcotráfico, a precariedade do aparato das forças de segurança, dentre outras devidamente listadas nas explicações, todas tendo como base políticas internacionais bem sucedidas ou dados da realidade nacional.

A simples elaboração de normas jurídicas, logicamente, não é suficiente, por si só, para resolver ou, ao menos, amenizar as adversidades pontuadas, afinal é, primordialmente, necessário que tais regramentos sejam efetivamente aplicados, concretizados. Em outras palavras, a norma positivada sem a devida ação do governo e de seus órgãos de nada adiantará, somente sendo possível consubstancia-la através de atuações conjuntas entre as entidades da administração pública responsáveis pela segurança e aquelas cuja atividade é a aplicação da lei.

O Pacote Anticrime, relevante pontuar ante o exposto no último parágrafo, não foi omissivo neste quesito, pois também traz dispositivos que potencializam as ações e estratégias das forças de segurança, os quais não foram aqui expostos por fugirem ao tema proposto, essencialmente jurídico.

Em síntese, importante notar que o Pacote – como o próprio nome revela – é um conjunto de leis, ordinárias e complementares, e alterações no Direito Penal e Processual Penal vigentes, as quais necessitam de renovações para adequar a norma positivada à realidade, por ser esta, afinal, uma das funções principais do Direito e sua principal finalidade social.

O estudo materializado neste trabalho não objetiva exaurir o tema nem as discussões concernentes à efetividade das propostas trazidas pelo Pacote Anticrime, sua juridicidade e as possibilidades de realização eficaz de seus dispositivos, no entanto é suficiente para edificar na mente do leitor uma base de ideias e princípios relativos ao mesmo e referentes às tendências governamentais atuais do país, deixando aptos, os leitores, a formarem uma opinião própria sobre o conjunto de dispositivos cerne do presente artigo.

Trata-se, de qualquer forma, de uma tentativa inicial de romper a inércia estatal no tocante ao combate à criminalidade, ao enfraquecimento paulatino dos órgãos de segurança, à ineficácia judicial e à leniência com os criminosos, uma reação, em verdade, aos níveis críticos aos quais

chegou o Brasil, cenário este que, tamanho o problema, começou a atingir negativamente outras áreas, notadamente a economia e o turismo (com a disseminação da fama nacional de violência e marginalidade incontroláveis) e a educação (através do perdimento de jovens para o crime).

Os impactos negativos provenientes da grandiosa gama de problemas expostos, logicamente, não ficam restritos às gerações atuais, refletindo-se nas futuras e prejudicando o desenvolvimento nacional. No entanto, relevante lembrar, que, assim como as consequências negativas das situações atuais, os reflexos positivos das ações tomadas agora cujo intuito seja a melhora também chegam às próximas gerações e através destas às futuras, colaborando para a melhoria, ainda que inevitavelmente vagarosa, do atual panorama brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDREOLLA, Andrey Henrique. O uso do bem apreendido e a lógica empresarial na polícia. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)**. Boletim n° 317 - Abril/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6325-O-uso-do-bem-apreendido-e-a-logica-empresarial-na-policia. Acesso em: 04 set. 2019.

BBC. **As cinco atividades do crime organizado que rendem mais dinheiro no mundo**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160331_atividades_crime_organizado_fn. Acesso: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei n° 1864 de 27 março de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935297&ts=1563581579618&disposition=inline>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei n° 1865 de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935081&ts=1564774911413&disposition=inline>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Senado Federal. Parecer (SF) nº 89 de 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7978338&disposition=inline#Emenda4>>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1864 de 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935297&ts=1563581579618&disposition=inline>>. Acesso em: 30 out. 2019.

CONGRESSO EM FOCO, 2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/lista-da-odebrecht-e-ainda-maior-e-tem-316-nomes/>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Fase de execução é a que mais aumenta tempo de tramitação de processos, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Supremo em ação. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/houve-queda-numero-processos-tramitacao.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Portal da transparência. Segurança Pública. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/06-seguranca-publica?ano=2018>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2018. p.12. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

FUX, Luiz. Ação penal nº 470. Voto ministro Luiz Fux. Item VI – Primeira Parte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470mLFitem6.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

MOTTA; LAGÔA; COURA. **Narcotráfico no Brasil movimentou R\$ 15,5 bilhões por ano; cifra é o pivô de massacres**. In: Hoje em dia. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/primeiro-plano/narcotr%C3%A1fico-no-brasil-movimentou-r-15-5-bilh%C3%B5es-por-ano-cifra-%C3%A9-o-piv%C3%B4-de-massacres-1.438397>. Acesso em: 07 ago. 2019.

NUCCI, Guilherme. **Qual o alcance do princípio da presunção de inocência?**. 2016. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/qual-o-alcance-do-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

PARANÁ PESQUISAS. **Pesquisa de Opinião Pública Nacional: Posicionamento em relação a prisão depois da condenação em 2ª instância (ESTIMU-**

LADA). Disponível em:<http://www.paranapesquisas.com.br/wp-content/uploads/2018/05/BR_Mai18_STF.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

POLÍCIA FEDERAL. PF deflagra 23ª Fase da Lava Jato – Acarajé. 2016. Disponível em:<<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/02/pf-deflagra-23a-fase-da-lava-jato-acaraje>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

STF. HABEAS CORPUS 118.770. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2017. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>>. Acesso em: 30 out. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 7. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL. **Índice de percepção da corrupção**. 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/?gclid=Cj0KCQjwkK_qBRD8ARIsAOteukAY6wcpa0iF53qcExSOxfGoTCP_P_ndL4MOBWBWzUoLYpWMmL0IxwaAq5uEALw_wcB>. Acesso em: 07 ago. 2019.

SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O CONTROVERSO SISTEMA MISTO BRASILEIRO

Lucas dos Santos⁶³

Heitor Romero Marques⁶⁴

RESUMO: Os sistemas processuais penais são mecanismos historicamente criados para que se possa chegar a aplicação da pena. Um rito procedimental penal no sentido de apurar a prática da infração penal partindo da premissa que toda penalidade demanda um procedimento de verificação, para que através da ação se possa chegar a aplicação do direito penal material. O procedimento de aplicação de norma, ou seja, o processo propriamente dito, é dotado de características próprias, sejam elas, processuais ou pré-processuais, daí, a necessidade do estudo mais aprofundado sobre o tema. Destarte, o atual cenário processual brasileiro, reclama por uma análise conceitual, sendo a premissa maior destes conceitos a Constituição Federal, seguida pelo Código de Processo Penal que, salvo alguns procedimentos específicos, dita todas as regras gerais para tornar-se um procedimento válido. Os três sistemas são denominados pela literatura ordinária como: Sistema Processual Acusatório, Sistema Processual Inquisitório e Sistema Processual Misto, este último, apontado por parte dos operadores do direito como aquele adotado em território nacional, sendo assim o que se pretende é, analisar os conceitos e características de cada sistema em face da Constituição de 1988 e, observar as nuances entre os princípios lá elencados, com os princípios de cada sistema, comparando-os e buscando responder se estamos mesmo diante de um sistema misto, ou apenas de um denominação doutrinária exposta como mista mas, predominantemente inquisitória.

63. Graduando em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. E-mail: luucassdireito@gmail.com.

64. Graduado em Ciências e Pedagogia, com especialização em Filosofia e História da Educação pela FUCMT, Mestre em Educação pela UCDB e Doutor em Desarrollo Local y Planteamiento Territorial, pela Universidad Complutense de Madrid. E-mail: heiroma@ucdb.br.

PALAVRAS-CHAVE: 1 Acusatório. 2 Inquisitório. 3 Misto. 4 Constituição. 5 Processo.

INTRODUÇÃO

Os sistemas processuais no Brasil em breve relato, são tratados superficialmente por parte da doutrina majoritária e em decorrência disso, também por parte do poder legislativo no tocante a matéria processual penal.

Resumidamente, as doutrinas tidas como manuais, pouco ou nada trazem acerca do tema, buscam apenas demonstrar a breve origem histórica que cada sistema possui, com poucas características e abreviados conceitos, insuficientes para a matéria que mostra extrema relevância constitucional, outrora, o estudo acadêmico é encarregado explicar e demonstrar as características básicas e essências de cada um dos sistemas.

O denominado Inquisitório tem como base, a dialética processual menos apurada, sua estrutura fica a cargo de dois agentes, o acusador juiz, que tem papel persecutório e exerce seu poder de império frente ao segundo, réu, que à pouco ou quase nada tem direito, com escasso tempo de fala processual, tornando-se mero objeto da ação persecutória, sendo ao final julgado por aquele que, imputou-lhe a conduta criminosa, dirigiu a investigação por trás da conduta de maneira secreta, e que ao final tem o poder de decidir ou não sobre a aplicação de uma penalidade.

Igualmente, pode se verificar que o denominado sistema misto ou por alguns, chamado de sistema bifásico, é uma construção jurídica aqui realizada, e a mais recente dentre os três, ficando a cargo de aproveitar momentos processuais do inquisitório, como a fase persecução, ou seja, investigação criminal sem contraditório, e a fase processual acusatória, que tramita perante a figura do juiz imparcial e equidistante – ou pelo menos deveria ser -, da acusação, exercida por parte do Ministério Público e da Defesa, exercida pelo réu e sua defesa técnica, ora advogado público (defensoria) ora advogado privado. Tais conceitos e características serão abordados em tópicos futuros, passando neste instante a analisar o instituto do sistema acusatório.

2 SISTEMA ACUSATÓRIO E SUA COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL

Diante da concepção de que todo o ordenamento jurídico deve respeitar aquela que é, - e não poderia deixar de ser -, a maior norma legislativa do país, ou seja, a Constituição Federal. O estado da arte processual penal não pode se distanciar do ponto mais alto da pirâmide pensada por Kelsen.

Ademais, embora a ordem constitucional não regulamente toda matéria penal, a mesma determina limites e princípios que devem - ou pelo menos deveriam -, ser respeitados. Dentro dessas circunstâncias, verifica-se a necessidade de compreender quais as características e estruturas que devem, - ou deveriam -, ser adotadas por parte da legislação ordinária.

Exsurge a necessidade de se verificar na história processual penal, qual estrutura prático-teórica se desenvolve melhor em sua aplicação, e com isso, expor ao leitor desta pesquisa os sistemas que norteiam as construções estruturais do sistema penal, analisando ao final aquele aplicado no Brasil.

2.1 Conceito e característica e princípios do sistema acusatório

Inicialmente, é importante destacar que todos os sistemas aqui abordados não possuem conceitos fechados acerca de sua aplicação, partindo disso, definiremos os sistemas tais como são, por sua característica e dinâmica processual, começando pelo acusatório que tem como ponto de partida a distribuição de funções frente à prestação jurisdicional.

Destarte, podemos eleger como base fundamental do sistema acusatório, o distanciamento do responsável pelo julgamento (magistrado) da função de acusar a cargo do Ministério público, que exerce com base na Constituição Federal, em seu art.129, inciso I⁶⁵.

Destaca-se ainda, a plenitude do exercício ao contraditório para que o réu não encontre-se somente como mero objeto processual, exercendo sua garantia a ampla defesa por suas próprias forças ou por intermédio de uma defesa técnica constituída pelo mesmo.

⁶⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Nessa perspectiva, o sistema acusatório torna-se um processo de partes, onde instituem-se polo passivo (réu) e ativo (*parquet*), observando sempre a publicidade dos atos processuais, bem como, a celeridade, oralidade e a liberdade como regra, para que possa o réu fazer frente e produzir provas que vão contra a acuação proposta pelo aparato estatal, sem prejuízo, é claro, a presunção de inocência. Segundo as análises de Coutinho fica observado que:

Ao que por ora interessa, vê-se que, nele, a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – e tende – a ser leal e indicava paridade de condições entre os contentores. O vital, porém, era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam ao processo, o qual se mostrava com um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público. Tal sistema é o que se convencional chamar, mais tarde, na forma que se conhece hoje, de sistema Acusatório e, a partir desse padrão, domina boa parte dos processos penais do mundo (2018. p. 121-2).

Definida tal concepção conceitual e característica, vale ressaltar que, muitos daqueles princípios criados no sistema acusatório norteiam nosso ordenamento jurídico atual, em sede Constitucional. Embora a legislação ordinária seja falha em alguns aspectos, a Constituição de 1988 traz princípios em seu Art. 5º., historicamente construídos em nossa evolução social, a título de exemplo, são alguns deles, os incisos LIII⁶⁶, LIV⁶⁷, LVII⁶⁸ e LXIII⁶⁹ entre outros, sendo assim a evolução processual vem, ao longo da história, sendo influenciada pelo sistema acusatório puro.

2.2 Breve relato sobre o surgimento histórico do instituto de sistema acusatório

Historicamente observa-se que os institutos penais, democráticos ou não, são reflexos contemporâneos do momento social que passam

66. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

67. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

68. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

69. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

determinadas sociedades, não seria diferente quanto ao sistema acusatório, como explica Gloeckner (2017. p. 45), “Uma vez mais, os sistemas processuais são produtos culturais e políticos de uma época, não podendo surgir um fenômeno da natureza. Dessa maneira, há que se partir do núcleo fundante, uma opção teórica a fim de tratar o fenômeno”.

Este modelo processual puro, todavia, não pode mais ser observado tendo em vista que os sistemas puros, não existem nos dias atuais, embora um ou outro dependam de princípios fundamentais para funcionarem e, de maneira democrática (acusatória) ou autoritária (inquisitória), premissas serão abordadas posteriormente, ficando a cargo deste tópico, expor o nascimento histórico a partir do século XII, nesse sentido Coutinho ensina que, “O sistema Acusatório nasce na Inglaterra após a invasão normanda levada a efeito por Guilherme, o conquistador. Na realidade, a construção do novo sistema processual se dá sob o reinado de Henrique II, talvez o mais importante para o direito” (2018. p. 119).

O professor ainda explica que o reinado de Henrique II, se dá entre os anos de 1.154 a 1.189, com a tendência de diminuir a força exercida por parte da igreja católica, que à época, detinha enorme poder político e, não raras vezes, exercia certo poder frente ao Estado, neste contexto explica ainda:

Henrique II deu, quem sabe, o grande passo à construção de um modelo singular. Por um novo *writ*, dito *novel disseisin*, instituiu para Clarendon, em 1166, um *trial by jury*. Por ele, um *grand jury*, composto por 12 membros. Nele, o *jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, nem a disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto, a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar. Por sinal, não se produziam provas no início: o *jury* era a prova. Elas só vieram – como regra nos séculos XV e XVI, como *evidence*, quando já não se tinha mais conhecimento dos fatos e, portanto, era necessário reconstituir o crime e seus pormenores (COUTINHO, 2018. p. 119-20).

Neste momento, nascia o sistema processual acusatório, elencando princípios e procedimentos adotados na legislação pátria nos dias atuais, conforme será abordado a seguir.

2.3 Sistema processual acusatório e o processo penal brasileiro

Em última análise como foi exposto na caracterização do sistema acusatório, apontou-se a previsão Constitucional de princípios norteadores do sistema penal brasileiro. Contudo, a legislação ordinária detém atribuição organizacional no que diz respeito à funcionalidade da persecução penal, em outras palavras, regulamenta por meio do Código de Processo Penal, todo procedimento criminal.

O diploma legal sofreu varias mudanças ao decorrer de sua vigência, mudanças necessárias, tendo em vista a evolução histórica e cultural da sociedade brasileira, da década de 1940 (data de introdução do CPP ao ordenamento jurídico), embora fosse possível analisar-se o contexto histórico do texto legal e sua inspiração no *Codicce Rocco*, do ano de 31, na Itália de Mussolini, não é este o objetivo. O que se verificará aqui serão as previsões legais acusatórias do atual Código de Processo Penal Brasil.

Um dos pontos principais sobre é a importante reforma trazida por parte da lei 12.403/11, com a introdução de diversos artigos legais, alguns pontualmente analisados a seguir. O Art. 283⁷⁰ consagra o entendimento Constitucional da vedação de prisões salvo, em casos de flagrante delito ou por ordem escrita e devidamente fundamentada de autoridade que tenha competência para determiná-la.

As premissas desses institutos elucidam, não só a vedação literal contumaz, o reforço de outros princípios como do juiz natural, ainda como determinação do Art. 289-A, parágrafo 4^o⁷¹, extirpando do ordenamento jurídico qualquer impossibilidade de manter o acusado incommunicável, principio basilar do sistema acusatório, uma vez que, pauta-se pela oralidade, onde a regra é a liberdade, para que o réu tenha oportunidade de oferecer resistência e persecução penal.

Nesse sentindo, impossível não mencionar aquilo que ensina a maior autoridade, em se tratando se sistemas processuais Coutinho:

70. Art. 283. 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.

71. Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. § 4o O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5o da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema processual do CPP, de todo inquisitorial. Portanto, não recepcionado, o que já deveria ter sido declarado se se tivesse ‘vergonha’ (como diziam os antigos, mas não ultrapassados), mesmo em tempos bicudos de neoliberalismo e consumo da ética (2018. p. 262).

Fica claro no pensamento do autor que “no sistema acusatório o Juiz tem a primordial função de garantir os direitos fundamentais do acusado, por tratar-se de parte hipossuficiente frente ao aparato persecutório estatal” (COUTINHO, 2018. p. 263), ou seja, ainda que parciais as reformas, nenhuma delas trazem a suficiência necessária que só poderia ser realizada, segundo o autor, com a realização de uma reforma global, com a mudança da mentalidade inquisitória, ou “mista” – como queiram chamar -, no sentido acusatório e Constitucional.

3 SISTEMA INQUISITÓRIO E O COMBATE AO PROCESSO DEMOCRÁTICO

Quando se trata de inquirição, deve-se ter cautela em contextualizar o fenômeno histórico e teórico processual, em outras palavras, o nascimento da inquirição tem marcos iniciais diversos, seja ele, o da inquirição Católica dos crimes religiosos ou aqueles impostos pelo Rei, de lesa a majestade.

Deve-se esclarecer que algumas características e fundamentos do processo penal contemporâneo, ainda seguem a lógica inquisitória, a qual sobrevive e mantém a legislação criminal arbitrária, seguindo princípios existentes em épocas e contextos tão remotos, mas que sobrevivem e com muita força até os dias atuais.

Portanto, abordar-se-á apenas a inquirição como poder de controle do Estado, deixando de lado aquele realizado pela Igreja, de caças às bruxas, ocorrido no século II e III, não contextualizando o processo como forma estatal de controle social, mas, de imposição religiosa.

O processo inquisitório como conhecido vem após o sistema Acusatório, como resposta ao anterior, sendo assim, a inquirição das caças às bruxas diz respeito a história religiosa e social, e não serve de base à

ordem processual criminal.

Sobretudo, verificamos a operacionalidade deste sistema com a ordem constitucional posta, como se realizou em capítulo anterior ao tratar de sistema acusatório, apontando assim, as contradições teóricas e instrumentais que elevam às práticas inquisitivas a patamares de inconstitucionalidade, partindo da premissa que, a Constituinte de 1988, fez clara opção à um processo mais desenvolvido e democrático, voltado à garantia dos direitos fundamentais do homem, pós-guerra.

3.1 Inquisição o modelo mais perverso já criado pelo homem

De antemão, é importante o destaque no sentido de que, a forma como se analisa os sistemas processuais é de suma importância, uma vez que, dentro do contexto e evolução histórica, nos deparamos com um instrumento que surge em resposta à outro, ou seja, o sistema processual penal Inquisitório é, a resposta criada pelo meio político e social à responder aquele já existente, o Acusatório.

É importante expor ao leitor, breves apontamentos históricos do nascimento do sistema tido como Inquisitório, não obstante notar que, impossível se torna, abordar todo o contexto, sob pena de estarmos diante de um trabalho acadêmico histórico, o que não é o caso.

Partindo disso, ensina o professor Ricardo Jacobsen Glockner “o sistema inquisitório seria o anverso deste esquema, ou seja, acusatório” (2017. p. 62), como abordado no tópico anterior, o sistema acusatório dava muito poder as partes processuais, de maneira que surge a necessidade de que o Estado participasse da relação jurídica, mudando vários aspectos, como foi feito.

Partindo desse desejo, não se pode deixar de apontar que, à época, a igreja Católica especificamente, dominava ou, ao menos influenciava a administração do Estado, mas, esta influência perdia força com o passar do tempo, sendo necessário um novo método de controle social, o que perfeitamente pôde ser feito através do processo penal, e foi, como se pode notar nos escritos de Jacinto.

O Sistema Inquisitório aparece no âmbito da Igreja Católica e seu marco histórico (1215) em face de IV Concílio de Latrão. Em síntese, poder-se-ia dizer que desde o século anterior (sécu-

lo XII), mais particularmente em seu final, a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante: pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora da grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava-se que isso era fruto de ‘doutrinas heréticas’ e, portanto, de postulados contrários àqueles pregados em Roma (2018. p.114).

Era nítido que, com a perda do controle epistêmico, perder-se-ia consequentemente o controle social, que eram considerados ainda mais valiosos que qualquer riqueza, e, por cautela daqueles que almejavam a manutenção do poder social – ou seja, a igreja -, verificou-se a oportunidade da retomada de parte do controle, e assim foi feito, através do sistema penal inquisitório.

Exsurge neste momento o instrumento de controle, “No início do século XIII, para resolver o problema, Inocêncio III, em 1215, faz a opção pela força. É o nascimento do novo modelo processual, ao qual não interessava aquele que estava em vigor” (COUTINHO, 2018. p.116).

O modelo criado era brilhante, colocou-se à mão da mesma figura todos os poderes do processo, aquele quem acusava, era o mesmo que realizaria o julgamento, retirando da pessoa do acusado a presunção de inocência, o contraditório a publicidade do procedimento, - ferindo de morte as possibilidades de resistência de qualquer réu - com o sigilo do procedimento, estávamos diante de um superpoder, buscar e gerir as provas de maneira completamente subjetiva, não haviam limites, o poder era uno e indivisível.

O acusado servia ao processo como mero objeto, o mesmo não possuía status nem mesmo de parte no procedimento, tendo como base instrumental a descoberta da denúncia fosse ela, um crime ordinário ou de lesa majestade, o que importava ao condutor do procedimento era, ao final, confirmar a hipótese anteriormente levantada.

Surge neste momento a rainha das provas, a confissão, partindo da premissa de que, o acusado não possuía meios para resistir à imputação que lhe era feita, confessar o delito é uma das suas melhores opções, de modo que, confessando passava-se a negociar qual a pena aplicável, e, sobretudo, tal pena poder-se-ia acarretar em uma punição menor do que resistir ao processo. Cooperando, estava o mesmo livre de possíveis

torturas que, à época eram aceitáveis já que o mesmo era mero objeto processual.

3.2 Conceito, características e princípios do sistema processual inquisitório

Como já abordado em tópico anterior, não há um conceito completamente fechado que defina os sistemas processuais, aqui, como no sistema acusatório, temos marcos iniciais e contextos históricos e políticos que determinam a escolha por um modelo diferente daquele já existente, diante desse paradigma o que se pode verificar são princípios e ações que servem de base a um ou outro sistema, e que passamos a discutir.

Exsurge então, a necessidade de abordar o princípio fundamental do sistema processual inquisitório, ou seja, o princípio inquisitivo, tal dispositivo tem por base a concentração de poder nas mãos daquele que acusa e julga, e, trata-se de uma das maiores ilegalidades criadas pelo ser humano na história do direito.

O processo jurisdicional como um todo, tem como base um conjunto de atos, preordenados e pautados na legalidade, estamos diante da instrumentalidade do processo, isso significa que, para aplicação da pena, há a necessidade de realizar um procedimento judicial - ainda que inquisitório - à necessidade sempre existiu, o nos faz remeter a idéia de instrumentalidade do processo, em outras palavras, o meio pelo qual se pode alcançar a sanção penal.

O conceito civilista de processo de partes serve à seara criminal, embora demande maior cautela, tendo em vista que aqui, as partes não são iguais embora pareçam. Ponto pacífico entre a doutrina no sentido de que o processo é instrumento, a divergente fica no tocante a sua serventia, deve favorecer ao acusado ou ao acusador. O professor Aury Lopes Junior ao citar *Goldschmidt* ensina que:

O processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável. Nega ele a existência de obrigações processuais e considera que os pressupostos são, na verdade, pressupostos de uma sentença de fundo. As partes não incubem obrigações, mas cargas processuais, sendo que, no processo penal,

não existe distribuição de cargas probatórias, na medida em que toda carga de provar o alegado está nas mãos do acusador (2015. p. 235).

O ensinamento e a discussão acima mencionados, serve para traçar um paralelo sobre o que se discute neste tópico, no sistema inquisitório a gestão da prova, a carga probatória, o julgamento, e a investigação do delito, estão todas na mão da mesma figura processual.

O princípio inquisitivo torna o investigado mero objeto processual, as figuras da presunção de inocência, do contraditório e a carga probatória são mitigadas, de maneira que, o réu deve provar sua inocência, mesmo com seus recursos processuais reduzidos, é ele quem deve provar o não cometimento do crime, de modo que aquele à decidir mude sua concepção daquilo que ele mesmo propôs, ou seja, a acusação. Ademais fica definido que, no sistema inquisitivo, as garantias fundamentais de qualquer acusado inexistem, cabendo o acusador decidir o ele próprio está correto ou não em sua decisão de condenar aquele que se senta ao banco dos réus.

Na inquisição, não há parâmetros definidos, não há limites éticos e legais, o que se busca a pautar-se pela inquirição e extrair do réu, à condenação, “o juiz atua como parte, investiga, dirige acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório. É da essência do sistema inquisitório o ‘desamor’ total pelo contraditório” (LOPES JUNIOR, 2018. p. 182).

4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO E A INOVAÇÃO INSTRUMENTAL

Por último, mas não menos importante passamos a analisar o sistema processual penal misto, ou seja, o instituto jurídico criminal que teoricamente, possui princípios e procedimentos de ambos os sistemas acima citados, em outras palavras. É a junção entre o sistema acusatório somado ao inquisitório.

Considerando aquilo que foi exposto, por parte das obras citadas nesta pesquisa, podemos afirmar que, não há, sem dúvidas, um sistema processual que atue de forma pura, mundo à fora, contudo, neste tópico

em específico, realizaremos a análise do sistema processual penal misto Brasileiro, com o objetivo de apurar as praticas realizadas em nosso ordenamento jurídico.

Partindo disso, ensina Guilherme de Souza Nucci (2016. p. 72), “a revolução francesa unificou as virtudes, ou seja, os princípios de ambos os sistemas, dividindo-se o processo em duas grandes fases: a instrução preliminar (sistema inquisitório), e a fase de julgamento (predominado pelo sistema acusatório) ”.

O conceito do autor revela que, com a formação de tal sistema, demonstrava que nunca houve na história um processo penal totalmente puro, de maneira que, ora haveria um procedimento no sentido inquisitivo, com resquícios acusatórios, ora, contrário senso, (NUCCI, 2016. p. 73), posição esta que discordamos tendo em vista que, embora nos dias atuais, os sistemas processuais sejam considerados mistos ambos possuem sua matriz pura.

Em outras palavras, em sua base fundacional, houveram momentos em que operam os sistemas puros operavam de maneira literária, e, esse entendimento se faz observável, uma vez que, com essa ação, os sistemas puros passaram a ser usados como fonte de poder político, assim como ensina, Aury Lopes Junior:

A origem do sistema acusatório remonta ao direito grego, o qual se desenvolve pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do direito civil.

Deste ensinamento pode-se retirar a conceituação de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação, (hoje exercida por parte do Ministério Público) e, ação penal privada, propriamente dita, (que hoje é exercida pela parte ofendida).

Sobre a respeitosa oposição que fazemos ao autor, Lopes Junior (2018. p. 185-6) ainda ensina que “à época do império o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de repressão dos delitos”, o que ocasionou na produção de um novo sistema, ou seja, inquisitório.

Sendo assim, demonstra-se evidente que os sistemas processuais

puros existiram, embora nos dias atuais, não se possa verificar suas existências, sob pena de torná-los inoperantes, frente às necessidades de punição, corretas e plausíveis, que devam se realizar.

Destarte, tal conceito serve para dar marco inicial aos sistemas mistos, de modo que, como dito anteriormente, o objetivo desta pesquisa é voltar os olhos para o sistema penal misto vigente no Brasil, colocando em contraponto a legislação Constitucional e infraconstitucional, mais especificamente, o Código Penal Brasileiro.

4.1 Sistema Processual Penal Misto no Brasil o Caças às Bruxas do Século XXI

Ao tratar de sistema processual penal misto, é preciso definir quais os conceitos e princípios adotados para justificar a fusão entre os dois sistemas anteriores, de modo que, nunca haveria a possibilidade, é claro, de estabelecer uma balança exata no sentido de tornar o sistema híbrido equilibrado entre os institutos e instrumentos dos anteriores.

Com esse paradigma, a doutrina majoritária expõe que, o sistema misto é assim denominado por aplicar, tanto a fase inquisitória, ou seja, o inquérito policial, que tem características como o sigilo, a falta de contraditório e a inquisição propriamente dita, e, em segundo plano, o acusatório, que refere-se a instrução processual, sobre o crivo do contraditório da ampla defesa, e presunção de inocência (AVENA, 2016. p.10-11).

Ocorre que, embora se tenha importantes conquistas em relação ao sistema misto, sua base teórica não demonstra eficiência, em se tratando do Brasil, Norberto Avena defende aquilo que ele denomina como, sistema misto ou inquisitivo garantista, e explica:

Classicamente, define-se sistema processual misto como um modelo processual intermediário entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo. Isso porque, ao tempo em que há a observância de garantias constitucionais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mantém ele alguns resquícios de sistema inquisitivo, a exemplo da faculdade que assiste ao juiz quanto a produção probatória *ex officio* e das restrições à publicidade do processo que podem ser impostas em determinadas hipóteses (2016. p. 10).

A ideia exposta pelo autor demonstra que embora bons avanços tenham ocorridos com a evolução histórica do processo penal, existem ainda obstáculos a serem superados, de modo que, a dialética processual não passe a ser aviltada pelo magistrado, que tem poderes para tal, como por exemplo: a produção de provas (AVENA, 2016. p.12).

Ora o pensar um processo misto em que o juízo possa produzir provas, é irracional, se toda sanção penal demanda a instrumentalidade, ou seja, o processo, com o objetivo de, ao final aplicar-se uma decisão que condene ou absolva e, se a ação penal é exercida pelo órgão competente, qual seja, o Ministério Público, não há sentido lógico em permitir que o juiz produza provas dentro do procedimento, cabendo à ele, juiz, resguardar os direitos fundamentais e individuais do acusado, e, zelar pelas atribuições institucionais do *parquet*, tudo que fuja a essa percepção de jurisdição, vai contra a santíssima trindade do processo penal, sendo elas: a ação, a jurisdição e o processo, parafraseando, Aury Lopes Junior (LOPES JUNIOR, 2018. p. 47).

Inobstante possam haver discordância acerca do tema, Guilherme de Souza Nucci (2016. p. 73), ao falar sobre o sistema misto do Brasil, expõe “O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório, entretanto não as impõe”.

Com a devida vênia desta pesquisa, tal concepção nos parece equivocada, pensar que, a maior legislação do ordenamento jurídico determina o apontamento à um sistema acusatório, e aceitar aplicar um Código de Processo Penal, de origens fascistas, é, a nosso ver, um equívoco grave, sobre o tema, ensinou Luigi Ferrajoli:

Já o código termidoriano de 1795 e depois o napoleônico de 1808 deram a vida à aquele monstro, nascido da união do processo acusatório com o inquisitivo, que foi o chamado processo misto, predominantemente inquisitivo na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e isenta da participação do imputado, privado de liberdade durante a mesma; tendencialmente acusatório na fase sucessiva do processo, caracterizada pelo ‘juicio contradictorio’ (é a fase processual onde se verifica a possibilidade de recompensas/facilidades), oral e pública com intervenção da acusação e da defesa, mas destinado a converter-se em mera repetição ou encenação da primeira fase. (2016. p. 566), *Tradução livre*.⁷²

72. Ya el código termidoriano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel monstruo,

Como Nucci expõe, embora de fato, a Constituição não regula-mente e/ou implemente a legislação criminal, ela propicia os meca-nismos para que a legislação se adeque ao sistema acusatório, que não é feito, sob a justificativa de ineficiência, sendo assim, a Constituição Brasileira de 1988, desagua na manutenção de um sistema tido como misto, mas que em sua base, é inquisitório, como se verificará a seguir (2016. p. 73). Ainda sobre o tema, Aury Lopes Junior, ao citar Jacinto Coutinho explica:

O processo bifásico é um monstro de duas cabeças; acabando por valer mais a prova produzida de forma secreta que a do con-traditório, numa verdadeira fraude. Afinal, o que poderia restar de segurança é o livre convencimento, ou seja, retórica e contra-ataques; basta imunizar a decisão com um belo discurso (2018. p. 191).

E assim, os elementos inquisitivos foram mantidos com o passar do tempo, sob a retórica do combate a corrupção o processo penal do Brasil manteve suas bases, de origens pouco democrática, e que a dou-trina optou por chamar de misto e/ou bifásico, com a narrativa de dar eficiência, a junção torna o processo penal Brasileiro, um verdadeiro Frankenstein jurídico, com cópias e importações de diversos sistemas mundo à fora.

Sem respeitar sua própria Constituição Federal, seguindo com a lógica do combate ao crime, elegendo assim, inimigos a serem erradi-cados, ora as drogas, ora as armas, ora facções criminosas, à eleição do combate fica a par do governante momentâneo, o verdadeiro caça às bruxas dos tempos modernos.

4.2 Processual Penal Brasileiro – A Pior Importação de Todos os Tempos

Datado da década de 1940, é notório e quase unanime que, tanto o Código Penal quanto o de Processual Penal Brasileiro, encontram-se nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue el llamado proceso mixto, predomi-nantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatório en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral e pública con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse em mera repericion o escenificación de la primera fase.

ultrapassados e demandam por ajustes, mas, qual deve ser o sentido da reforma e qual a origem do atual sistema, porque falar em um processo penal misto inquisitório, são essas as indagações que tentaremos responder.

Verifica-se que a base teórica adotada para elaboração do CPP de 41, vem, referenciada pelo código de processo penal Italiano, que tem sua base fundada no código napoleônico, que tem sua base estrutural, totalmente inquisitório por tratar-se de um sistema de controle estatal assim como citado anteriormente.

Sobre o tema, ensina com profundidade Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que “o sistema processual penal Brasileiro atual, assentado no CPP de 41 (cópia do *Codice Rocco*, da Itália, de 30) o fascista Vincenzo Manzini na dianteira, tem por base – e sempre teve – a estrutura inquisitorial” (2018. p. 124).

Ora, por mais que possa parecer tendencioso, não foge à realidade a afirmativa no sentido de que, se a base do sistema processual penal no Brasil é pautada por motriz autoritária e inquisitória, o processo penal Brasileiro, intitulado Misto também o é, e sobre isso, advoga Ricardo Gloeckner:

Não se pode dizer que o sistema inquisitório seja sempre impressão de regimes despóticos e o sistema acusatório características, ao invés, de regimes democráticos. A história não confirma. Exemplo perfeito disso é o processo penal Brasileiro, regido por estruturas montadas sob os auspícios de uma antidemocrática. A Constituição da República de 1988, apesar de oferecer alicerce para uma guinada democrática do processo, repercutiu pouco significativamente no que diz respeito à doutrina, à práxis e ao ensino jurídico (2017. p. 30).

Nesse sentido, verifica-se que, parte dos estudiosos defende que o CPP de 41 é pautado por princípios do sistema inquisitório, embora se possa observar alguns princípios do sistema acusatório, ademais, muitos dos institutos utilizados por parte do processo penal no país, tem íntima relação com os institutos autoritários do Código Napoleônico.

O esforço na preservação do sistema inquisitório é grande no cenário nacional, assim como foi, nos primórdios do processo, a despeito de dar eficiência ao processo, tratam de manter instrumentos responsá-

veis pela manutenção de todo autoritarismos, é assim com a teoria das nulidades, que de pouco ou quase nada servem, ou ainda com a concepção de inquérito policial, mantendo seu sigilo, produção de provas antecipadas, acordos de colaboração premiada, e o mais grave de todos, a gestam da prova por parte do magistrado, que deve – ou ao menos deveria – manter-se distante da produção probatória.

Este cenário é o nosso cenário, com sua origem demarcada e exposta, como podemos verificar, adiantando a citação longa, porem necessária, que expõe os sintomas do processo penal que temos.

Jean-Jaques-Regis de Cambacérés, homem de habilidades políticas conhecidas, mas, sobretudo, conhecedor das maneiras de como dobrar o imperador. Foi ele (depois arquichanceler do Império) a ideia de mesclar a investigação preliminar colhida nos mecanismos inquisitórios das *Ordonnance Criminelle* de 1760, de Luis XIV, com uma fase processual no melhor estilo do júri inglês, então adotado pelos franceses, *mutatis matandis*, por um Decreto de 16-29.09.1791 e combatido desde a adoção (COUTINHO. 2018. p. 124-5).

Neste momento, nascia o processo penal misto, mantido até hoje no Brasil com a aplicação do procedimento inquisitório, ou seja, o inquérito em todos os processos vigentes, elemento administrativo que, junto aos autos, faz nascer a prova fora do contraditório, e isso se deu por força da reforma processual de 2008, uma vez que o Art. 155⁷³, do Código de Processo Penal, garante ao juiz formar sua convicção por livre apreciação das provas, por meio judicial, contraditório e democrático, mas que a mentalidade inquisitória tratou de cuidar, dando cabo dessa concepção, ao falar que sua fundamentação, não poderia ser embasada, exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase de investigação.

Grande falácia, tendo em vista que, em caso de um juízo de probabilidade, está superada à necessidade probatória, ou seja, mesmo sem a produção de provas, ao menor sinal de um indicio, o juiz pode condenar, invocando a livre convicção que vem dos indícios insuficientes do processo, com o uso dos elementos de informação do inquérito, um

73. Art. 155 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

verdadeiro teatro teórico, ensinado nas universidades como bom direito.

Apontamos aqui, a crítica de Coutinho, a qual não podemos deixar de concordar, ainda que hajam outros posicionamentos a respeito.

Nos labirintos do sistema processual penal brasileiro habita Inocência III; e não são poucos os que gozam o lugar de um torquemada. Nunca se terá democracia processual desse modo, por evidência, mesmo se se pensar tão só nos grandes magistrados. Um sistema desse porte, onde se controlam as premissas, não só não é alheio ao *solipisismo* como lhe incentiva. E o pior é que a Constituição da República não se faz viva (2018. p.124).

Assim conclui-se, as importações jurídicas e teóricas do sistema penal atual, pouco ou nada evoluíram frente a demanda democrática Constitucional, trazendo consigo as friezas dos sistemas autoritários, regredindo aos direitos fundamentais da presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, investigações de tribunais superiores contra pessoas que ofendem seus ministros, e afins, nesse rumo preocupante, com o momento obscuro, socialmente falando, ficamos à mercê de um sistema inquisitório, intitulado misto e, sobretudo de juízes-heróis, mas afinal, quem não salvará da bondade dos bons.

4.3 Gestão da Prova e os Juízes-heróis – Quando Vamos Evoluir

Aproximando-se do fim, podemos afirmar que uma das principais causas do nosso sistema processual ser considerado por muitos, e por nós, inquisitório, é o fato de que, a produção probatória, contamina a imparcialidade do juízo que, “em definitivo, o sistema inquisitorial foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar” (LOPES JUNIOR, 2018. p. 188).

Evidente, portanto que, a figura do juízo combatente, que elege inimigos, a pretexto do combate a corrupção, as drogas, ao tráfico, ao contrabando e assim adiante, configura e demonstra uma grave crise institucional, onde as atribuições, previamente definidas por parte do texto Constitucional, são sopesados todos os dias por juízes e tribunais, que sem uma teoria de nulidades que funcionem, são sempre consi-

derados erros relativos, e que conseqüentemente não trazem a devida segurança.

Ademais, o processo passa a ser apenas uma formalidade a ser preenchida, como se o papel do magistrado não fosse manter-se distante das partes, para que ao final, venha proferir a decisão mais adequada, e justa, seja condenando ou absolvendo, sobre isso, ensina Gloeckner (2017. p. 78), no sentido de que “O processo passa a ser visto unicamente como obstáculo à efetivação da pena, sendo os princípios e garantias fundamentais meros estorvos à eficiência do instrumento penalizador”.

Por isso, ao tratar do tema, Geraldo Prado (2005. p. 178), adverte: “no sistema acusatório real, a dependência da imparcialidade é o maior relevante, e, sobretudo, é o único modo de permitir que o juiz, qualquer que seja, não esteja desde logo, psicologicamente envolvido com uma das versões do jogo processual”.

Concluindo assim que, dar ao juízo a possibilidade de produzir provas, em favor da acusação, invadindo as atribuições do Órgão Acusador, como por exemplos, arts. 155, 156, I, 196, 212, § único, permite a seu psicológico, criar teorias, muitas vezes equivocadas, tornando o aparato do Ministério Público ao desnecessário, caso seja a intenção, ao menos que se desconstrua o *parquet*, poupando assim, valores exorbitantes.

Por obvio, não é a solução ao sistema de justiça criminal pátrio, o que se verifica é a necessidade de uma mudança no paradigma do conceito de justiça, retirando a mentalidade de combate a todo custo, e, inserindo a regra do juízo de garantias, que sustente os direitos e deveres fundamentais do acusado, deixando o *parquet* trabalhar dentro de suas atribuições (COUTINHO, 2018. p. 124-9).

Não precisaremos de Juízes/heróis no momento em que as instituições funcionarem, o que devemos ter em mente é, prezar por um sistema que funcione, algo deve mudar, mas parece-nos que essa realidade é algo distante, em uma sociedade que combate as drogas a mais de duas décadas, com gastos inimagináveis, humanos ou não, e que só fazem crescer os consumidores, casos de saúde pública, que para um sistema inquisitório – como o nosso – é tratado como crime, ainda que por pessoas bem intencionadas, podemos afirmar que o caminho não é este, e deve-se buscar uma nova solução para que juízes-heróis não sejam necessários, assim aprendemos.

Com a escusa do combate ao crime (sobretudo à corrupção), alguns pesam que podem tudo e tem agido de modo a fazer valer suas próprias verdades, solipsisticamente. Para tanto, negam a ordem posta (com um argumento menor qualquer) ou fazem de conta que ela não existe e, se admitem que existe, não lhe dão importância porque, para eles, de fato não tem (COUTINHO, 2018. p. 160-1).

Nesse contexto, o que temos em nosso cenário atual é uma crise, séria e muito grave, mas o processo penal Brasileiro precisa se livrar dela, antes que toda história demonstre que o conceito aqui exercido foi um erro incorrigível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizada pesquisa, podemos verificar que boa parte da doutrina não dá a devida importância ao tema, ao passo que, em busca aos manuais verifica-se que não há a explanação de ao menos 10 páginas, muitas delas superficiais, os manuais em questão não expõem a real complexidade do tema, induzindo a erro, diversas pessoas que acreditam que os sistemas processuais penais são uma discussão ultrapassada ou superada.

Outro ponto a se considerar é que, com os institutos ainda existentes dentro do Código de Processo Penal Brasileiro, o mesmo mante sua matriz autoritária com influencias de regimes totalitários, e que em sua base, exerciam um processo penal inquisitório, de modo que, concluímos estarmos diante de um processo penal, com as mesmas caracterizas, embora disfarçado de acusatório, afirma-se. O Brasil possui um processo penal inquisitório.

Ademais, como sugestão de mudanças, muito poderia ser feito, afastar o juízo que atue na instrução, para que outro imparcial assumna na fase de investigação, possibilitaria maior imparcialidade, de modo que o juízo da instrução é quem faria a autorização ou não das provas, a serem produzidas nos autos.

A despeito desta ideia, temos por base a reforma da justiça criminal do chile e Uruguai, que demandariam sim, maiores estudos, quem possivelmente poderiam nos ensinar muitas opções de reforma dentro do processo penal.

Por fim, a reforma no sentido de, desentranhar dos autos processu-

ais o procedimento administrativo da polícia judiciária, ou seja, o inquérito, afastaria do juízo a probabilidade de contaminar-se com os elementos de informação ali colhidos, servindo de base apenas para o exercício da ação penal, com as provas sendo produzidas, única e exclusivamente em fase de instrução, pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.

Destarte, estaríamos então mais próximos de um processo penal acusatório, como determina Constituição, e, sobretudo, garantiríamos assim, maior paridade de armas em relação aos participantes processuais, tirando das mãos do juízo qualquer possibilidade de usar estes elementos para produzir provas de ofício, confirmando a tese criada em seu subconsciente.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pancaro. **Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. **Constituição Brasileira (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3689, 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil. vol. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os Sistemas Processuais Penais**. Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

INCOMPATIBILIDADE DA TABELA *PRICE* PARA O ABATIMENTO PROPORCIONAL POR LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO §2º, ART. 52 DO CDC

Cassiano Garcia Rodrigues⁷⁴

RESUMO: Estas anotações apontam a extensão do abatimento proporcional do art. 52, §2º do CDC para a hipótese de liquidação antecipada do contrato de mútuo com juros prefixados e a total incompatibilidade da utilização da tabela *Price* para tal fim, bem como, a desnecessidade de produção de perícia para se apurar o valor devido pela quitação antecipada, bastando simples conta aritmética.

PALAVRAS-CHAVE: abatimento proporcional; incompatibilidade; termo proporcional; tabela *Price*; Art. 52, §2º do CDC.

INTRODUÇÃO

É direito do consumidor não somente a livre manifestação de vontade pela quitação antecipada de seu contrato de mútuo, mas também e na mesma intensidade, que ocorra o abatimento proporcional dos juros remuneratórios e, direito esse, positivado no §2º do art. 52 da Lei n. 8.078/90 (BRASIL, 1990), mais precisamente, no Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Somente poderá ser considerado como abatimento proporcional a devolução pelo devedor do valor emprestado (sem os encargos), acrescido dos juros remuneratórios do período utilizado (até a quitação).

Imprescindível, também, que os juros remuneratórios de cada par-

74. Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Professor de Processo Civil na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Católica Dom Bosco; Professor da Escola Superior da Advocacia – ESA. Membro da Academia de Direito Processual de Mato Grosso do Sul - ADPMS. Assessor de Desembargador no TJMS. 2019. E-mail: cassiano_garcia_rodrigues@hotmail.com

cela sejam iguais para todas as parcelas, de onde nasce a incompatibilidade da tabela *Price com a regra do §2^o75* do art. 52 da Lei nº 8.078/90, vez que nesse método de amortização, apesar de as parcelas serem fixas perante todo o período, os elementos que integram cada parcela (valor da amortização e valor dos juros remuneratórios) são variáveis, mormente, composta a primeira metade das parcelas, em maior parte, pelos juros remuneratórios (juros de cada parcela são decrescentes e o valor da amortização de cada parcela são crescentes), o que gera abatimento desproporcional e, por vezes, sequer haverá abatimento.

Para apurar o valor da quitação não depende de perícia, por bastar o simples cálculo aritmético, pois, se do valor emprestado foram inseridos os encargos do contrato e, esse valor cheio foi diluído em 60 (sessenta) parcelas fixas (por exemplo), então, para apurar o valor dos encargos de cada mês basta simples conta, ou seja, basta diminuir o valor cheio do valor emprestado (sem os encargos) e, desse resultado, dividir pelo número de parcelas (60). Pronto, esse valor encontrado é o encargo de cada parcela, de forma que o abatimento + proporcional exigido no art. 52, §2º do CDC é o valor emprestado (sem os encargos) acrescidos dos juros dos meses utilizados (até a quitação).

I RAZÃO DE SER DOS JUROS REMUNERATÓRIOS

Se para a compra e venda de produtos, o lucro está embutido no valor do produto, no contrato de mútuo, que é o caso posto a apreciação, não há diferença entre “**lucro**” e “**juros remuneratórios**”, com o diferencial que o lucro bancário vem em OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO (mês a mês), mormente. Portanto, juro remuneratório é o lucro bancário (prestação de serviço de empréstimo de dinheiro). Eis pela doutrina:

[...] os juros correspondem ao que o credor pode exigir pelo fato de ter emprestado. Corresponde à obrigação do mutuário de remunerar o dinheiro emprestado pelo mutuante (COELHO, 2014, p. 182).

75. “É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”.

Igualmente para Gagliano (2016),

[...] trata-se, sob o prisma eminentemente jurídico, de um fruto civil correspondente à remuneração devida ao credor em virtude da utilização do seu capital (GAGLIANO, 2016, p. 294).

Ora, se a razão de ser dos juros remuneratórios está no lucro pelo empréstimo de dinheiro - mútuo, então, ele somente deve ser cobrado enquanto perdurar o contrato, sob pena de haver aplicação de efeitos contratuais, após a cessação de sua existência.

Se efetivada a antecipação do pagamento de todas as parcelas vindendas, de forma a quitar antecipadamente o contrato, não parece lícito continuar a pagar por um serviço que não será mais prestado, caso contrário, importaria em enriquecimento sem causa do art. 884, do Código Civil (BRASIL, 2002) e, portanto, qualquer cláusula no contrato em sentido contrário seria objeto ilícito e, por via de consequência, não válida, pelo inciso II do art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Inclusive, negativa de vigência ao **art. 1.426 do Código Civil** (BRASIL, 2002), o que revela objeto ilícito, de regra que preveja o contrário, ao dispor que:

Nas hipóteses de vencimento antecipado da dívida, não se compreendem os juros correspondente ao tempo ainda não decorrido.

Neste sentido o Enunciado n. 2.4 de Súmula da Turma Recursal do Estado do Paraná:

Quitação antecipada – redução proporcional dos juros e demais acréscimos: É nula a cláusula contratual que estabelece a cobrança de juros e demais acréscimos sobre as parcelas não vencidas em caso de pagamento antecipado (art. 52, § 2.º, do CDC)⁷⁶.

Assim, o valor para quitação antecipada do contrato, nos termos do art. 52, §2º do CDC (BRASIL, 1990) e art. 1.426 do Código Civil (BRASIL, 2002), deve ser a exata quantia emprestada acrescida somente dos lucros dos meses em que o dinheiro foi utilizado (até a quitação), sob pena de enriquecimento sem causa do art. 884 do Código Civil

76. <https://www.tjpr.jus.br/enunciados-turmas-recursais>. Acessado em 13.09.2019.

(BRASIL, 2002), relação jurídica com objeto ilícito e em afronta ao inciso II do art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002).

2 INCOMPATIBILIDADE DA TABELA PRICE COM O EFETIVO ABATIMENTO + PROPORCIONAL DO ART. 52, §2º DO CDC – LEI Nº 8.078/90.

Como já dito, o caso aqui posto é o alcance do art. 52, §2^o77 do CDC (BRASIL, 1990) e a incompatibilidade desse comando com a utilização da tabela *Price* e, conforme visto no capítulo anterior, não basta que o abatimento proporcional seja pelo valor emprestado (sem os encargos), acrescido somente das parcelas até a quitação, mas soma-se à isso, o percentual de juros embutido em cada parcela, fixo, (não podem ser diferentes nas parcelas que integram o empréstimo).

E, nesse ponto que, a tabela *Price* é totalmente incompatível com o abatimento proporcional, vez que na tabela supracitada, apesar de as parcelas serem fixas em todo o período, **com o passar dos tempos os juros diminuem e a amortização cresce.**

Em outros termos: todas as parcelas são fixas, mas os elementos que compõem cada parcela (amortização + juros) são variáveis. O valor do abatimento e dos juros são mutáveis todo mês e perante todo o período, apesar do valor cheio de todas as parcelas serem iguais.

Consta na Figura 1, uma planilha de laudo pericial em processo judicial onde se discute essa exata questão. O devedor quitou na 13^a parcela das 60 previstas no contrato, diante da negativa de abatimento proporcional pelo credor, o consumidor propôs ação consignatória com pedido de quitação e, ainda que desnecessária, o magistrado requereu prova pericial.

Nessa ação judicial supracitada, o perito utilizou a tabela *Price* e deixou bem esclarecido a tese dos juros que integra cada parcela são variáveis, apesar da parcela ser em valor fixo. Basta leitura no campo **“EVOLUÇÃO DA AMORTIZAÇÃO”** (que são crescentes) e **“EVO-**

77. “Uma das mais importantes conquistas do consumidor com o Código foi o direito de liquidação antecipada do débito financiado, com a devolução ou redução proporcional dos juros e demais encargos. Os bancos e instituições de financiamento em geral devem fazer a competente redução proporcional dos juros e outros acréscimos” (RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 8^o ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 134).

LUÇÃO DO JUROS (que são decrescentes)” em relação a cada parcela fixa de R\$ 2.760,57. Veja-se:

Figura 1: Evolução do saldo devedor à forma praticada – Tabela Price

TABELA 1 - EVOLUÇÃO DO SALDO DEVEDOR À FORMA PRATICADA - TABELA PRICE					
PERÍODO		EVOLUÇÃO DO FINANCIAMENTO			APURAÇÃO DO RESULTADO
Nº PARCELA	DATA DE VENCIMENTO	EVOLUÇÃO DAS AMORTIZAÇÕES	EVOLUÇÃO DOS JUROS	VALOR DA PARCELA	EVOLUÇÃO DO SALDO DEVEDOR
-	-	-	-	-	R\$ 112.083,08
1	10/05/2012	R\$ 1.211,54	R\$ 1.549,03	R\$ 2.760,57	R\$ 110.871,54
2	10/06/2012	R\$ 1.228,29	R\$ 1.532,28	R\$ 2.760,57	R\$ 109.643,25
3	10/07/2012	R\$ 1.245,26	R\$ 1.515,31	R\$ 2.760,57	R\$ 108.397,99
4	10/08/2012	R\$ 1.262,47	R\$ 1.498,10	R\$ 2.760,57	R\$ 107.135,52
5	10/09/2012	R\$ 1.279,92	R\$ 1.480,65	R\$ 2.760,57	R\$ 105.855,60
6	10/10/2012	R\$ 1.297,61	R\$ 1.462,96	R\$ 2.760,57	R\$ 104.557,99
7	10/11/2012	R\$ 1.315,54	R\$ 1.445,03	R\$ 2.760,57	R\$ 103.242,45
8	10/12/2012	R\$ 1.333,72	R\$ 1.426,85	R\$ 2.760,57	R\$ 101.908,73
9	10/01/2013	R\$ 1.352,15	R\$ 1.408,41	R\$ 2.760,57	R\$ 100.556,58
10	10/02/2013	R\$ 1.370,84	R\$ 1.389,73	R\$ 2.760,57	R\$ 99.185,73
11	10/03/2013	R\$ 1.389,79	R\$ 1.370,78	R\$ 2.760,57	R\$ 97.795,95
12	10/04/2013	R\$ 1.408,99	R\$ 1.351,57	R\$ 2.760,57	R\$ 96.386,95
13	10/05/2013	R\$ 1.428,47	R\$ 1.332,10	R\$ 2.760,57	R\$ 94.958,48

A título de ilustração, se na metade do prazo contratado o consumidor quiser liquidar seu contrato, então, como ele já terá praticamente quitado os juros (já que as primeiras parcelas são preenchidas em quase totalidade dos juros e em menor parte do valor emprestado), o abatimento para ele será quase zero (apesar de quitado 50% do contrato), ou seja, totalmente desproporcional e abusivo, aos olhos do CDC (art. 52, §2º e art. 51, IV). Portanto, abatimento + DESPROPORCIONAL.

Ainda a título de ilustração, que em se tratando de tabela Price, o percentual do valor da amortização e dos juros de cada parcela fica a bel prazer da instituição bancária, não geraria perplexidade no fato de instituições bancárias que colocassem 100% dos juros na primeira metade das parcelas, de forma que se o consumidor quisesse quitar o contrato quando dessa primeira metade (quitar na 30ª parcela das 60), ele teria 0% de abatimento, porque somente resta nas parcelas finais o valor do empréstimo (amortização). Portanto, sequer ABATIMENTO.

Assim, levando em conta sua natureza, a tabela Price para quitação do contrato de mútuo com juros prefixados, no mínimo, gera abatimento desproporcional e, quiçá, sequer abatimento se permitir e, portanto, incompatível com o abatimento proporcional do art. 52, §2º do CDC (elas por elas – paridade entre os sujeitos da relação jurídica).

E mais, a tabela *Price* é abusiva. Vez que, a ausência de juros fixos e iguais em todas as parcelas, como impõe o art. 52, §2º do CDC, é ABUSIVA, pois cria uma espécie de fidelização impositiva e unilateral ao mutuário, já que, quanto antes ele quiser antecipar mais juros ele pagará, em flagrante vantagem somente e tão somente à instituição bancária e, mais, com 0% de benefício ao consumidor, em face dessa “fidelização”, gerando desequilíbrio exagerado entre as partes, de forma proibida pelo inciso IV, do art. 51 do CDC (BRASIL, 1990):

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Ainda, a *tabela Price* inverte ordem natural das coisas, vez que, se o valor da parcela é igual do início ao fim (fixa), então, os juros aplicados também devem seguir a mesma linha, vez que o acessório segue a linha do principal, de forma que se o consumidor utilizou o dinheiro emprestado por 10% do prazo contratual, então, deve ser abatido “efetivamente” 90% dos juros correspondente a esse período e, não, 50% ou menos ou nada.

E mais ainda, a tabela Price afronta o *pacta sunt servanda*. Vez que o percentual de juros não igualitário em todas as parcelas afronta o próprio contrato de adesão da instituição bancária onde prevê na Figura 2 os ENCARGOS REMUNERATÓRIOS.

Figura 2: encargos remuneratórios

RG	Profissão	Estado Civil	Nacionalidade	
Endereço (Rua, Av.)		Número	Complemento	
Bairro	Cidade	UF	CEP	
II - Características da Operação				
1 - Valor Liberado/Solicitado 109.000,00		1.1 - Valor Total do Empréstimo 112.083,08		2 - Prazo da Operação 1851 dias
3 - Encargos Prefixados				
3.1 - Taxa de Juros Efetiva 1,3200000 % ao mês		3.2 - Taxa de Juros Efetiva 17,0421183 % ao ano		4 - Encargos Pós-Fixados
4.1 - Parâmetro de Reajuste				
4.2 - Percentual do Parâmetro	4.3 - Periodicidade Flutuação		4.4 - Taxa de Juros % ao mês	4.5 - Taxa de Juros % ao ano
A Emitente declara opção ao regime de <input checked="" type="checkbox"/> Prefixação <input type="checkbox"/> Pós-Fixação		5 - Periodicidade DIÁRIA	6 - Vr do IOF 3.083,08	7 - Vr das Tarifas(s) 0,00
8 - Cód. do Convênio 30108	9 - Qtd de Parcelas 60	10 - Vr da(s) Parcela(s) em R\$ 2.760,57		11 - Periodicidade Pagto. da(s) Parcela(s) PRINCIPAL E ENCARGOS
12 - Encargos Moratórios (Vide Cláusula 4 do Quadro V)		13 - Praça de Pagamento CAMPO GRANDE		14 - Vencimento da 1ª. Parcela 10/05/2012
15 - Vencimento da Última Parcela 10/04/2017		16 - Seguro Prestamista <input type="checkbox"/> Sim <input checked="" type="checkbox"/> Não		16.1 - Vr do Prêmio

Mod. 48-60-383 Versão: 04/2010 1 / 5

Para essa Figura 2, impresso de um contrato retirado de processo judicial e que serve como exemplo, há cláusula que prevê cada uma das parcelas com juros mensais EFETIVOS de 1,32%, ou seja, os juros remuneratórios devem em 1,32% em cada parcela e, não, em percentual diverso em cada parcela.

E nem se diga que a quitação antecipada geraria prejuízo às instituições bancárias, como comumente alegam. Inclusive, interessante discussão foi aberta no Judiciário nacional em razão da cobrança pelas instituições bancárias da “taxa” de quitação antecipada”, a fim de afastarem o equivocado dano que elas sofreriam pelo abatimento proporcional do CDC (art. 52, §2º do CDC).

O pano de fundo desta “cobrança extra” é que a taxa seria necessária, pois as instituições financeiras atuam como intermediárias de recursos, contratando mútuos onerosos no mercado e repassando os recursos obtidos a seus clientes a juros maiores do que originalmente contratados, de forma a auferir lucro com a intermediação da moeda, o chamado “*spread bancário*”. Sendo assim, a liquidação antecipada do mútuo frustraria as expectativas de ganho das empresas, que já não poderiam contar com o pagamento dos juros do período, não obstante já obrigadas em adimplir com o pagamento dos recursos tomados com terceiros.

Esse tema chegou ao STJ através de ação civil pública proposta

pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e ficou pacificado pela incompatibilidade desta taxa com o pagamento proporcional exigido pelo CDC (art. 52, §2º do CDC); tanto que já pacificado, que as últimas decisões sobre este tema vêm por decisão monocrática, vez que somente abre julgamento pelo relator, no mínimo, diante de jurisprudência dominante, nos termos do enunciado de súmula 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Veja-se o que anotado pelo relator (Ministro Moura Ribeiro) no REsp 1.559.589/DF, em 04 de outubro de 2018:

[...] Explicam os réus que não há abusividade na cobrança da tarifa porque quando ocorre uma quitação antecipada e o consumidor não paga os juros sobre a parte do crédito que recebeu das instituições financeiras, as rés experimentam prejuízo, pois continuam obrigadas a arcar com os encargos da captação feita no mercado. Portanto, para compensar este prejuízo decorrente do não casamento dos créditos e débitos cobram a tarifa que é calculada com base nesse risco. A justificativa não afasta a abusividade da prática. Isto porque se o banco deixa de receber os juros do cliente que efetua o pagamento antecipado, passa a dispor novamente do capital inicialmente emprestado, pelo restante do período que deveria decorrer para a quitação ordinária do débito, e pode utilizá-lo imediatamente para novo empréstimo, apto a gerar rendimentos suficientes para cobrir os encargos da captação feita para a concessão do empréstimo quitado antecipadamente. Ademais, os riscos do negócio não podem ser transferidos ao consumidor, já que por lei é garantido ao consumidor a opção de extinguir antecipadamente o contrato e, em o fazendo, obter a redução proporcional dos juros e acréscimos. Admitir a cobrança de tarifa de liquidação antecipada é colocar o consumidor em situação de desvantagem exagerada e não em condição saudável de concluir o contrato, como o exige o dever anexo de cooperação que deve existir em toda relação contratual. Além disso, a prática viola o equilíbrio e os fins social do contrato, como bem demonstram as disposições do art. 39, incisos, V, X e art. 51, incisos IV, XXIII, XV e parágrafo 1º, incisos I, II e III, todos do CDC. Com essas considerações, declaro abusiva a cláusula contratual que permite às rés cobrar ‘tarifa de quitação antecipada’ porque está em flagrante conflito com os artigos 4º, incisos I e II; 39, inciso V; 51, inciso IV, § 1º, incisos I, II e III; e 52, § 2º, todos do CDC.

Evidenciado que a tarifa por liquidação antecipada de contrato violou o art.52 do Código de Defesa do Consumidor, era de se reconhecer a ilegalidade e abusividade dessa cobrança [...].

Inclusive, a Resolução nº 3.516/2006 do Banco Central do Brasil - BACEN, visando afastar esta taxa em rota de colisão com o abatimento proporcional do CPC, estabelece no seu art. 1º que:

Fica vedada às instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil a cobrança de tarifa em decorrência de liquidação antecipada nos contratos de concessão de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, firmados a partir da data da entrada em vigor desta resolução com pessoas físicas e com microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Assim, o valor para quitação antecipada do contrato, nos termos do art. 52, §2º do CDC (BRASIL, 1990) e art. 1.426 do Código Civil (BRASIL, 2002), deve ser a exata quantia emprestada acrescida somente dos lucros dos meses em que o dinheiro foi utilizado (até a quitação), e que os juros remuneratórios de cada parcela sejam iguais.

3 DESNECESSIDADE PARA APURAÇÃO DO VALOR PARA QUITAÇÃO PROPORCIONAL DE PROVA PERICIAL QUE PODE SER FEITO POR SIMPLES CONTA ARITMÉTICA

Levando em conta os dois capítulos anteriores sobre a razão de ser dos juros remuneratórios e da exigência do abatimento proporcional para quitação antecipada, ocupa esse capítulo o apontar da desnecessidade de perícia para se chegar ao valor devido.

Isso porque, para se apurar o valor da quitação para pagamento antecipado não depende de *expert*, mas sim, de simples conta aritmética, vez que se trata de JUROS PREFIXADOS E COM PARCELAS FIXAS, onde simples cálculo é mais do suficiente para se chegar ao valor do abatimento proporcional do art. 52, §2º do CDC.

Explica-se.

O sistema processual em homenagem à celeridade e economia processual permite que se apure valor, ainda que não o saiba de pronto, desde que dependa de simples conta aritmética.

Tanto, que assim dispõe o parágrafo único, do art. 786 do CPC (BRASIL, 2015): “A necessidade de simples operações aritméticas para apurar o crédito exequendo não retira a liquidez da obrigação constante do título⁷⁸”.

Ora, para esse caso, se do valor emprestado foram inseridos os encargos do contrato e esse valor cheio foi diluído em 60 (sessenta) parcelas fixas, então, para apurar o valor dos encargos de cada mês basta simples conta aritmética, ou seja, basta diminuir o valor cheio do valor emprestado (sem os encargos) e, desse resultado, dividir pelo número de parcelas (60).

Pronto, esse valor encontrado é o encargo de cada parcela, de forma que o abatimento + proporcional exigido no art. 52, §2º do CDC para quitação antecipada deve ser a devolução do valor emprestado acrescidos dos encargos até a quitação (elas por elas).

Inclusive, anota-se parte da fundamentação de voto proferido pelo TJRS, de caso análogo e onde se deu a correta interpretação do que seja abatimento + proporcional do art. 52, §2º do CDC (BRASIL, 1990):

[...] O exame dos autos dá conta que o autor agiu corretamente. Com efeito, após adimplir 12 parcelas das 60 contratadas, o autor pretendeu quitar antecipadamente o contrato, na forma do que lhe assegura o §2º, do artigo 52, da Lei 8.078/90, que garante a “liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente”, com a “redução proporcional” dos juros e demais encargos. O raciocínio desenvolvido pelo autor para chegar ao valor devido de R\$ 31.200,00 é de ser acolhido. Ora, o somatório das 60 prestações contratadas de R\$ 1.260,83 resulta em R\$ 75.649,80. Diminuído desse valor total o montante financiado de R\$ 39.000,00, obtém-se R\$ 36.649,80 como sendo o total de juros e demais acréscimos. Dividido esse valor total de encargos entre as 60 prestações, atinge-se o montante de R\$ 610,83 por parcela. Como restavam ser adimplidas 48 parcelas, assistia ao autor, ao quitá-las antecipadamente, reduzir do débito R\$ 29.319,84 (48 x R\$ 610,83). Assim, se o valor das 48 parcelas restantes (48 x R\$ 1.260,83) resultava em R\$ 60.519,84, diminuindo-se desse valor o total de encargos

78. “Quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença” (§2º do art. 509 do CPC).

que haveria de ser reduzido (R\$ 29.319,84), atinge-se exatamente os R\$ 31.200,00 ofertados para quitação do contrato. A propósito, esse raciocínio não foi em momento algum impugnado de forma específica pela instituição financeira, que se limitou a questionar, em contestação, de modo estapafúrdio, o significado da expressão redução proporcional contida no artigo 52, §2º, do CDC, como se significasse a simples obrigação de o credor conceder um desconto no pagamento antecipado do débito, a ser usufruído pelo devedor havendo interesse deste. **Essa tese é absurda.** (Apelação Cível N° 70024133977, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 26/06/2008).

Então, deve ser dispensada a realização de perícia para apuração do valor de abatimento proporcional, vez que desnecessária e, que somente atrasará o andamento do processo e o tornará ainda mais oneroso, nos termos do parágrafo único, do art. 786, CPC (BRASIL, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A razão de ser dos juros remuneratórios é o lucro pelo empréstimo de dinheiro, de forma que, diante da liquidação antecipada do contrato, não deve cobrar por juros posterior à quitação do contrato, por interpretação clara e precisa do art. 1.426 do Código Civil (BRASIL, 2002), sob pena de cobrança por prestação de serviço não mais ofertado e, portanto, com enriquecimento sem causa do art. 884 do Código Civil.

O valor para quitação antecipada do contrato, nos termos do art. 52, §2º do CDC (BRASIL, 1990) deve ser a exata quantia emprestada, acrescida somente dos lucros dos meses em que o dinheiro foi utilizado (até a quitação), ainda que haja cláusula contratual em sentido contrário, a qual padece de invalidade por objeto ilícito do inciso II, do art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002), vez que atropela em alta velocidade o art. 884 e 1.426, ambos do Código Civil (BRASIL, 2002) e art. 52, §2º do CDC (BRASIL, 1990).

Soma-se, ainda, a total incompatibilidade da tabela *Price* do abatimento proporcional do art. 52, §2º do CDC, vez que nesse método de amortização, apesar do valor das parcelas serem fixas perante todo o

período, o valor dos juros que integra cada uma das parcelas é variável, mormente, compondo a primeira metade das parcelas de percentual maior de juros, o que gera abatimento desproporcional dos juros e, quiçá, sequer abatimento se terá, pois se a primeira metade das parcelas forem compostas somente de juros remuneratórios, as parcelas da segunda metade somente será composta dos juros emprestados (amortização), então, o consumidor que quite na primeira metade nada terá de abatimento dos juros, o que é totalmente incompatível com o abatimento proporcional imposto na legislação consumerista.

Para apuração do valor da quitação, de acordo com o art. 52, §2º do CDC, não depende de perícia, bastando simples cálculo aritmético, pois, se do valor emprestado foram inseridos os encargos do contrato e, esse valor cheio foi diluído em 60 (sessenta) parcelas fixas (por exemplo), então, para apurar o valor dos encargos de cada mês, basta simples conta aritmética, ou seja, basta diminuir o valor cheio do valor emprestado (sem os encargos) e, desse resultado, dividir pelo número de parcelas (60). Pronto, esse valor encontrado é o encargo de cada parcela, de forma que o abatimento + proporcional exigido no art. 52, §2º do CDC, seja a devolução do valor emprestados acrescido dos juros remuneratórios pelo número de meses até a quitação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > Acesso em 18 ago 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > Acesso em 18 ago 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078/90, de 11 de novembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor > Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm > Acesso em 18 ago 2019.

BRASIL. TJRS. Apelação Cível Nº 70024133977, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 26/06/2008.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. II. São Paulo: Saraiva, 2014.

GABLIANO. Stolze Gagliano. **Novo curso de direito civil. Obrigações**. v. II. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO. Paulo de Tarso Ramos. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

www.lifeeditora.com.br

Adquira mais livros agora mesmo em nosso site.



Esta obra foi composta em Electra e impressa
em papel Pólen Soft em junho de 2021.

A gestão da ESA/MS 2019/2021 buscou através desta revista da Escola Superior da Advocacia consubstanciar a produção jurídico-científico do estado de Mato Grosso do Sul, abrindo mais um elo para a produção jurídica de artigos científicos, que são produzidos pela classe jurídica como um todo, oportunizando um novo veículo para a divulgação das formas de pensar acerca de temas específicos do Direito de extrema importância na vida profissional e acadêmica dos profissionais do estado de Mato Grosso do Sul.

Deste modo, a Escola Superior da Advocacia (ESA/MS) cumpre seu papel, tanto na continuação de formação de profissionais do Direito, através de seus cursos, seminários, palestras e congressos, e agora fechando esse ciclo com a revista que seria uma forma de implementar fisicamente a forma de pensar da sociedade jurídica de Mato Grosso do Sul.

