
REVISTA

ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ

VOLUME 7

REVISTA
ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ

Curitiba
2017

CONSELHO EDITORIAL - REVISTA EMAP

Acir Bueno de Camargo

André Freire

Clayton Maranhão

Eduardo Jordão

Egon Bockman Moreira

Gilberto Giacoia

Ingo Sarlet

Ivar Alberto Martins Hartmann

Jorge de Oliveira Vargas

José Laurindo de Souza Netto

Miguel Kfourir Neto

Phillip Gil França

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

Vasco Pereira da Silva

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ

VOLUME 7

PROJETO EDITORIAL/COORDENAÇÃO DE ORIGINAIS

Silvana Gutierrez

AUTORES

Clayton Maranhão
Roberto Aurichio Junior
Jorge de Oliveira Vargas
Antonio Augusto Cruz Porto
Sérgio Cruz Arenhart
Phillip Gil França
Antônio Carvalho Filho/Luciana B. G. Carvalho/Ana Beatriz F. R. Presgrave
Diego Crevelin de Sousa
Dalmir Franklin Oliveira Jr./ Phillip Gil França
Eleonora Laurindo de Souza Netto/ José Laurindo de Souza Netto
Maria Cecília Sanches Soares Vannucchi
Pablo Almeida de Barros Pereira
Heloise Soraya da Silva Chin Lemos
Leonardo Ferreira dos Santos

Publicação da Escola da Magistratura do Paraná

Responsabilidade: As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da Escola da Magistratura do Paraná / Escola da
Magistratura do Paraná. v. 7. Curitiba : Serzegrat, 2017.

Semestral

ISSN 2359-0203

1. Direito - Periódicos. 2. Escola da Magistratura do Paraná. 3.
Artigos Jurídicos. I. Título.

CDD – 340.05

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Silvana Gutierrez
Seção Técnica de Tratamento da Informação

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO.....	3
Da ordem dos processos nos tribunais: powers of the brazilian courts on appeal Clayton Maranhão	4
O direito de integração, segurança jurídica no Brasil, na Argentina e cortes internacionais Roberto Aurichio Junior	30
Embargos à execução fiscal sem garantia do juízo? Possibilidade? Jorge de Oliveira Vargas	47
A súmula 478 do STJ à luz do juízo universal liquidação extrajudicial Antonio Augusto Cruz Porto	55
Os terceiros e as decisões vinculantes do novo CPC Sérgio Cruz Arenhart	81
Por um ensino jurídico humanizado Phillip Gil França	107
QR CODE nos processos judiciais: uma “revolução” disruptiva Antônio Carvalho Filho Luciana Benassi Gomes Carvalho Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave	114
Natureza jurídica da apelação em contrarrazões do art. 1.009, §1º, CPC ¹ Diego Crevelin de Sousa	125
A tutela socioeducacional do estado por meio da música: uma análise do projeto “banda liberdade” Dalmir Franklin Oliveira Jr. Phillip Gil França	163
O núcleo indisponível do direito fundamental da proibição da prova ilícita no Brasil Eleonora Laurindo de Souza Netto José Laurindo de Souza Netto	197

Os consórcios públicos e a dualidade de regime jurídico de seus servidores Maria Cecília Sanches Soares Vannucchi	223
Os direitos fundamentais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e sua relativização pela infiltração policial Pablo Almeida de Barros Pereira	241
O tratamento jurídico do consumidor brasileiro superendividado Heloise Soraya da Silva Chin Lemos	266
Sobre a teoria do bem jurídico penal Leonardo Ferreira dos Santos	287

APRESENTAÇÃO

É com entusiasmo que a Escola da Magistratura do Paraná apresenta a 7º edição de sua Revista, que chega aos leitores com 14 trabalhos muitíssimo bem elaborados, por alunos, professores e mestres da Judicatura.

Observa-se pela abrangência dos assuntos tratados, que este exemplar não pode ficar de fora da biblioteca do exegeta, seja ela virtual ou física.

A Escola da Magistratura preocupa-se com a visão crítica da sociedade e para tanto tem desenvolvido trabalhos que fomentam a construção do conhecimento de modo dinâmico, colocado numa realidade não estagnada, seja história ou concreta.

Diante destas provocações, faço aos leitores um convite para dialogarem com os textos que foram cuidadosamente elaborados pelos seus criadores.

Uma boa e produtiva leitura aos estudiosos e amantes do direito.

José Laurindo de Souza Netto
Diretor da Escola da Magistratura do Paraná.

DA ORDEM DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS: POWERS OF THE BRAZILIAN COURTS ON APPEAL

Clayton Maranhão

Professor Adjunto de Processo Civil da Universidade Federal do Paraná, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional e da Associação Brasileira de Direito Processual. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

RESUMO

Analisa-se neste artigo o regime jurídico da ordem dos processos nos Tribunais brasileiros, com especial referência à distribuição imediata, prevenção, competência, poderes do relator, ordem dos julgamentos e técnicas processuais de deliberação colegiada.

Palavras-chave: Ordem dos processos nos Tribunais; Decisão judicial.

ABSTRACT

This article analyzes the powers of the Brazilian Courts on Appeal like to filing, prevention, jurisdiction, powers of the judge and adjudication.

Keywords: Powers of the Courts; Adjudication.

1 DISTRIBUIÇÃO IMEDIATA DOS RECURSOS

A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004 foram inseridos os incisos XII e XV ao art. 93, e o inciso LXXVIII ao art. 5º, ambos da CF/1988, os quais tratam, respectivamente, do caráter ininterrupto da atividade jurisdicional, da distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição, do princípio da duração razoável do processo e do princípio da celeridade processual.

A bem de ver, a distribuição imediata dos processos deriva do caráter ininterrupto da atividade jurisdicional, que veio a eliminar as férias coletivas da Magistratura e do Ministério Público, assim como a prática de represamento na distribuição dos recursos ao tribunal, ambos por sua vez corolários dos princípios da duração razoável e da celeridade processual.

O art. 929 do CPC/15 densifica o texto constitucional no que se refere a expressa previsão de distribuição imediata dos processos no tribunal.

O art. 549 do CPC/73 tinha previsão no sentido de que os autos iam conclusos ao Relator num prazo de até 48 horas contadas da distribuição. Na prática, esse prazo vinha até então sendo descumprido por conta de um indevido represamento de processos.

2 PREVENÇÃO DO RELATOR

Nos termos do parágrafo único do art. 930 do CPC/15, o primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo. Trata-se de regra processual sem correspondência no CPC/73, a não ser mediante a regra geral incidente em todos os graus de jurisdição (arts. 106 e 219 do CPC/73), e que de todo modo já vinha tendo previsão nos Regimentos Internos dos Tribunais (ex.: art. 197 do RITJPR).

Na praxe forense, é corrente a interposição do recurso de agravo de instrumento, ainda que restrito às hipóteses taxativas do art. 1.015 do CPC/15, ou mesmo fora delas, e, em qualquer caso, a interposição de um segundo recurso de agravo de instrumento tirado de outra decisão proferida no mesmo processo, assim como do recurso de apelação da respectiva sentença, os quais serão sequencialmente distribuídos por prevenção ao mesmo relator.

Note-se que algumas situações muito particulares também ocorrem no cotidiano forense, a exigir organização do setor de distribuição, registro e autuação do tribunal, bem como do gabinete do magistrado relator.

Refiro-me àqueles casos, muito comuns, em que a decisão desagrade aos litisconsortes e cada um deles interpõe recursos de agravo de instrumento em separado, sobretudo quando os advogados são de escritórios diferentes. Tal situação ocorre em quase todos os casos quando se trata de decisão relativa à tutela provisória de urgência.

Por evidente, o primeiro recurso que chega ao tribunal é distribuído a determinado Relator, tornando-o prevento para os demais recursos.

É certo que a prevenção é imediatamente detectada no setor de distribuição, autuação e registro do tribunal, mas isso não é suficiente a que se evite alguma incoerência na tomada da decisão judicial. O cuidado que se deve ter por parte do gabinete do Relator reside em estar utilizando o prazo legal para proferir a decisão, mediante consulta ao sistema processual do tribunal, com vistas a verificar se não há outro recurso recentemente distribuído por prevenção relativo à mesma decisão, de modo a que seja proferida uma só decisão para ambos os recursos, mediante análise de todos os argumentos trazidos por ambos os recorrentes e, assim, evitando-se contradições.

Num passado não tão distante, onde os mecanismos de registro e autuação não eram tão organizados, isso por vezes poderia ser o retrato de uma estratégia processual das partes recorrentes, na vã esperança de o sistema processual de distribuição não detectar a prevenção do Relator, distribuindo-se dos recursos da mesma decisão interlocutória para órgãos fracionários diversos, com jurisprudência divergente ainda não composta, com posterior desistência de um dos recursos onde o entendimento não favorecia à parte recorrente.

Atualmente, essa modalidade de chicana processual não se revela mais possível. Se por um lado nunca será de todo erradicada a divergência jurisprudencial nas Cortes de Justiça, diante da essencial natureza dialética e dialógica da atividade judicante, até que sejam compostas pelas vias processuais existentes (IAC, IRDR e precedentes das Cortes Supremas), é certo que o sistema processual vigente instituiu mecanismos voltados à garantia da coerência, integridade e uniformidade das decisões judiciais que constituem os diversos grupos de casos a partir dos quais forma-se a

jurisprudência e os precedentes obrigatórios, em cujo âmbito, ademais firmam-se as distinções e superações de tais entendimentos.

Outra situação que ocorre com certa frequência no dia a dia da atividade judicante diz respeito a processos complexos, com muitos incidentes processuais, causas conexas, e que, por diversas razões, inclusive pelo nível acendrado do litígio ou pela quantidade de partes litigantes ou pelos elevados interesses econômicos em disputa, faz com que a lide total leve alguns lustros para sua definitiva resolução. Pois bem. Nesses casos, um primeiro recurso interposto há cinco ou dez anos tornará prevento o mesmo órgão fracionário do tribunal, inclusive aquele determinado cargo de Relator, ainda que tenha havido sucessão da pessoa física do Magistrado, em virtude de remoção, morte ou aposentadoria. Todavia, houve uma peculiaridade no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, talvez a Corte com maior especialização no âmbito da distribuição de sua competência interna em matéria não penal. Por força de uma reforma regimental, as competências das dezoito Câmaras Cíveis, que antes era genérica, passou a ser especializada. Foi preciso uma regra regimental e, depois, uma súmula de uniformização de jurisprudência (Súmula n. 60 do TJPR¹), para deixar claro que não há prevenção do órgão fracionário para os recursos posteriormente distribuídos à emenda regimental que instituiu a especialização das matérias de competência interna do tribunal, ainda que tirados de um mesmo processo.

Para os julgamentos tomados por maioria de votos, nos quais reste vencido o relator, será prevento o redator designado para lavrar o Acórdão (art. 197, § 7º do RITJPR).

No Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (RITJPR), há regra regimental interessante e que objetiva evitar a falta de equilíbrio na distribuição entre órgãos fracionários com a mesma

¹ Súmula 60 do TJPR: “Ainda que tenha recurso anterior distribuído a este Tribunal de Justiça, a regra é no sentido de que a competência em virtude da matéria deve prevalecer sobre a prevenção”.

competência em razão da matéria. Trata-se do art. 197, §8º, segundo o qual o relator de decisões proferidas na fase de conhecimento de uma ação coletiva não fica prevento para os recursos interpostos contra as decisões proferidas nas execuções individuais de uma mesma sentença condenatória genérica, ressalvadas, evidentemente, as decisões proferidas em cada uma dessas execuções individuais. Referida regra também é aplicável ao processo de recuperação judicial e às respectivas habilitações de crédito.

Outra situação interessante que surgirá a partir do CPC/15, diz respeito com as causas não conexas e, portanto, não reunidas para julgamento conjunto em primeiro grau de jurisdição, mas que mesmo assim podem resultar em julgamentos conflitantes ou contraditórios, assim detectados pelo relator que delas primeiro conhecer em grau de recurso. Explica-se. A teor do § 3º do art. 55 do CPC/15, "serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles." Trata-se de regra sem correspondência no CPC/73, portanto de uma novidade. Considerando que a prevenção pode ser reconhecida apenas em grau de recurso no tribunal, o relator de duas apelações tiradas de sentenças proferidas separadamente pode muito bem corrigir o conflito ou a contradição estabelecido, ainda que entre causas não conexas, determinando a sua reunião para julgamento conjunto dos recursos, com fundamento no parágrafo único do art. 930 e no § 3º do art. 55 do CPC/15 e no parágrafo único do art. 245-B do RITJPR.

3 DÚVIDA DE COMPETÊNCIA

Outra solução voltada à eficiência na prestação jurisdicional do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, reside no procedimento de dúvida de competência entre órgãos fracionários.

Sabe-se que nem sempre o órgão fracionário ao qual é distribuído o recurso efetivamente é o competente para o seu processo e julgamento. É fundamental que cada gabinete tenha por método elaborar uma triagem dos feitos que lhe ocorram diariamente, sendo a análise de competência um importante mecanismo de celeridade do trâmite processual no âmbito do tribunal (cf. art. 245, § 1º, "a", do RITJPR).

Diante do constante aprimoramento do modelo de distribuição interna de competência em razão da matéria do TJPR, ainda inédito no país, é certo que muitas dúvidas de competência vinham surgindo entre os dezoito órgãos fracionários cíveis especializados.

Na linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de há muito está uniformizado na jurisprudência que "não há conflito de competência entre Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-membro" (Súmula 22), do que se infere logicamente que também não pode haver conflito de competência entre órgãos fracionários de um mesmo tribunal.

Foi por essa razão que a teor do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (RITJPR), as eventuais divergências relativas à competência interna, mesmo que especializada, mas ainda com alguns pontos de interseção, como a chamada competência residual, e outros pontos de especialização ainda não esclarecidos quando haja pedidos cumulados, sendo cada um deles atinente à âmbitos diversos de especialização.

Nos casos de dúvida de competência acima relatados, o art. 197, § 9º do RIJTPR define que por ocasião da distribuição, os autos serão remetidos, com as informações necessárias, à exame do 1º Vice-Presidente do Tribunal, ao qual estará vinculado o Relator e o órgão julgador.

4 PODERES DO RELATOR

Tema clássico e dos mais relevantes em direito processual civil, é o concernente aos poderes do Juiz.

Segundo a classificação clássica,² os poderes do juiz podem ser: (i) ordinatórios e decisórios; (ii) instrumentais e finais; (iii) administrativos; pela classificação contemporânea, podem ser: poderes de direção (i) formal e (ii) material do processo. Se por um lado a direção formal do processo é típica de um processo de natureza dispositiva, em que o juiz tem uma postura mais passiva, de outro lado, a direção material do processo implica não somente em poderes mas, também, em deveres do juiz, à medida que tem o poder-dever de suprir a deficiência técnica da parte vulnerável na relação processual, bem assim distribuir a carga dinâmica da prova visando assegurar a paridade de armas no processo.

Tem-se como premissa que o CPC/15 em alguma medida se aproxima do processo adversarial de *common law*, no qual o juiz não é o gestor da prova, porque não tem iniciativas probatórias, tampouco é o destinatário final da prova, como se vê exemplificativamente das seguintes hipóteses: (i) nos negócios processuais atípicos, as partes podem impedir iniciativas probatórias do juiz; (ii) a produção antecipada da prova pode não ser fundada em urgência, bastando alegação da parte no sentido de que a prova pode facilitar acordo ou não ajuizamento de ação, o que também retira a posição do juiz como gestor da prova no processo.³ Portanto, muito do que se tem considerado deve ser filtrado pelas limitações advindas da aproximação do nosso sistema de *civil law* com o sistema adversarial da *common law*, e que

² Vede MIRANDA, Vicente. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Saraiva; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT.

³ Assim, por exemplo, UZEDA, Carolina. Coisa julgada sob perspectiva comparatística. **Rev. RePro** 258/2016.

resulta nem num modelo de processo inquisitivo, nem adversarial, mas cooperativo.

Aqui interessa o tema dos poderes do Relator. Cotejando-se o art. 557 do CPC/73 com o art. 932 do CPC/15, percebe-se que houve considerável aumento dos poderes do Relator. Ou melhor, houve um regramento explícito de poderes que já eram reconhecidos ao relator pelos Regimentos Internos do Tribunais, ainda que com alguma vacilação pontual da jurisprudência. Mas pode-se afirmar que em tema de direito probatório, é possível abrir interessantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como adiante se verá. Outrossim, em tema de poderes para decidir monocraticamente, o CPC/15 em princípio os restringiu, se comparado com o CPC/73, ao menos aparentemente, pois é certo que o novo código manteve-se coerente com o sistema de precedentes que está sendo implantado no ordenamento jurídico brasileiro, como a seguir será melhor explicado.

No que se refere ao tema da produção de provas em geral, tem-se que constitui dogma no direito processual que a prova documental deve ser produzida, em regra, já na fase postulatória: o autor, na petição inicial, e o réu na contestação, podendo o autor contrapor provas diante dos fatos e documentos acostados pelo réu na sua defesa (arts. 434 e 435 do CPC/15). Depois desse momento processual, o cabimento da prova, sobretudo a prova documental, vai se restringindo para os chamados documentos novos e os documentos supervenientes. Por documentos novos consideram-se aqueles que não eram do conhecimento da parte a quem interessa ou mesmo os conhecendo, a parte tinha o acesso dificultado. Documento superveniente é aquele que decorre de um fato novo, superveniente à instauração do processo e do momento processual tido como adequado à sua produção, conforme o parágrafo único do art. 435 do CPC/15.

A questão que se coloca, agora, diz respeito à produção de prova em grau de apelação. Antes de tudo, tem-se como um dos poderes do relator

dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova. Referida regra há de ser interpretada com certa amplitude, no sentido de admitir que o relator defira a produção de provas nas ações de competência originária do tribunal, assim como nos incidentes processuais (ex. documentos que atestem a condição de pobreza para fins de análise do benefício da gratuidade), e, de um modo mais restrito, nos recursos, a começar pelo seu juízo de admissibilidade, nos termos do parágrafo único do art. 932 do CPC/15 (prova do preparo das custas recursais; prova da tempestividade do recurso etc.).

Mais problemática é o cabimento da produção de provas em grau de recurso no que se refere ao juízo de mérito propriamente dito. Diante do quanto dispõe o art. 938 do CPC/15, é possível o relator conduzir a produção de provas no recurso (c/c art. 938, § 3º), como também o colegiado assim pode determinar (art. 938, § 4º). Antes, a conversão do julgamento do recurso em diligência nunca era aplicada para produção de provas, dado o teor genérico do art. 560 e do art. 515, § 4º do CPC/73. A conversão em diligência sempre ocorreu apenas para sanar irregularidades. Não deixa de ser uma praxe derivada do dogma do duplo grau de jurisdição. Ou seja, se fosse o caso de se determinar a produção de novas provas, seria necessário anular a sentença e restituir os autos ao juízo de primeiro grau para sua produção e novo julgamento. Agora, tem-se a norma do art. 938 do CPC/15, relativa à conversão do julgamento em diligência para produção de provas, regra cujo conteúdo vai muito além da mera correção de vício sanável prevista no parágrafo único do art. 932 do CPC/15.

Qual o possível alcance do art. 938, §§ 3º e 4º do CPC/15? A doutrina considera que o CPC/15 veda a jurisprudência defensiva dos tribunais, velando pela primazia do julgamento de mérito, inclusive no âmbito recursal

(arts. 4º e 488), resultando num dever anexo do juiz de cooperação por proteção, tendo em vista a boa-fé processual objetiva.⁴

Crê-se que nisso resida o ponto de partida para a argumentação favorável à produção de prova em grau de apelação, sem que seja necessário cassar a sentença apelada: considerando que o duplo grau de jurisdição não é considerado um princípio constitucional por boa parte da doutrina, e tendo em vista que vigoram outros princípios colidentes no CPC/15, notadamente o da primazia do julgamento do mérito, corolário do princípio constitucional da duração razoável do processo, então é legítimo concluir-se que doravante o relator ou mesmo o órgão fracionário colegiado a que integre poderão determinar a produção de uma prova, que pode ser documental, testemunhal, pericial ou qualquer outra prova atípica, convertendo em diligência o julgamento da apelação, sem necessidade de anular a sentença. Ou seja, o tribunal conhecerá diretamente da prova para proferir novo julgamento, sem qualquer violação ao duplo grau, tendo em vista que a duração razoável do processo assim recomenda desde que o princípio da boa-fé processual objetiva se faça presente ao longo de todo o processo.

Da leitura do art. 232 do RITJPR, constata-se que a conversão em julgamento do recurso não implica na cassação da decisão recorrida, o que vem a reafirmar a novidade no sistema recursal imposto pela mitigação do duplo grau de jurisdição, com prevalência da duração razoável do processo e primazia do julgamento do mérito, tornando o tribunal uma nova instância (*novum judicium*) e não uma mera instância de revisão da sentença (*revisio prioris instantiae*).

Outros poderes estão expressamente conferidos ao relator no art. 932 do CPC/15. Destaque-se o poder de homologar autocomposição. Trata-se de norma explícita do que já era óbvio, embora houvesse divergência

⁴ ZANETI JR. Hermez. Comentários ao art. 938. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016. p. 1366.

jurisprudencial se a competência para tal era exclusivamente do juízo de primeiro grau de jurisdição, limitando-se o relator a considerar prejudicado o recurso interposto. De qualquer sorte, homologado o acordo, a fiscalização do seu cumprimento cabe ao juiz de primeiro grau, mediante baixa dos autos para tal fim. Pouco importa que o acordo implique na imediata extinção da obrigação ou no cumprimento parcelado da obrigação ou na fixação de um cronograma para cumprimento do dever, baixam-se os autos para sua fiscalização, em qualquer hipótese.

Pode o relator deferir ou não tutela provisória (cautelar, antecipada e de evidência), como no caso de decisão fundada em cognição sumária em agravo (art. 1015, I), ou cognição exauriente em apelação, como também na apreciação de efeito suspensivo nesses casos (ex. a parte pede tutela provisória somente na apelação, hipótese fora da hipótese do art. 1.012, V, CPC/15), incluindo-se o efeito suspensivo ao recurso dele desprovido, fundado em dano irreparável e probabilidade de provimento recursal (agravo, art. 1019, I; ou apelação, nas hipóteses do art. 1012, §§ 1º e 4º). Há, também, a regra geral do art. 995, parágrafo único, pela qual todo recurso é recebido somente no efeito devolutivo, exceção feita à apelação, que em hipóteses estritas também pode ser recebida somente no efeito devolutivo.

O relator pode não conhecer do recurso por ser inadmissível prejudicado ou sem dialeticidade. Eliminada a jurisprudência defensiva para o caso de inadmissibilidade, o recorrente tem o prazo de cinco dias para sanar o vício ou complementar os documentos (parágrafo único do art. 932).

Negar provimento ao recurso que for contrário a decisão proferida em ação de controle abstrato de constitucionalidade, ou que contrarie Súmula de Tribunal Superior ou do próprio tribunal, ou tese firmada em recursos repetitivos ou em repercussão geral. Dito de outro modo: quando o recurso

contrariar os motivos determinantes dos precedentes judiciais.⁵ Surge aqui uma dificuldade de ordem prática, pois não será possível julgar monocraticamente um recurso que ventile exclusivamente uma questão repetitiva, contudo sem qualquer divergência na Corte, por ausência de tese firmada em incidente de assunção de competência ou em incidente de resolução de demandas repetitivas, assim como em súmula do próprio tribunal. Nesses casos, nem sempre é clara a ideia de prevenção (quando o IAC revela-se cabível, mesmo sem se tratando de uma questão processual repetitiva, como a fixação e distribuição das verbas de sucumbência ou o cabimento de agravo de instrumento sobre decisão que rejeita prescrição) e, posteriormente, sendo uniforme a jurisprudência do tribunal não há divergência a compor, de modo que por ausência de previsão legal e regimental, tais questões deverão ser objeto de deliberação colegiada, quando poderiam muito bem ser dirimidas monocraticamente (desde que o recurso seja limitado a tais questões processuais ou envolvendo uma questão já decidida pelas Cortes Supremas e outra questão prévia sem divergência na Corte de Justiça), tudo a ser considerado em termos de duração do processo.

Dará provimento ao recurso, após contrarrazões, quando a decisão estiver em confronto com os precedentes judiciais, nas mesmas hipóteses acima referidas.

O art. 932, VIII, preceitua que cabe ao relator exercer outras atribuições previstas no Regimento Interno do Tribunal.

No caso do RITJPR, tem-se o extenso rol do art. 200, competindo ao relator, além de dirigir e ordenar o processo no tribunal, dentro outros, processar a habilitação dos herdeiros e sucessores da parte falecida, restauração de autos e arguição de falsidade; conceder o benefício da gratuidade da justiça; requisitar, quando necessário, a atuação da Defensoria

⁵ Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

Pública ou de patrono indicado pela OAB; pedir preferência para julgamento de feitos, quando lhe parecer conveniente; requisitar informações; funcionar como juiz instrutor da causa nos processos de competência originária do tribunal, podendo delegar sua competência para colheita de provas ao juízo de primeiro grau; decidir impugnação ao valor da causa originária; deliberar sobre o sobrestamento de ação ou recurso; propor incidente de assunção de competência; dirigir ao órgão fracionário competente pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas; decidir sobre a concessão de efeito suspensivo requerido na interposição de embargos de declaração; admitir a participação de *amicus curiae*; decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas causas de competência originária do tribunal; deliberar sobre questão superveniente à interposição do recurso ou matéria apreciável de ofício, observado o contraditório prévio.

5 ORDEM DOS JULGAMENTOS

Na ordem dos julgamentos, ressalvadas as preferências legais (ex.: *habeas corpus*) e regimentais (ex.: medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, art. 220, III, do RITJPR c/c art. 10, *caput*, da Lei Federal 9.868/99), iniciam-se por aqueles em que há requerimento de sustentação oral (art. 936, I, do CPC/15). É precisamente o tema do cabimento de sustentação oral um dos que a respeito do qual houve algumas mudanças no CPC/15. Resta saber quais são.

Nas Cortes de Justiça admite-se sustentação oral na apelação, no agravo de instrumento contra decisão versando sobre parcela do mérito ou tutela provisória de urgência ou de evidência ou liquidação de sentença (art. 225, § 1º, do RITJPR), assim como em ação rescisória, mandado de segurança e reclamação, inclusive no agravo interno contra extinção de tais ações de competência originária, como também no incidente de resolução de

demandas repetitivas (art. 937 do CPC/15), no incidente de assunção de competência e no incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 225, § 3º, do RITJPR) e nas demais hipóteses legais (ex.: em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, conforme o art. 10, §2º, da Lei Federal 9.868/99).

Nos casos de julgamento por maioria de votos em apelação, ação rescisória e agravo de instrumento de sentença parcial de mérito, admite-se uma segunda sustentação oral circunscrita ao tema da divergência (art. 254-A, § 4º do RITJPR), desde que pelo menos um dos magistrados convocados para o quórum estendido não se encontre em condições de proferir imediatamente seu voto, quando então o julgamento será adiado com oportuna renovação da leitura do Relatório e da sustentação oral (art. 942, caput e § 1º do CPC/15; art. 240, § 6º do RITJPR).⁶ Pode ocorrer de a divergência ocorrer apenas sobre questão preliminar, caso em que, tendo sido descartado o julgamento, e, portanto, a sustentação oral somente sobre a preliminar, oportunizar-se-a a continuidade da sustentação oral pelo tempo remanescente somente sobre o mérito (art. 254-A, §§ 4º e 5º do RITJPR).

Admite-se a sustentação oral por videoconferência, estando os tribunais em período de adaptação às novas tecnologias, mediante progressiva implementação do processo judicial eletrônico (e-proc; Pj-e; projudi etc.) e de plataformas digitais adequadas à realização de videoconferência (skype, webconferência etc.).

A sustentação oral é um ato de técnica processual. Sabe-se que os tribunais estão assoberbados de recursos e ações originárias para julgamento, pautando centenas de processos numa mesma sessão, motivo pelo qual o uso da palavra tanto da tribuna quanto por parte dos julgadores deve circunscrever-se ao mérito recursal ou da demanda originária. Considera-se

⁶ Ampliar o tema na obra coletiva MARANHÃO, Clayton; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani; RIBAS, Rogério; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo (coords.). **Ampliação da colegialidade**: técnica de julgamento do art. 942 do CPC. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

indevida a leitura de memoriais da tribuna de sustentação, excetuada a consulta ao esquema de defesa. Beira à litigância de má-fé a inovação recursal feita da tribuna. A sustentação oral deve circunscrever-se ao ponto controvertido, de fato e de direito, relevante para o julgamento pelo tribunal. Havendo questões prévias sobre as quais pairam divergências no órgão fracionário, devem ter julgamento destacado pelo presidente da sessão, alertando-se os advogados que o prazo de sustentação oral será descontado caso o julgamento prossiga nas questões de mérito. Havendo litisconsortes recorrentes com advogados diferentes, o prazo de sustentação será dobrado, cabendo convenção processual sobre a divisão no tempo, a ser homologada de plano pela presidência da sessão e consignada em ata de julgamento.

Diante de todas essas circunstâncias e incidentes possíveis numa sessão de julgamento, cabe ao presidente da sessão de julgamento conduzir o julgamento sempre na perspectiva da celeridade processual e da direção formal do processo, por exemplo, alertando às partes a respeito da eventual leitura antecipada do relator, quando convergente com os interesses da parte que requereu sustentação oral, ressalvado direito de sustentar sobre questão pontual ou em caso de voto divergente no quórum originário, inclusive quando vier a ser estendido na forma do art. 942 do CPC/15. O presidente da sessão de julgamento deve solicitar aos advogados que se atenham aos pontos controvertidos expostos no relatório, sem prejuízo da dispensa de sua leitura pelo relator.

Mas há um tema cada vez mais premente e que se relaciona com o aumento das sustentações orais, diretamente proporcional ao número crescente de causas e recursos pendentes de julgamento, sobretudo nos tribunais classificados como de grande porte pelo Conselho Nacional de Justiça.

Trata-se do tempo de sustentação oral.

Deveras, em pesquisa aos regimentos internos dos tribunais superiores, dos tribunais de grande porte e de alguns de médio porte, o tempo regimental para a sustentação oral no processo civil é variado. Confira-se: no STF, quinze minutos, art. 132; no STJ, quinze minutos, art. 160; no TJPR, quinze minutos, art. 226, I; no TRF-4, quinze minutos, art. 172; no TRT-9, cinco minutos, art. 76, § 1º; no TJSP, não há regra geral fixando prazo de sustentação; no TJRJ, quinze minutos, art. 69; no TJRS, dez minutos, art. 176, § 6º; no TJMG, quinze minutos, art. 105; TJPE, quinze minutos, art. 101; TJDFT, quinze minutos, art. 111; TJBA, quinze minutos, art. 187, I; TRF2, quinze minutos, art. 141; TRF3, quinze minutos, art. 143, § 3º; TRF5, quinze minutos, art. 138; TRF1, quinze minutos, art. 46.

O tempo regimental nos tribunais consultados é em regra de quinze minutos, mas, em determinados tribunais, já tem sido reduzido para dez minutos (TJRS) e, até, para cinco minutos (ex. TRT da 9ª Região). No TJSP, inclusive, não há um prazo geral de sustentação oral, apenas situações específicas, como nos incidentes processuais, quando a sustentação oral é de quinze minutos, o que está a indicar que, a juízo do presidente do órgão fracionário, pode ser aplicado por analogia ao julgamento de recursos onde a sustentação oral é admitida pelo CPC/15, tudo a depender da complexidade do processo em julgamento no tribunal, solução certamente advinda do excessivo número de julgamentos pautados para uma mesma sessão no tribunal paulista.

Crê-se que, a depender da progressiva numerosidade processual nos tribunais de grande porte, pode ser uma tendência reduzir o tempo de sustentação oral de quinze para dez minutos.

Consigne-se que nos tribunais superiores a situação já fugiu do controle daquilo que se possa considerar como razoável, motivo pelo qual há uma nefasta tendência à monocratização das decisões, em detrimento do poder de influência das partes, inerente ao contraditório substancial, assim como da

qualidade das decisões judiciais ínsita às deliberações colegiadas e, por conseguinte, em afronta à garantia constitucional do devido processo legal.

No âmbito dos tribunais superiores, pois, o feito sequer tem chegado nas turmas ou em plenário, a evidenciar a crise do instituto da sustentação oral nas Cortes Supremas. Essa crise, ademais, é acentuada a partir da análise de um tema correlato ao do prazo da sustentação oral propriamente dita e que diz respeito ao prazo para requerer a sustentação oral junto ao tribunal.

Note-se que muito recentemente o STJ aprovou a Emenda Regimental n. 25, publicada no DOU de 15.12.2016, limitando o prazo de requerimento de sustentação oral para até dois dias após a publicação da pauta de julgamento, noticiando-se que essa alteração está fundada na busca de aperfeiçoamento da gestão, organização, eficiência e celeridade nas sessões da Corte, diante da numerosidade de feitos pautados e de sua inviabilidade numa única sessão de julgamento. Essa modificação regimental foi objeto de imediato reclamo do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, diante de possível prejuízo ao direito de defesa, estando a situação novamente sob análise da Comissão do Tribunal da Federação, à medida que a previsão regimental em vigor nos tribunais de grande e médio porte pesquisados é no sentido da possibilidade de requerimento de sustentação oral até o início da sessão de julgamento.

Prosseguindo-se no exame do tema no âmbito da ordem do processo nos tribunais, tem-se que, em seguida à sustentação oral, é permitido ao advogado requerer a juntada aos autos do resumo de sua defesa, bem assim esclarecer questão de fato ou mesmo pedir a conversão em diligência para abertura de contraditório sobre fato superveniente ou questão de ordem pública (art. 226-A, *caput*, do RITJPR).

Concluídas todas as sustentações orais, seguem-se o julgamento dos recursos com requerimento de preferência e daqueles iniciados em sessão

anterior, prosseguindo-se com o julgamento dos demais casos (art. 936 do CPC/15).

A pauta deve ser previamente organizada, seguindo-se os critérios regimentais (art. 218, I, do RITJPR), bem assim publicada com antecedência mínima de cinco dias úteis da data do julgamento (art. 935 c/c art. 219 do CPC/15).

É possível alterar a ordem da pauta já publicada, nas hipóteses regimentais, merecendo destaque os casos de preferência regimental em que o relator deva se retirar ou se afastar da sessão ou quando seja desembargador de outra Câmara, vinculado ao julgamento, ou, ainda, em causas repetitivas pautadas na mesma sessão, seguidos das hipóteses de preferência requerida por advogadas gestantes ou advogados idosos, casos de interesse no acompanhamento presencial formulados por advogados, estagiários ou parte no processo (art. 221 do RITJPR).

Os pedidos de preferência podem ser realizados mediante formulário eletrônico disponível no sítio eletrônico do tribunal ou presencialmente, até o início da sessão de julgamento (art. 222 do RITJPR).

Diante, sobretudo, da presença de advogados de fora, mas não somente por isso, o pedido de adiamento formulado por um dos advogados deve contar necessariamente com a aquiescência do advogado da outra parte, ao que se tem como um exemplo de negócio jurídico processual bilateral (convenção processual).

Estando o tribunal habilitado a realizar sustentações orais por videoconferência, nada impede que as partes convençionem o adiamento do julgamento no dia da sessão, valendo-se dessa via, estando um deles presencialmente ou ambos a distância.

Havia previsão de julgamento eletrônico dos recursos aos quais não se admita sustentação oral, mas a regra foi derogada pela Lei Federal n. 13.256/2016, ficando o assunto relegado à realidade de cada tribunal, tendo

em vista a exigência do Conselho Nacional de Justiça no sentido de que o processo eletrônico seja definitivamente implementado no país, meta ainda não cumprida (cf. Lei n. 11.419/2006; art. 1.053 do CPC/15).

6 DELIBERAÇÃO COLEGIADA

Há quatro regras processuais a respeito das técnicas de deliberação colegiada que são clássicas. Passo ao exame de cada uma delas.

6.1 O julgamento do agravo de instrumento precede ao julgamento da apelação, inclusive quando ambos estejam pautados para julgamento na mesma sessão (art. 946 do CPC/15), exceto na hipótese de ser declarado prejudicado o agravo de instrumento porque proferida sentença (art. 245-B do RITJPR). Essa regra não traz maiores dificuldades de compreensão, sendo, por exemplo, logicamente descabido julgar-se um agravo de instrumento relativo à distribuição dinâmica da carga probatória após já ter sido proferido o julgamento da apelação no mesmo caso. A chance de nulidade do julgamento é evidente.

6.2 A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão (art. 938, *caput*, do CPC/15).

A respeito disso, o RITJPR explicitou as questões prévias ao mérito, mencionando que qualquer questão de ordem, preliminar ou prejudicial, constante do Relatório, com a exposição dos pontos controvertidos e objeto do julgamento, será decidida antes do mérito (art. 245, *caput*, do RITJPR).

Além disso, elencou a seguinte ordem de enfrentamento no julgamento das questões, sem prejuízo de outras que surgirem no caso concreto: a) competência do tribunal e da câmara; b) admissibilidade recursal; c) legitimidade para recorrer; d) interesse na interposição do recurso; e) existência de impugnação específica quanto aos fundamentos da decisão

recorrida; f) nulidades; g) coisa julgada; h) pressupostos processuais e condições da ação, na causa; i) decadência ou prescrição; j) inconstitucionalidade de lei (art. 245, § 1º do RITJPR).

Nos mandados de segurança, a preliminar de decadência será apreciada logo após o órgão julgador reconhecer a sua competência (art. 245, § 2º RITJPR); serão apreciadas, no recurso de apelação, em exame preliminar, todas as questões que não tenham sido objeto de agravo de instrumento na fase de conhecimento, oportunamente impugnadas nas razões ou contrarrazões de recurso, não atingidas pela preclusão (art. 245, § 3º do RITJPR); conversão do julgamento em diligência para correção de vício sanável (art. 245, §§ 4º e 5º do RITJPR).

Se houver apontamento de divergência, é fundamental que a rodada de votações se dê em separado para cada questão prévia (art. 241 do RITJPR), inclusive para fins de votação mediante convocação de magistrados para integração do quórum estendido, o qual, em seguida, deverá ser dissolvido, segundo a sistemática adotada pelo art. 245-A, § 2º do RITJPR

6.3 Seguem-se outras duas regras processuais correlatas. Se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento das questões de mérito, sobre as quais deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar (art. 938, § 4º do CPC/15). Proclamado o resultado por maioria de votos, o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento (art. 941, § 3º do CPC/15).

Inúmeras disposições regimentais colaboram com a compreensão dessas regras processuais. Dados os limites deste trabalho, iremos abordar algumas delas.

Antes de tudo, fique claro que há nítida diferenciação conceitual entre fundamentos da decisão e decisão propriamente dita, não só para fins de

isolamento dos limites objetivos da coisa julgada material, como também para compreensão da diferença entre jurisprudência e precedente. Pode haver uma deliberação em que compõe, pelo seu resultado, o grupo de casos da jurisprudência, mas diante da falta de acordo entre os magistrados votantes quanto aos fundamentos, não pode ser considerado um precedente. A votação decomposta de cada questão no julgamento do recurso de apelação, por exemplo, onde agora haverá várias questões anteriores à sentença que podem ser suscitadas como preliminar tanto das razões quanto das contrarrazões de recurso, não necessariamente devem ter o *mesmo fundamento* para fins de identificação das razões de decidir, pois como se sabe, os Tribunais de Apelação (TJ's e TRF's) são constitucionalmente considerados como Cortes de Justiça, ficando reservada a função de Cortes de Precedentes somente aos Tribunais Superiores, no âmbito dos recursos que lá são manejados, razão pela qual é desinfluyente que, nas Cortes de Justiça, haja uma maioria com fundamentos diversos, desde que cheguem à *mesma decisão* para fins de definição do quórum vencedor a que se refere o art. 941 do CPC/15.⁷

Somente a deliberação colegiada das Cortes Supremas (*seriatim* ou *per curiam*) exige confluência da maioria também nos *fundamentos*, eis que, do contrário, não haverá *ratio decidendi*, tampouco precedente judicial, mas apenas jurisprudência.

Limitado o discurso deste trabalho à formação da jurisprudência e à forma de deliberação colegiada das Cortes de Justiça, tomando-se como parâmetro as opções regimentais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, é certo que, de todo modo, há necessidade de se identificar qual a *decisão* tomada pela maioria, ficando definido que o voto vencido será

⁷ Sobre o tema, vede MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**. São Paulo: RT, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. O **STJ enquanto Corte de precedentes**. São Paulo: RT, 2013; MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: RT, 2013; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: RT, 2016.

obrigatoriamente declarado em separado, quando da proclamação do resultado e da publicação do acórdão.

Note-se que mesmo quando da votação em separado de cada questão preliminar, intercorrências precisarão ser dirimidas pelo Presidente do órgão julgador. Naturalmente, idêntica situação pode dar-se por ocasião da análise de questões prejudiciais, tais como prescrição, decadência ou mesmo a declaração de abusividade de uma ou mais cláusulas contratuais.

Situações há em que, num quórum de três julgadores (art. 941, § 3º do CPC/15), cada um deles chega a uma decisão divergente, quando então pode-se imaginar casos de divergência qualitativa ou quantitativa, variando a solução regimental de cada tribunal.

É comum que na fixação do valor dos danos morais os integrantes do colegiado proponham valores diferentes, até porque os precedentes do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito apenas apresentam valores mínimos e máximos, dentro dos quais considera-se aceitável o arbitramento formulado nas vias ordinárias, sem ofensa ao direito federal.

Em sendo assim, por mera pragmaticidade, é também comum que a divergência seja logo composta adotando-se um valor intermediário.

Mas, na hipótese de a divergência persistir, o art. 242 do Regimento Interno do TJPR estabelece o seguinte método de composição: "se na votação da questão global, insuscetível de decomposição, ou das questões distintas, três ou mais opiniões se formarem, serão as soluções votadas duas a duas, de tal forma que a vencedora será posta em votação com as restantes, até se fixar, das duas últimas, a que constituirá a decisão." E prossegue o regimento: "A ordem dos confrontos constará de esquema previamente anunciado pelo Presidente, salvo nas Câmaras, em que o confronto será feito, em primeiro lugar, entre as soluções dadas pelo Revisor e pelo vogal, ou entre os dois vogais, se não houver Revisor." E conclui: "No caso em que a maioria divergir quanto a detalhes da questão em julgamento, reputar-se-á decidido

naquilo que obtiver apoio comum, desprezados os pontos de divergência dos votos vencedores".

Na divergência qualitativa, por exemplo, cada um dos julgadores rejeita a prescrição, contudo por prazos distintos, aplicando-se, igualmente, o método acima mencionado para que se defina, ao menos por maioria, qual o prazo da prescrição da pretensão no caso em julgamento.

Portanto, a exigência de nova votação até que se alcance maioria colegiada prevista no art. 242 do RI do TJPR serve para dirimir tanto a divergência quantitativa quanto qualitativa.⁸

Todavia, quaisquer dessas situações não se confundem com o problema que pode surgir no julgamento colegiado quando há pluralidade de causas de pedir, hipótese em que se recomenda o julgamento destacado de cada uma delas, sedo certo que uma vez que haja divergência na fundamentação, mas convergência na decisão, cabe declaração de voto vencedor.⁹

Outra questão relevante e de ordem prática reside na lavratura do Acórdão, no que se refere a quem deve redigí-lo, havendo voto vencido. Nem sempre o Relator, ainda que vencido, perderá a relatoria, se assim o for somente na preliminar ou nos casos de ressalva de entendimento do vogal, sem alteração do resultado global da questão. Em tal situação, é desnecessário, inclusive, declaração de voto em separado, pois a decisão é unânime, com ressalva de ponto de vista do vogal a respeito da fundamentação, por vezes diversa ou com acréscimo de motivos. Por evidente, caso o relator não se disponha a integrar os fundamentos acrescidos pelos vogais ou suas ressalvas de entendimento quanto aos fundamentos, diversos, ainda que a decisão seja a mesma, será cabível a lavratura de voto vencedor, muito embora o art. 941, § 3º do CPC/15 refira somente a voto

⁸ Sobre o tema MOREIRA, Barbosa. **Comentários ao CPC**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 670-672.

⁹ Ampliar em MOREIRA, Barbosa. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. In: MOREIRA, Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 131-135.

vencido, para fins de prequestionamento, e o art. 248, § 1º do RITJPR considere facultativa a declaração de voto. Não é de se descartar, contudo, que a declaração de voto vencedor, nesse caso, também possa se mostrar relevante para fins de prequestionamento, sobretudo em caso de sucumbência recíproca, diante do cabimento, em tese, do chamado recurso excepcional adesivo cruzado.

No entanto, havendo divergência sobre questão preliminar, sobre questão prejudicial, ou mesmo sobre o mérito, haverá necessidade de lavrar-se voto vencido.

A esse respeito, estipula o art. 248, §§ 1º e 2º do RITJPR que "a lavratura do acórdão terá a fundamentação que resultar vencedora, devendo o Relator consignar sucintamente as ressalvas manifestadas por algum dos Julgadores, sem que o resultado final da questão global tenha sido modificado, e, portanto, sem a necessidade de declaração de voto vencido; vencido o Relator, será designado para redigir o acórdão aquele que primeiro proferiu voto vencedor. Será facultada a declaração de eventuais outros votos vencedores; o acórdão será redigido, porém, pelo relator se este for vencido somente na preliminar, mencionando-se no acórdão os fundamentos do voto vencedor, ou em parte do mérito, de menor extensão, caso em que o Desembargador vencedor em tal parte o assinará e lançará seu voto com os respectivos fundamentos."

Caso o relator fique vencido na preliminar de falta de interesse processual, ou mesmo no fundamento legal da prescrição, à unanimidade rejeitada, ou ainda no que se refere ao fundamento legal das verbas de sucumbência, ante divergências doutrinárias de direito intertemporal, tem-se que em todos esses casos ainda assim lavrará o acórdão, desde que ressalve os pontos de vista divergentes dos demais vogais.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016.

MARANHÃO, Clayton; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani; RIBAS, Rogério; KOZIKOSKI, **Sandro Marcelo (coords.)**. **Ampliação da colegialidade**: técnica de julgamento do art. 942 do CPC. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**. São Paulo: RT, 2015.

MIRANDA, Vicente. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Saraiva.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: RT, 2016.

MOREIRA, José Barbosa. **Comentários ao CPC**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MOREIRA, José Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Súmula 60**. Curitiba, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ enquanto Corte de precedentes**. São Paulo: RT, 2013.

UZEDA, Carolina. Coisa julgada sob perspectiva comparatística. **Rev. RePro**. p. 258/2016.

O DIREITO DE INTEGRAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL, NA ARGENTINA E CORTES INTERNACIONAIS

Roberto Aurichio Junior

Professor da Escola da Magistratura do Paraná, módulo EAD. Advogado, Membro do Instituto dos Advogados do Paraná, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico, Professor Universitário e Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais na UTP.

RESUMO

O presente artigo é fruto de estudo e reflexão sobre o Direito de Integração ou Direito Comunitário, sua relação tanto entre as pessoas como entre as nações, objetivos e os Direitos Humanos. Bem como, falaremos sobre Cortes Internacionais, necessidade de Tribunais Supranacionais, como também sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem firmada em 1948. Com efeito, a integração entre os povos faz-se imperiosa, mais que necessário, além de agregar a humanidade, tornando o ser humano mais próximo entre si e das relações negociais, também objetiva-se a segurança jurídica entre os países. Nesse contexto, passemos a analisar o tema em exame, discorrendo-o na forma ora elencada.

Palavras-chave: Direito de Integração; Direito Comunitário; Cortes Internacionais; Declaração Universal dos Direitos do Homem; Direitos Humanos.

1 DO DIREITO DE INTEGRAÇÃO NO MUNDO GLOBALIZADO E A SEGURANÇA JURÍDICA

O mundo em que vivemos encontra-se cada vez mais globalizado, onde cada cidadão compartilha de usos e costumes, aspectos profissionais, acadêmicos, sociais, econômicos, transformando a sociedade diariamente.

Essa evolução também encontra dificuldades e, por conseguinte, os comportamentos humanos devem encontrar guarida, sustentáculo em seus ordenamentos jurídicos pátrios e em tratados internacionais.

Nesse diapasão, a segurança jurídica é importantíssima entre os povos, pois cada país tem seu ordenamento jurídico, contendo normas, princípios e leis amparando suas relações e se seus cidadãos.

Sendo a Constituição Federal de cada país a lei maior, regendo os direitos, deveres, garantias fundamentais, forma de estado, forma de governo e outros mais.

Como também as estruturas e direitos sociais, econômicos, dos entes municipais, estaduais e federais, como também, os Municípios, Estados ou

Províncias (como na Argentina) e a União (denominado Governo Federal ou da Nação).

Os seres humanos amparados em seus direitos e deveres fundamentalmente insculpidos na Carta Federal e, consagrados em leis infraconstitucionais, encontram no ordenamento jurídico a regulamentação das normas de conduta sejam nos âmbitos cíveis, criminais, laborais ou trabalhistas, tributários, ambientais, administrativos, processuais, de cunho interno e internacional, este expandindo-se em direito internacional público e privado.

O comportamento e tratamento entre pessoas de vários países e mesmo atos entre países, firmados mediante PACTOS, TRATADOS E CONVENÇÕES levam a demonstrar a necessidade de integração cada vez maior entre os seres humanos e por extensão entre os países, formando-se uma grande visão de mundo.

Essa integração por vezes encontra divergências, que devem ser sanadas mediante as normas e regras firmadas entre os países e inexistindo, deverá haver um Tribunal Supranacional ou Cortes Internacionais que poderão mediante seus integrantes encontrar a melhor solução para cada demanda.

Á respeito o ilustre professor Argentino Dr. Jorge Horacio Schijman em artigo escrito sobre a JUSTIÇA NOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO, preleciona:¹⁰

LA JUSTICIA EM LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

1. El Valor de La Seguridad Jurídica em los Processos de Integración

Los distintos avatares socioeconómicos que inciden em nuestra sociedad requieren de gran esfuerzo, de disciplina y de conocimiento, para lograr los cambios necesarios.

El mundo de nuestros dias está experimentando com gran rapidez, amplitud y profundidad, intensos cambios de significativa relevancia.

¹⁰SCHIJMAN, Jorge Horacio. Justiça nos processos de integração. **Boletín de La Universidad Del Museo Social Argentino**. Buenos Aires, ano 81, dic./2006, p. 5-17.

los cambios sociales, económicos, tecnológicos, educativos, políticos e culturales, que se producen en el mundo, exigen una adaptación continua de las políticas y sus prioridades; ampliando y profundizando la cooperación entre los Estados.

Los padres fundadores de La patria soñaban con una Argentina mejor que la actual, y es aquí que nuestra responsabilidad es enorme, debemos moldear y profundizar los conocimientos.

Em um mundo donde la globalización y los procesos de integración son significativos, imbuirnos em sólidos proyectos de integración regional es uma oportunidade que no debemos desaprovechar si queremos mejorar nuestro futuro y el de los que nos continuarán em esta vida.(grifamos)

Em um mundo globalizado, el Mercosur camina por tiempos difíciles, inseguros, de escasa credibilidad, con Estados miembros con frágiles democracias, altos índices de corrupción, sumergidos em propuestas inciertas, y con segmentos de marginación social.”

Importante salientar, que a melhor reflexão emerge no mundo atual, em que todos visam o aprimoramento social, econômico, educacional tecnológico, e cultural, trazendo avanços profissionais sem sombra de dúvidas.

Acarretando mudanças de comportamentos entre as pessoas, as quais encontram-se mais focadas num mundo melhor.

Nesse sentido, as Cartas Políticas buscam o respeito em suas relações internacionais.

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, consagra direitos fundamentais já em seu preâmbulo, bem como em seu artigo 4º incisos I a X elenca, respeita e rege-se nas suas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político e em seu parágrafo único taxativamente consagra o direito de integração na América Latina, sendo formado posteriormente o denominado MERCOSUL, bem como preservação do meio ambiente por

exemplo, para as futuras gerações, conforme consagram as Constituições do Brasil em seu preâmbulo, artigo 4º e 225, *verbis*:¹¹

Preâmbulo

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

E a Constitución de La Nación Argentina, também consagra direito ambiental, no artigo 41, *verbis*:¹²

Art. 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹² ARGENTINA. **Constitución Nacional**: antecedentes históricos, tratados y convenciones sobre derechos humanos y nota de doctrina sobre reformas de La constitución nacional, Buenos Aires, La Ley, 2011.

natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Denota-se a importância adotada também pela Constituição Argentina relativamente ao meio ambiente sano, apto, equilibrado para o desenvolvimento humano para satisfazer as necessidades presentes e visando preservar para as futuras gerações, conforme prevê a Constituição Brasileira em seu artigo 225 anteriormente transcrito.

Sobre o Direito Comunitário como sistema e solucionador de problemas comuns entre os povos, os ilustres Juristas Roberto Dromi, Miguel A Ekmekdjian e Julio C. Rivera,¹³ na obra Derecho Comunitário, preleciona:

“ EL COMUNITARISMO COMO SISTEMA

I - Noción

1. Unidad Común. ...La comunidad constituye una solución, una estrategia razonable y equitativa para enfrentar problemas comunes. ...”

2 DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO ENTRE OS POVOS, O RESPEITO ÀS LEIS, OBJETIVOS E A SEGURANÇA JURÍDICA

Com relação ao processo de integração entre os povos, que tem por objetivo a melhora de vida em sociedade, necessário torna-se o intercâmbio para o aprimoramento dessa integração.

Busca-se cada vez mais, também o fortalecimento das instituições, pois os Poderes Constituídos com suas peculiaridades e importâncias regem as civilizações, qual sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

¹³ DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio C. **Derecho Comunitário**. 2. ed. Buenos Aires: Sistemas de Integracion Regimen Del Mercosur, 1996, p.15.

... La seguridad jurídica, en el marco del Mercosur, no solo debe ser um valor por lograr, sino um valor a sostener. No es posible vivir em democracia sin la diversidad, tolerancia y respeto a la ley.

La integración um proceso que abre posibilidades de superación para los pueblos. Pero, las mismas pueden ilegar por um clima de fuerte contenido de voluntades, objetivos y destinos comunes; transitando um camino sin mezquindad, asumiendoe el desafio com valentia y generosidad. Donde el éxito consitirá en cambiar una história sin futuro para muchos, por outra, donde el compromiso social, educacional, econômico, com la diversidad cultural de todos sus integrantes, la transforme en una alternativa sin exclusiones.

Es necesaria una dirigencia com fuertes convicciones, valiente, com actitudes humanizadas, y la suficiente tolerancia para aceptar la diversidad, improntas, estilos y tiempos de adaptación de otros Estados parte.

Los objetivos deben ser firmes, donde la diversidad de pensamientos de los Estados parte debe ser coherente, fortaleciendo la instituciones comunitárias, com la inteligencia del que sabe que el camino elegido es um buen remédio contra la pobreza, el analfabetismo, la ignorancia, la falta de conocimiento, la inseguridad, la carrera armamentista y el terrorismo.

Afrontar la globalización política y económica de l siglo XXI es um fuerte desafio; posiblemente irremediable, pero cuanto más sólidas sean las instituciones políticas y jurídicas, mejores serán los resultados.

Para los tiempos que vivimos com la “globalización inevitable”, se debe pensar globalmente y actuar localmente; valorar y defender la justicia, como instrumento de defensa de las instituciones y los derechos fundamentales, es um horizonte que no debemos sacrificar.

Nutrir el Mercosur de mejores contenidos jurídicos fortalece su proyecto; conocer y entender nuestra historia y nuestra justicia nos habilita para una mejor visualización de nuestro presente y del sendero que nos proyecta; razón por la cual, me permitirá señalar a continuación algunos comentarios sobre aspectos históricos y jurídicos de processo de integración, como el de la Unión Europea y del mismo Mercosur.

Nota-se, que a visão do professor é mais que positiva e necessária, pois permite difundir melhor sensibilidade entre os povos, com respeito ás pessoas, leis, tolerância, sendo que o processo de integração abre as possibilidades de superação entre os povos.

Como também, possibilidade que os povos tenham um mesmo propósito, o crescimento, com objetivos comuns, sem mesquinhez tanto no pensamento como no comportamento.

¹⁴ SCHIJMAN, op. cit., p. 5-6.

Onde o êxito será transformar o futuro incerto, para com o compromisso social, educacional, econômico, político, cultural de todos os integrantes, em nova alternativa sem exclusão de seus membros, ou seja, visa a igualdade de tratamento e condições para todos os seus integrantes, sem haver excluídos (pessoas sem cultura, sem condições financeiras, sem teto, sem instrução cultural, enfim, aqueles marginalizados).

Com objetivos firmes entre os Estados, mesmo havendo pensamentos diferentes, sempre visando o bem comum entre os povos, entre as nações. Esse é o verdadeiro objetivo do direito de integração.

Valorizando, o direito, a justiça, as instituições, os seres humanos, propiciando melhor análise do passado, compreender o presente e proporcionar um futuro melhor para as futuras gerações.

3 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO MERCOSUL E TRIBUNAIS SUPRANACIONAIS

Para comprovar a integração entre os povos, no Mercosul, existem vários tratados que vem ocorrendo a cooperação entre os países signatários. Vejamos

Pelo Tratado de Assunción no Paraguai, firmado em 26 de maio de 1991, pelos países Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai foi constituído o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), para com o protocolo de Ouro Preto, Minas Gerais no Brasil em 17 de dezembro de 1994, além de vários aspectos o principal foi estabelecer a personalidade jurídica ao mesmo.

No ano de 2012 a Venezuela foi inserida no Mercosul.

O Protocolo de Olivos, assim denominado por ter sido realizado na Cidade de Olivos, na Argentina, firmado em 18 de fevereiro de 2002 versa sobre a solução das controvérsias no Mercosul.

As controvérsias quanto a aplicação do Protocolo de Olivos, podem também ser levadas a OMC, ou seja, á Organização Mundial do Comércio.

As demandas também poder ser levadas á um Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, vez que os países já estão adotando as soluções de conflitos mediante um Juízo Arbitral ou Tribunal Arbitral, com possibilidade de recurso pelo Tribunal Permanente de Revisão no Mercosul, que tem sede em Assuncion, no Paraguai.

O festejado professor SCHIJMAN¹⁵ á respeito do Tribunal Arbitral e Tribunal de Revisão ensina:

Los Laudos del “ Tribunal Arbitral Ad Hoc” y los del “ Tribunal Permanente de Revisión” se adoptarán por mayoría, serán fundados y suscriptos por el Presidente y por lós demás árbitros. Los árbitros no podrán fundar votos em disidencia y deberán mantener tanto la confidencialidad de la votación como de las deliberaciones.

.....
Com relacion al derecho aplicable, los “ Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el “Tribunal Permanente de Revisión” decidirán la controversia sobre la base del Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los procolos y acuerdos celebrados em el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur. Así como a principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia; como también, cuando actúen em instancia directa y única, decidir la controversia ex aequo et bono, si las partes así ló acordaren.

Os laudos, denominados de decisões do tribunal arbitral são passíveis de recursos, que deverão ser dirigidos ao Tribunal Permanente de Revisão no Mercosul e quanto ao direito aplicável no Mercosul os respectivos Tribunais mencionados decidirão com base nos tratados, protocolos e decisões do Conselho de Mercado Comum, com as resoluções do Grupo e diretivas da Comissão do Comércio do Mercosul, como também os princípios e disposições do Direito Internacional.

¹⁵ SCHIJMAN, op. cit., p. 8.

3.1 DOS TRIBUNAIS SUPRANACIONAIS

Em virtude da integração entre os povos e nações, adotando melhor entendimento e normas para a solução de conflitos, emerge reflexão sobre esse direito comum entre os povos.

Nesse sentido, firma-se o posicionamento sobre a constituição de Tribunais Supranacionais.

O professor SCHIJMAN¹⁶ à respeito dos Tribunais Supranacionais preleciona:

III- TRIBUNALES SUPRANACIONALES

Impulsar um proceso de integración implica la convicción política de cambiar principios importantes del Estado, um camino com sistemas de contenidos com principios, normas y reglas interrelacionadas.

Se entiende por “ supranacionalidad” uma autonomia de poder y de acción colocados al servicio de intereses o de objetivos comunes a vários Estados.

El fundamento de la supranacionalidad es el reconocimiento por parte de vários Estados de intereses económicos, técnicos, políticos, etc., que les son comunes; em otras palabras, el reconocimiento de lo que trasciende el interés puramente nacional, para fusionarse al de uma comunidad humana más extensa. A esse elemento material debe agregarse um elemento formal o jurídico, que permita hacer efectiva esa autonomía de la voluntad.⁴(4Dra. RIMOLDI de LADMANN, Eve I.: “ Derecho de la Integración Lationamericana y Derecho Constitucional”, em Cuadernos de Investigaciones 20, Instituto de Investigaciones Jurídicas Sociales “ AMBROSIO I. Gioja”, Facultad de Derecho, U.B.A., 1991, página 12; Suplemento La Ley, em Revista del Colegio Público de Abogados de la Cap. Federal, nº 34, abril 2004, pág.8.) Surge así um nuevo ordenamiento jurídico que es el derecho comunitário o derecho supranacional, que roza al próprio regimen político del Estado, ya que su creación implica sortear el derecho internacional y dar paso a um sistema normativo de auténtico carácter federal.⁵ (5.Dra. Aja Espil, Jorge A.:” Las actuales vertientes del Derecho Comunitário em la Constitución Nacional de 1994. Nueva lectura del art.31”, em Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1998, págs. 29 y siguientes.)

Es importante y sustancioso el influjo de nuestra Corte Suprema de Justicia em el compromiso de la integración, tanto desde la convocatória em Buenos Aires em 1991 al “ Primer Encuentro de Cortes Supremas del Cono Sur”, como con sentencias que declaran la prevalência de lós tratados sobre lãs disposiciones de derecho interno, o en la necesidad de crear um tribunal interregional señalados em los importantes fallos...

¹⁶ SCHIJMAN, op. cit., p. 6-7.

Cristalina é integração comum entre os povos, acarretando novo direito, fruto do comportamento globalizado, em que a supranacionalidade advém de uma autonomia de poder e ações a serviço de interesses ou objetivos comuns á vários Estados.

Nesse fortalecimento de objetivos, mais que louvável e extremamente importante foi o Encontro das Supremas Cortes do Cone Sul em 1991, promovido pela Corte Suprema de Justiça da Argentina, visando a interatividade dos ordenamentos jurídicos com normas externas em prevalência ás internas, ou seja, os tratados sobre as leis locais.

À propósito, mesmo com suas limitações de competência, atribuições e jurisdição tem-se a Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia na Holanda, que tem como função resolver conflitos em concordância com o direito internacional, disputas legais submetidas por Estados, estabelecida em 1945 pela carta da Nações Unidas e teve início em suas funções em 1946, onde alguns brasileiros tiveram assento como Ruy Barbosa, Francisco Rezek dentre outros.

Sobre a referida Corte, mais informações foram colacionadas conforme extraído do site da Universidade de São Paulo-USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, sendo responsável o ex-Ministro da Justiça do Brasil Dr. José Gregori, *verbis*:

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão judiciário da Nações Unidas. Ela foi estabelecida em junho de 1945 pela Carta da Nações Unidas e começou a funcionar em 1946. Sua sede fica no Palácio da Paz na Haia (Holanda).

A função da Corte é de solucionar, em concordância com o direito internacional, disputas legais submetidas por Estados, além de oferecer pareceres consultivos sobre questões legais apresentadas por órgãos autorizados da ONU e outras agências especializadas.

A Corte é composta de 15 juizes, que são eleitos para mandatos de nove anos pela Assembléia Geral da ONU e pelo Conselho de Segurança. Ela é apoiada por um corpo administrativo e seus idiomas oficiais são o inglês e o francês.

A Assembléia Geral e o Conselho de Segurança votam simultaneamente mas separadamente. ...

E mesmo não havendo a obrigação da Corte em estar permanentemente em sessão, seu Presidente é obrigado a morar na Haia.

Juízes brasileiros que compuseram a corte foram:Rui Barbosa (eleito mas não tomou posse), Epiácio Pessoa, Filadelfo de Azevedo, Levi Carneiro, José Sette Câmara e José Francisco Rezek.

A Corte pode receber dois tipos de casos: disputas legais submetidas por Estados (casos contenciosos) e pedidos por pareceres consultivos a respeito de questões legais apresentadas por órgãos das Nações Unidas ou agências especializadas (pareceres consultivos). Para os casos contenciosos, as decisões da Corte são definitivas e obrigatórias a todos os Estados que aceitam sua jurisprudência (Estados partes do seu Estatuto), e derivam da lei internacional – derivada de tratados ou convenções – do costume internacional e dos princípios do direito.¹⁷

Á propósito, o ilustre Jurista e atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, LUÍS ROBERTO BARROSO, sobre um caso julgado pela Corte Internacional de Justiça em comentário ao inciso X- concessão de asilo político, do artigo 4º da Carta Federal do Brasil, no caso Colômbia versus Peru em 1950, preleciona¹⁸:

JUR INTERNAC: Em julgado ambíguo, e que de certa forma não se harmoniza com a tradição latino-americana, assim se pronunciou a Corte Internacional de Justiça, no caso Colômbia versus Peru (1950): a decisão de conceder asilo diplomático retira o acusado da jurisdição do Estado de origem, pelo que interfere com o exercício de sua soberania. Para que esta derrogação de soberania seja reconhecida como internacionalmente válida, é preciso estabelecer o seu fundamento legal em cada caso(ICJ Rep.266) Naquele caso, o Corte não reconheceu como legítimo o asilo concedido no Peru, pela Embaixada da Colômbia, ao líder político perseguido, Haya de La Torre.

Imperioso, é o conhecimento sobre essa importante Corte Internacional de Justiça, que mesmo com suas limitações tem realizado suas funções, dentro dos limites ora consignados e propósitos mencionados.

Além desse órgão, tem-se também o Tribunal Penal Internacional- TPI, que vem a ser:

uma corte permanente e independente que julga pessoas acusadas de crimes do mais sério interesse internacional, como genocídio, crimes

¹⁷ <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/o-que-e.html>, datado de 12/09/13.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada/** notas de doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14.

contra a humanidade e crimes de guerra. Ela se baseia num Estatuto do qual fazem parte 106 países.

O TPI é uma corte de última instância. Ele não agirá se um caso foi ou estiver sendo investigado ou julgado por um sistema jurídico nacional, a não ser que os procedimentos desse país não forem genuínos, como no caso de terem caráter meramente formal, a fim de proteger o acusado de sua possível responsabilidade jurídica. Além disso, o TPI só julga casos que ele considerar extremamente graves.

Em todas as suas atividades, o TPI observa os mais altos padrões de julgamento justo, e suas atividades são estabelecidas pelo Estatuto de Roma. ... O Tribunal é uma instituição independente. Embora não faça parte das Nações Unidas, ele mantém uma relação de cooperação com a ONU. O Tribunal está sediado na Haia, Holanda, mas pode se reunir em outros locais. ... O Tribunal pode exercer jurisdição sobre genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Estes crimes estão definidos em detalhes no Estatuto de Roma. O Tribunal possui jurisdição sobre os indivíduos acusados destes crimes (e não sobre seus Estados, como no caso da CIJ). Isto inclui aqueles diretamente responsáveis por cometer os crimes, como também aqueles que tiverem responsabilidade indireta, por auxiliar ou ser cúmplice do crime. Este último grupo inclui também oficiais do Exército ou outros comandantes cuja responsabilidade é definida pelo Estatuto.

O Tribunal não possui jurisdição universal.¹⁹

Também o Tribunal Penal Internacional encontra suas restrições no âmbito de atuação, com limitações de funções e competência.

4 DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Um dos diplomas universais mais importantes da humanidade vem a ser a Declaração Universal dos Direitos Humanos firmada em 10 de dezembro de 1948 na Assembléia Geral das nações Unidas, sendo o Brasil um dos vários países signatários.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 contém preâmbulo e trinta artigos consagrando direitos fundamentais como a vida, liberdade, propriedade, respeito entre os povos, justiça, paz social, dentre outros, primordiais á humanidade num todo.

¹⁹ <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Tribunal-Penal-Internacional/o-que-e.html>, datado de 12/09/13.

Em seu preâmbulo já consagra direitos e garantias fundamentais,
verbis:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, **Considerando** essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral proclama:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Esse inegável documento universal transcende ao mundo que desde a sua elaboração até momentos atuais encontra vigência e aplicabilidade, sendo que vários países além de signatários da mesma, também incorporaram e consagraram tais direitos, garantias e prerrogativas em seus respectivos países em suas cartas Políticas, dentre eles o Brasil.

Sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem o notável Jurista e Professor RENÉ ARIEL DOTTI, preleciona:²⁰

Prefácio

Não foi por acaso que a Organização das Nações Unidas proclamou, no dia 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem. A inesquecível herança do genocídio, como milhões de vítimas e a destruição de valores morais e espirituais da Humanidade foram, entre outras, as consequências trágicas da 2ª Guerra Mundial, provocada pelo delírio da conquista de povos, pelo programa de destruição racial e pelas doutrinas totalitárias do nazi-fascismo. Para substituir a chamada Liga das nações, dezenas de países criaram a Organização das Nações Unidas(ONU), tendo como objetivos fundamentais: a) manter a paz e a segurança internacionais; b) promover relações amistosas entre os Estados; c) funcionar como centro polarizador de diálogo e de aproximação entre as nações e os povos para a solução de problemas internacionais de natureza econômica, social, cultural e política; d) efetivar o respeito aos direitos humanos.

Claramente, percebe-se sobremaneira a crucial importância da declaração dos direitos humanos, onde países num pós-guerra necessitavam consagrar direitos, por conseguinte respeitá-los, objetivando a preservação da humanidade e paz entre os povos.

5 CONCLUSÃO

Ao abordarmos o direito de integração, verificamos que vem a ser o direito que emergiu do convívio entre os povos, entre as nações, entre as pessoas face ao intercâmbio de usos, costumes, aspectos educacionais, sociológicos, políticos, econômicos, culturais, formando um direito que integra as pessoas de diferentes nações, mas que algo os integra, o mundo.

Imperioso no direito comunitário vem a ser o respeito nas relações internacionais, bem como nos órgãos internacionais como a ONU- Organização das Nações Unidas, Cortes Internacionais e demais organismos propiciando melhor adequação aos problemas inerentes e aplicáveis.

²⁰ DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem 50 anos** e notas da legislação brasileira. Curitiba: J.M, 1998, p. 1.

Além do mais, a globalização do mundo, com a tecnologia que trouxe imensos avanços ao planeta, propiciando às pessoas e nações maior integração, no momento em que as pessoas conversam, trabalham, estudam tanto pessoalmente, de forma presencial como à distância, esta última que outrora não se imaginava, hoje é mais que uma realidade.

Por conseguinte, emerge melhor proteção e segurança aos povos, onde o direito tem como função precípua regular as normas de conduta, negociais e institucionais e no âmbito internacional sejam elas de cunho público ou privado, objetivando sempre a preservação dos direitos, bem como as soluções dos conflitos.

Nesse diapasão, a segurança jurídica é mais do que nunca almejada para regular os comportamentos humanos e entre os Estados, organismos internos e externos públicos e privados.

Nessa senda, Brasil e Argentina, países substanciais do Mercosul têm papel preponderante nesse crescimento, cujos tratados, pactos, convenções, Tribunais constituídos fortalecem sobremaneira esse Mercado Comum da América do Sul.

O almejado Tribunal Supranacional ainda não se faz constituído, porém já encontra seus contornos nos doutrinadores e nas manifestações como ocorreu com a Corte Suprema de La Justicia (Órgão Máximo de Justiça na Argentina) com o Primeiro Encontro de Cortes Supremas do Cone Sul em 1991, bem como a Conferência das Nações Unidas denominada Rio +20 ocorrida em junho/12, no Brasil, no Rio de Janeiro sobre Desenvolvimento Sustentável, em que vários países pregaram a preocupação com o planeta e sua preservação para as futuras gerações.

Contudo, a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional são importantes Órgãos no mundo, ambos com sede em Haia na Holanda, que mesmo com suas restrições e limitações em suas respectivas atribuições têm realizado fundamentais contribuições nos julgamentos que

lhes são afetos, demonstrando ao Mundo a necessidade da Integração, cuja aplicação do direito em cada caso concreto tem demonstrado a preocupação com os Direitos Humanos e pacificação social.

Por fim, firme e coeso o Estado Democrático de Direito torna-se cada vez mais solidificado no fortalecimento das instituições no mundo, cuja segurança jurídica vem a ser imprescindível nesse processo de integração.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Constitución Nacional**: antecedentes históricos, tratados y convenciones sobre derechos humanos y nota de doctrina sobre reformas de La constitución nacional, Buenos Aires, La Ley, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**/ notas de doutrina, legislação e jurisprudência. 3ª ed.amplamente rev. e atual. até Emenda Constitucional 31/00.São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORTE Internacional de Justiça. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/o-que-e.html>. Acessado em: 12/09/13.

DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem 50 anos** e notas da legislação brasileira. Curitiba: J.M. Editora, 1998, página 1.

ROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio C. **Derecho Comunitário**. 2. ed. Buenos Aires: Sistemas de Integracion Regimen Del Mercosur, 1996.

SCHIJMAN, Jorge Horacio. Justiça nos processos de integração. **Boletín de La Universidad Del Museo Social Argentino**. Buenos Aires, ano 81, dic./2006, p.05-17.

TRIBUNAL Penal Internacional. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Tribunal-Penal-Internacional/o-que-e.html>. Acessado em: 12/09/13.

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL SEM GARANTIA DO JUÍZO? POSSIBILIDADE?

Jorge de Oliveira Vargas

Mestre, Doutor e Pós doutor pela Universidade Federal do Paraná, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas e professor na Emap.

.

RESUMO

Este artigo irá tratar da possibilidade do oferecimento de embargos à execução fiscal sem garantia do juízo, apesar da exigência do § 1º do art. 16 da Lei 6.830, com enfoque no art. 5º, XXXV da Constituição Federal que garante o amplo acesso aos tribunais.

Palavras-chave: embargos; execução fiscal; garantia do juízo; dispensabilidade.

ABSTRACT

This article will treat about the possibility of the offering of stay of tax execution without guaranteeing the court, despite the requirement of §1º from the article 16 of the Law nº 6.830, with focus on the 5th. article of the Federal Constitution that guarantees the the ample access to the courts.

Keyword: embargo; tax execution; cause guarantee; dispensability.

O § 1º do art. 16 da Lei n. 6.830, que dispõe sobre a cobrança judicial de Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências, preceitua que não são admissíveis embargos do executado antes da garantia a execução.

Nesse mesmo sentido era o Código de Processo Civil antes da Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, quando dispunha, no art. 737, que “não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: I – pela penhora, na execução por quantia certa; II – pelo depósito, na execução por quantia certa.; quando então os embargos eram sempre recebidos com efeito suspensivo, conforme § 1º do art. 738.

Acontece que com a referida lei, agora, conforme dispõe o art. 736 do Código de Processo Civil: “O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”, entretanto, em regra, conforme previsto no art. 739-A do mesmo diploma, os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

Em relação ao efeito suspensivo dos embargos há o Recurso Especial n. 1.272.827 – PE (2011/0196231-6), da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 22 de maio de 2013 que, superando a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp n. 1.178.883 – MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp. 1.283.416 – AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 – PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011, entendeu pela aplicabilidade do art. 739-A, 1º, do CPC (com redação dada pela Lei 11.382, mencionada) às execuções fiscais, portanto, para que os embargos do devedor, nessas ações, tenha efeito suspensivo há necessidade de garantia da execução e análise do juiz a respeito da relevância da argumentação (*fumus boni juris*) e da ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação (*periculum in mora*).

A posição superada é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. Efeito suspensivo a embargos à execução fiscal. Inaplicabilidade do art. 739-A do CPC.

O art. 739-A do CPC, que nega aos embargos do devedor, como regra, o efeito suspensivo, não é aplicável às execuções fiscais. Em primeiro lugar, porque há disposições expressas reconhecendo, ainda que indiretamente, o efeito suspensivo aos embargos nessas execuções (arts. 19 e 24 da Lei 6.830/80 e art. 53, § 4º da Lei 8.212/91). E, em segundo lugar, porque a mesma Lei 11.362/06 – que acrescentou o art. 739-A ao CPC (retirando dos embargos, em regra, o efeito suspensivo automático)-, também alterou o art. 736 do Código, para retirar desses embargos à exigência da prévia garantia de juízo. O legislador, evidentemente, associou uma situação à outra, associação que se deu também no § 1º do art. 739-A: a outorga de efeito suspensivo supõe, entre outros requisitos, “que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. Ora, ao contrário do que ocorre no CPC, no regime da execução

fiscal, persiste a norma segundo a qual “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução” por depósito, fiança ou penhora (art. 16 § 1º da Lei 6.830/80).

Recurso especial improvido (REsp. n. 1.178.883 – MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011).

Existem, portanto, dois sistemas, um em que é obrigatória a garantia do juízo para interposição de embargos e aí terão eles automaticamente efeito suspensivo, e o outro que também se exige a garantia do juízo e mais os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora para a suspensão da execução, mas por outro lado admite o oferecimento dos embargos sem garantia do juízo.

Se os embargos na execução fiscal, apesar da exigência da garantia do juízo, não suspendem automaticamente a execução, com base na nova sistemática trazida pela Lei n. 11.382, de 6-12-2006, também, com base nessa mesma lei, há de se admitir o seu oferecimento independentemente dessa garantia.

Não se pode aplicar referida lei em favor da fazenda pública só na parte que lhe favorece, a lei deve ser aplicada por inteiro.

Mas existem outros aspectos a analisar a respeito, como o da insuficiência econômica para oferecer garantia do juízo e garantia insuficiente.

É o caso do contribuinte hipossuficiente economicamente.

Nesse aspecto assim tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEF SOBRE O CPC.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de oposição de Embargos à Execução Fiscal sem garantia do juízo nos casos de devedor hipossuficiente.

2. “Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 – artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos – não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal” (Resp 1.272.827/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 31.5.2013).

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.516.732 – TO (2015/0036592-9). Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, unânime. DJe: 05/08/2015.

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DAS LEIS.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Discute-se nos autos a possibilidade de oposição de embargos à execução fiscal sem garantia do juízo pelo beneficiário da justiça gratuita.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a garantia do pleito executivo fiscal é condição de procedibilidade dos embargos de devedor nos exatos termos do art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80.

4. O 3º, inciso VII, da Lei n. 1.060/50 não afasta a aplicação do art. 16, § 1º da LEF, pois o referido dispositivo é cláusula genérica e visa à isenção de despesas de natureza processual, não havendo previsão legal de isenção de garantia do juízo para embargar. Ademais, em conformidade com o princípio da especialidade das leis, a Lei de Execuções Fiscais deve prevalecer sobre a Lei n. 1.060/50.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.437.078 – RS (2014/0042042-7). Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, unânime. DJe 31/03/2014.

Aparentemente contraditória a posição do Superior Tribunal de Justiça relativamente ao princípio da especialidade das leis. Esse princípio é afastado quando se trata da suspensão automática da execução quando oferecidos os embargos com garantia do juízo, fazendo aí prevalecer as regras do CPC; no entanto, quando o CPC autoriza o oferecimento dos embargos sem garantia do juízo aí o princípio prevalece. Ou esse princípio prevalece para ambas as situações, ou para nenhuma.

Todos sabemos que os embargos do devedor se constitui numa ação autônoma de conhecimento e da possibilidade do contribuinte utilizar-se, para sua defesa, também de uma ação anulatória do crédito tributário, para a propositura da qual não há necessidade de garantia do juízo. Ora, se ambas as ações podem ter o mesmo objetivo, não se justifica a exigência da garantia do juízo nos embargos, já que os mesmos não mais têm efeito suspensivo automático.

Outro aspecto interessante a respeito do tema é também a desnecessidade de garantia do juízo para o oferecimento de exceção de pré-executividade. Conforme dispõe a Súmula 393/STJ “a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”. Ora, então, a necessidade de garantia do juízo fica reduzida a questão de provas? É a necessidade de se produzir provas que exige a garantia do juízo?

E o princípio constitucional de amplo acesso aos tribunais, consagrado no art. 5º XXXV da Constituição Federal? Se o contribuinte não possuir bens para garantir o juízo não pode se defender através dos embargos do devedor? Essa seria uma interpretação conforme a Constituição?

Sobre a hipótese da garantia do juízo ser insuficiente, cabe destacar a lição de Leandro Pausen, citada no REsp 1127815/SP da relatoria do Ministro Luiz Fux, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

"Caso o devedor não disponha de patrimônio suficiente para a garantia integral do crédito exequendo, cabe-lhe comprovar inequivocamente tal situação. Neste caso, dever-se-á admitir os embargos, excepcionalmente, sob pena de se violar o princípio da isonomia sem um critério de *discrímen* sustentável, eis que dar seguimento à execução, realizando os atos de alienação do patrimônio penhorado e que era insuficiente para garantir toda a dívida, negando ao devedor a via dos embargos, implicaria restrição dos seus direitos apenas em razão da sua situação de insuficiência patrimonial. Em palavras simples, poder-se-ia dizer que tal implicaria em garantir o direito de defesa ao "rico", que dispõe de patrimônio suficiente para segurar o Juízo, e negar o direito de defesa ao "pobre", cujo patrimônio insuficiente passaria a ser de pronto alienado para a satisfação parcial do crédito. Não trato da hipótese de inexistência de patrimônio penhorável pois, em tal situação, sequer haveria como prosseguir com a execução, que restaria completamente frustrada." (Leandro Paulsen, in *Direito Processual Tributário, Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência*, Ed. Livraria do Advogado, 5ª ed.; p. 333/334)

E, finalmente é de se destacar ainda as restrições do trabalho do Curador Especial no processo de execução fiscal, diante dessas limitações mencionadas.

São estas algumas questões a respeito do tema, que entendo merecerem nossa reflexão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recurso especial improvido (REsp. n. 1.178.883 – MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011).

PAULSEN, Leandro. **Direito Processual Tributário, Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.437.078 – RS (2014/0042042-7). Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, unânime. DJe 31/03/2014.

A SÚMULA 478 DO STJ À LUZ DO JUÍZO UNIVERSAL LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Antonio Augusto Cruz Porto

Advogado. Professor da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor da EMAP/PR. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pela PUC/PR e pela Escola Ministério Público do Paraná - Estado Democrático de Direito - Área de Concentração: Direito Processual Civil. Possui formação especializada em Teoria Crítica de Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha-Espanha.

RESUMO

Partindo de sucinta análise dos precedentes judiciais dos quais resultou a Súmula nº 478, do Superior Tribunal de Justiça, pretende-se ampliar o horizonte de aplicação do primeiro preceito dela extraído, no sentido de que, regra geral, o crédito condominial deteria intrínseca primazia em relação ao crédito hipotecário. Nesse contexto, aborda-se especificamente a hipótese em que o crédito do condomínio põe-se em confronto com o crédito hipotecário, situações nas quais há concurso de credores sobre o mesmo bem indivisível, porém com a qualificadora de o credor hipotecário estar submetido a procedimento administrativo de liquidação extrajudicial, normativamente regido pela Lei 6.024/74. Como conjectura de resolução de antinomias, pautando-se na competência universal *prima facie* do Liquidante para aferição e habilitação dos créditos incidentes sobre a Massa, propõe-se a atribuição de conceitos utilitaristas para definir, nos casos concretos, tais e quais créditos deveriam gozar de prevalência no produto da arrematação do imóvel hipotecário, considerando-se a ideia geradora de maior benefício coletivo.

Palavras-chave: Concorrência de credores; liquidação extrajudicial; competência universal.

ABSTRACT

From the brief analysis of judicial precedent resulting in the Abstract n. 478, of the Superior Court, seeks to expand the horizon of application of the first precept of it mined in the sense that as a general rule, the condominium credit deter intrinsic primacy in relation to mortgages. In this context, specifically addresses the hypothesis that the credit condo puts you in confrontation with the mortgage, there are situations in which lenders bid on the same indivisible good, but with the qualifier of the mortgagee be subjected to procedure administrative liquidation, normatively governed by Law 6.024/74. How conjecture resolution of antinomies, basing itself on universal jurisdiction Liquidator for the scouting and qualification of incidents on Massa credits, we propose the allocation of utilitarian concepts to define, in specific cases, such and such credits should enjoy prevalence in the mortgage product auction property, considering the idea of generating greater collective benefit.

Keywords: Competition from lenders; extrajudicial liquidation; universal jurisdiction.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Não são raros os debates judiciais envolvendo a ordem classificatória de preferência dos créditos nos procedimentos concursais de credores. A importância do tema sustenta-se justamente no fato de que gradação escalonada dos credores de acordo com a natureza jurídica do crédito pode permitir que, de um lado, aquele que se encontre em posição legal de superioridade receba sua cota-parte em momento precedente àquele que reside alocado em grau inferior. Em outras palavras: ela (a ordem) vai determinar, no mais das vezes, *quem recebe e quem não recebe* nos procedimentos concursais.

A razão da relevância aumenta especialmente quando se está a tratar de montantes devidos *a* ou *por* sociedades empresárias em regime falimentar ou de liquidação extrajudicial - caso, a propósito, das instituições financeiras em situação de insolvência, que se submetem à Lei 6.024/1974 -, quando *não receber com prioridade* pode significar simplesmente *não receber*. Em tais hipóteses, sobreleva-se a proeminência do exame acerca da ordem classificatória dos credores das entidades insolventes, motivo pelo qual os doutrinadores e os Tribunais têm se ocupado corriqueiramente com o estudo da ordem preferencial de créditos nos concursos judiciais.

Dentre as inúmeras alterações levadas a crivo do Poder Judiciário, toca influência ao objeto deste estudo a aplicação do verbete estatuído pela Súmula 478, do Superior Tribunal de Justiça, que apontou ter preferência o crédito derivado das cotas condominiais em relação ao crédito de natureza hipotecária. Por meio da orientação sumulada, goza de antecedência o Condomínio na execução da contribuição não quitada pelo condômino em detrimento do credor hipotecário da unidade imobiliária autônoma em referência, cuja garantia real cede, ao menos em parte, em prol da obrigação *propter rem* que vincula o crédito condominial.

Considerando-se que os símbolos linguísticos estampados na dicção sumular não contemplam todas as hipóteses de aplicação (a extração da norma é casuística), procurar-se-á ampliar o foco do debate no intuito de avaliar *se e quando* o crédito hipotecário poderá antecipar-se ao crédito do Condomínio, notadamente nas situações envolvendo a repatriação de valores às entidades em liquidação extrajudicial, cuja recuperação do ativo objeto de garantia real servirá de alocação de recursos para o pagamento de seus respectivos credores extraconcursais (colaborativos, funcionários, prestadores de serviço etc.), os quais, em proposição aqui articulada, poderão gozar de prerrogativa extraordinária, sobrepondo-se inclusive ao próprio crédito derivado das contribuições condominiais inadimplidas.

A problemática que se intenta perscrutar é a seguinte: se a instituição financeira em regime de liquidação extrajudicial for utilizar os recursos angariados com o produto da arrematação do imóvel hipotecado para pagamento de credores com dotação classificatória excepcional - que se anteponha, *in casu*, aos créditos de natureza *propter rem* - poderá usufruir de preferência no concurso com o Condomínio?

Ainda: o fato de a Massa Liquidanda, em protesto por preferência incidental à execução do Condomínio, conseguir comprovar que a recuperação daquele ativo servirá, *in concreto*, ao pagamento do seu passivo especial e extraconcursal (por exemplo, credores acidentários trabalhistas posteriores à liquidação, remunerações devidas ao Liquidante ou a funcionários da Entidade etc.) ensejaria a possibilidade de mitigação da incidência do enunciado sumular em benefício de uma coletividade maior de credores, sob o ponto de vista do utilitarismo (maior bem-estar coletivo)? A competência universal da liquidação extrajudicial seria apta a implicar a imputação do produto da arrematação do imóvel hipoteca unicamente à Massa?

Ausente o objetivo persuasivo, o presente artigo propõe-se fundamentalmente a instaurar o debate, de modo que se o estrutura em três capítulos centrais. Inicialmente, restringe-se o campo de análise do direito preferencial fundamentalmente ao estudo semântico-finalístico da súmula nº 478, do Superior Tribunal de Justiça, circunscrevendo o panorama referencial às áreas condominial e hipotecária.

A partir desses parâmetros e limitando-se o olhar às situações envolvendo as instituições financeiras em situação de liquidação extrajudicial, intui-se ponderar se, nas conjecturadas proposições de haver utilização do produto derivado do crédito hipotecário para quitação de credores excepcionais da Massa Liquidanda, poderia o credor hipotecário preferir ao credor condominial. Ao depois, sugere-se a ideia de avaliar uma concepção utilitarista, em vista de, no caso concreto, impor-se desnudar o maior benefício coletivo na apuração da gradação da classificação da preferência em concurso de credores como critério balizador da ordenação preferencial, sem descuidar das gradações impostas pela legislação de regência.

2 RESTRIÇÃO DA ABORDAGEM: CRÉDITO CONDOMINIAL VERSUS CRÉDITO HIPOTECÁRIO, SOB A ÓTICA DA SÚMULA 478-STJ

A origem histórico-jurídica do enunciado nº 478 do Superior Tribunal de Justiça advém da pacificação jurisprudencial a respeito da precedência do crédito condominial em relação ao credor hipotecário, nas hipóteses em que se observe a existência de concurso especial de credores no caso concreto.

Comumente essa questão foi posta à análise do Poder Judiciário, circunscrevendo, no mais das vezes, à seguinte quadratura fática - ora conjecturada como pano de fundo: (i) o proprietário de determinada unidade

imobiliária em condomínio (edilício ou horizontal) descumpre um de seus deveres legais²¹, consubstanciado no adimplemento das contribuições financeiras para fazer frente às despesas do Condomínio, na proporção de sua fração ideal ou dentro daquilo que previamente estipulou a respectiva Convenção; (ii) o Condomínio, exercendo a capacidade judicial que lhe é outorgada pelo artigo 12, inciso IX, do Código de Processo Civil, inicia a demanda pela cobrança das cotas em atraso, constringindo por meio de penhora, lavrada em fase de cumprimento da sentença, a unidade imobiliária do condômino-devedor; (iii) ato contínuo, em cumprimento ao disposto no artigo 698, do Código de Processo Civil, intima-se o credor com garantia real hipotecária - que não é parte no processo, mas que conserva sobre o bem um dos feixes de faculdades do proprietário -, dando-lhe a oportunidade de protestar pela preferência do seu crédito no concurso então inaugurado; (iv) posteriormente, instaurado o concurso especial de credores, passa-se ao debate acerca da gradação preferencial dos créditos de acordo com a sua respetiva natureza jurídica, já que inexistente, *a priori*, discussão a respeito da ordem das prelações (penhoras), restringindo-se a apuração judicial unicamente sobre os direitos *in natura* de preferência dos credores, nos termos indicados no artigo 712²², do Código de Processo Civil.

Araken de Assis, a propósito, aborda esta espécie de concurso especial de credores a partir de dois pressupostos fundamentais: “a pluralidade de gravames (penhoras simultâneas ou sucessivas sobre idêntico bem, ou penhora(s) sobre bem gravado com direito real de garantia), e, conseqüentemente, concorrência de credores; e a presumida solvência do executado”.²³ Denota-se, portanto, a existência de dois fatores importantes

²¹ Art. 1.336, do Código Civil: São deveres do condômino: I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção.

²² Artigo 712, do Código de Processo Civil: “Os credores formularão as suas pretensões, requerendo as provas que irão produzir em audiência; mas a disputa entre eles versará unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora.”

²³ ASSIS, Araken de. **Concurso Especial de Credores no CPC**. São Paulo: RT, 2003. p. 152.

para a aferição da relação concorrencial de credores: um, de natureza objetiva, se consubstancia no pluralismo de constrições sobre determinada unidade imobiliária; e, o segundo elemento, de natureza subjetiva, caracteriza-se pela pressuposta solvabilidade do devedor-executado²⁴.

À primeira vista, portanto, quando existirem sucessivas penhoras recaindo sobre o mesmo bem imóvel, regra geral estabelece-se a graduação da preferência pela ordem cronológica da constrição²⁵, salvo se houver título conferindo antecedência legal a um dos credores, adotando-se, em nosso sistema, o princípio *prior tempore potior jure* em relação à execução singular.²⁶

Vale lembrar que o ato processual de que deriva a penhora é manifesto individualizador dos bens do devedor, cujo patrimônio serve à garantia da solvabilidade dos débitos contraídos no mercado. É assim que, “com a penhora, particulariza-se, dentre os bens que compõem o patrimônio do executado, aquele sobre o qual recairão os atos de expropriação, realizados com a finalidade de satisfazer o direito do exequente”²⁷.

Nessa quadratura, o Superior Tribunal de Justiça, ao deflagrar interpretação aos dispositivos legais pertinentes à espécie - notadamente a

²⁴ Este segundo requisito guarda relevância extrema porquanto, uma vez insolvente o devedor, haverá instauração de concurso de credores perante o juízo universal da falência, para o qual deverão seguir todos os credores do falido.

²⁵ Símile hipótese também pode ser verificada, em simetria, quando existir execução individual do credor hipotecário tramitando em paralelo à demanda proposta pelo Condomínio, situação na qual ambas as penhoras podem recair sobre a mesma unidade imobiliária, implicando então o concurso de credores em busca de um mesmo bem imóvel, individualizado pelas constrições processuais cumuladas.

²⁶ “No direito brasileiro, adotou-se, em relação à execução singular, o princípio *prior tempore potior jure*, em oposição ao princípio da *par conditio creditorum*. Diante disso, tem preferência o credor em cuja ação de execução se realizar em primeiro lugar a penhora sobre o bem do executado. A penhora, assim, cria, para o exequente, perante os demais credores quirografários, direito de preferência sobre o produto da alienação do bem penhorado (arts. 612, 613 e 712 do CPC), salvo se houver título legal à preferência (art. 711 do CPC).” MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo civil moderno**: processo de Execução e Cumprimento de Sentença. v. 3. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 147.

²⁷ MEDINA, op. cit., p. 147.

circunscrição fático-processual delineada pelo artigo 711,²⁸ do Código de Processo Civil -, ponderou que o crédito condominial detém intrínseca primazia ao crédito hipotecário, independentemente da ordem das prelações e a despeito da existência do título legal ensejador da garantia real imobiliária. Da estratificação da jurisprudência resultou o verbete sumulado.

Assim, elencou-se como motivo jurídico da prevalência a natureza *propter rem*: o crédito condominial tem vinculação à coisa e não à pessoa do proprietário, tanto por isso segue a respectiva unidade independentemente da relação anterior na qual se formou. O liame é do Condomínio com a coisa e não com o dono da coisa, sobrelevando aspecto funcional das cotas condominiais dirigidas à guarda e conservação da bem imóvel.

Há, sem dúvida, certa dose de consequencialismo no direcionamento do produto da arrematação imobiliária, ao passo que, segundo se denota dos argumentos traçados como linha-base das decisões judiciais, a conservação do imóvel resulta na preservação da própria garantia do credor hipotecário²⁹, quando não implicará, às vezes, elevação do importe qualitativo do bem no mercado imobiliário, sobrelevando o valor de avaliação da coisa por conta da repatriação de quantia voltada à manutenção do imóvel. O contrário também se tornaria verdade: caso o condomínio deixe de recuperar a cota-parte em benefício do crédito hipotecário, importará certamente na diminuição dos recursos condominiais destinados à preservação do imóvel, minorando, em consequência, seu valor de mercado.

Costumeiramente, portanto, adotou-se como razão de decidir a ideia de que as “quotas de condomínio dizem respeito à conservação do imóvel, sendo

²⁸ Artigo 711, do Código de Processo Civil: “Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora.”

²⁹ Eis o posicionamento jurisprudencial: “As quotas de condomínio dizem respeito à conservação do imóvel, sendo indispensáveis à integridade do próprio crédito hipotecário, inevitavelmente depreciado se a garantia perder parte do seu valor; pagamento preferencial, nesse contexto, das quotas de condomínio”. (REsp 208.896/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 19/12/2002, p. 361).

indispensáveis à integridade do próprio crédito hipotecário, inevitavelmente depreciado se a garantia perder parte do seu valor; pagamento preferencial, nesse contexto, das quotas de condomínio”³⁰. A partir dessa interpretação, excertada, como todas, necessariamente diante de um caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça e os demais órgãos do Poder Judiciário passaram a encampá-la verticalmente, a despeito da coerência e da interpretação das variadas conjunturas fático-processuais que se punham a crivo.

Utilizou-se o verbete sumular, como se disposição legal fosse, à revelia da interpretação adequada e coerente aos novos conflitos que surgiam, com a preocupação pura de se buscar um conceito primordial fundante que contivesse todas as hipóteses de aplicação, solapando, nas palavras de Lenio Streck, “o elemento hermenêutico que se manifesta em toda a experiência jurídica. Vale dizer, não há manifestação jurídica que não seja, desde sempre, interpretativa”³¹.

A súmula, como sói ocorrer em situações fático-processuais corriqueiras, desvinculou-se dos casos concretos que a originaram e, desde aí, passou a vigorar sozinha, como enunciado pré-formatado, de conteúdo simbólico-normativo, amplo e geral e de caráter formal e abstrato, tal como se disposição legal emanada do Poder Legislativo tratasse.

Convém, assim, ponderar a necessidade de afastamento do verbete sumulado quando a quadratura fática impelir novos anseios às partes litigantes, não emoldurados previamente na dicção enunciativa jurisprudencial. Traz-se analogamente³², como importante regra de avaliação judicial extraída do sistema jurídico derivado da *common law*, o afastamento

³⁰ REsp nº 208.896/RS, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 19/12/02; no mesmo sentido: REsp nº 67.701/RS, Relator o Ministro Costa Leite, DJ de 16/6/97.

³¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 101.

³² Não se desconhece a imanente diferença entre as súmulas e os precedentes derivados do *common law*. As hipóteses de afastamento do preceito sumular são propostas apenas como medida de argumentação do intérprete para, no caso concreto, identificar contornos fáticos que permitam a não incidência do preceito sumulado.

do precedente por meio de técnicas argumentativas fundamentadas e contrastadas a partir da análise conjuntural do caso concreto. Portanto, por meio do chamado *ônus da argumentação*, na técnica de afastamento dos precedentes, o juiz pode solapar a utilização dos julgados anteriores por meio do *distinguishing* e do *overruling*. Na primeira hipótese, evidenciam-se as semelhanças e as dissonâncias fáticas que diferenciam os casos contrastados, permitindo, assim, a segunda hipótese, consistente na rejeição da solução do encontrada no precedente pela possibilidade de, em se adotando, implicar resultado jurídico injusto.³³

Porém, como bem anotam os doutrinadores que primam pela coerência e integridade do Direito, na linha do prescrito por Ronald Dworkin, há de ser avaliada a efetiva *ratio decidendi*³⁴ ensejadora do pressuposto sumular, ou seja, impescinde perscrutar e identificar qual é a efetiva razão jurídica da qual derivou o resultado do julgamento. Com base nisso, apoiando-se naquilo que os julgadores ponderaram a respeito dos casos concretos, poder-se-á atribuir novo(s) sentido(s) ao verbete sumular, desmistificando a ideia de que o texto por si só conteria a essência da aplicação do direito, quando a verdade é a de que é da interpretação casuística que se extrai o conteúdo semântico-jurídico do texto legal.³⁵

³³ Ibidem, p. 112.

³⁴ A *ratio decidendi* “configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou”. Ibidem, p. 43.

³⁵ Segundo pondera Eros Roberto Grau, o Direito é um fenômeno alográfico, porquanto o texto legal apenas ganha completude a partir da extração, pelo intérprete autêntico, de seu conteúdo normativo: “O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressa é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo distinto do texto. É a norma. (...). A interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83.

Por assim dizer, o juiz, ao deparar-se com circunstância fática não necessariamente enquadrada nas linhas-mestras que deram origem à formação sumular, pode - e deve, porque não vinculativo - afastar motivadamente a adstrição do caso à súmula e criar, fundamentadamente, outra sugestão resolutiva.

Nesse sentido, antepõe-se a utilização do critério definido pelo *juízo universal da liquidação extrajudicial* como instrumento balizador da aplicação da súmula nº 478 do Superior Tribunal de Justiça, especialmente nas situações em que se defrontar com a existência de crédito hipotecário pertencente a entidades bancárias sob regime especial de intervenção estatal, cujo procedimento de realização do ativo implica o pagamento de uma indistinta universalidade de credores, obedecendo-se a *par conditio creditorum*.

3 O CRÉDITO HIPOTECÁRIO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E O PAGAMENTO DOS CREDITORES

O concurso de credores pode ser estabelecido de diversas formas. Como panorama genérico, porém, conota-se-o à existência de uma pluralidade de credores em relação a um mesmo devedor, podendo, em suposição, configurar-se pela multiplicidade de penhoras incidentes sobre um único bem imóvel, por exemplo.

Para resolução dessa ambivalência paralela de credores, a legislação indica alguns critérios balizadores, ora convergindo à análise acerca da natureza do crédito submetido à prevalência (sentido material), ora avaliando cronologicamente o momento em que o exercício do direito de crédito resultou a individualização do bem objeto da concorrência, no âmbito da prelação das penhoras (sentido formal).

No regime falimentar, porém, à vista da especial situação na qual se encontra o devedor, a legislação pressupõe que o recebimento de valores respeite a formação de um quadro geral de credores, obedecendo-se a uma ordem escalonada de créditos como forma de equalizar ordeiramente o recebimento dos montantes pelos credores. Desta forma, instaurado o procedimento falimentar, passa-se à fase de realização do ativo da Entidade como anteposto ao pagamento do passivo, seguindo-se uma hermética ordem de pagamento.

Nesse aspecto, referenciando-se essencialmente as hipóteses em que o devedor se encontra em situação especial de regime falimentar - ou de liquidação extrajudicial, *in casu* -, a depender da origem formativa da relação material cristalizada entre os sujeitos, a Lei de Falências e Recuperação categoriza a classificação dos créditos, nos termos do artigo 83, na seguinte hierarquização: (i) créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; (ii) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; (iii) créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; (iv) créditos com privilégio especial; (v) créditos com privilégio geral; (vi) créditos quirografários; (vii) as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; e (viii) créditos subordinados.

Há créditos que, por expressa previsão legal, conservam natureza de extraconcursais, ou seja, independem da disputa plural entre os demais credores por guardarem distinção imanente. São eles os indicados no artigo 84 da Lei 11.101/2005, admitindo-se a não concorrência com os demais credores os casos de: (i) remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da

falência; (ii) quantias fornecidas à Massa pelos credores; (iii) despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência; (iv) custas judiciais relativas às ações e execuções em que a Massa Falida tenha sido vencida; e (v) obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do artigo 67 da Lei 11.101/2005, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no artigo 83 da Lei Falimentar.

Em resumo, são considerados extraconcursais os montantes concernentes ao pagamento aos créditos dirigidos à administração do procedimento falimentar (pósteros, portanto, à decretação do regime concursal), por serviços prestados à Massa ou por despesas decorrentes destes serviços³⁶.

Por outro lado, inexistindo relação prévia entre os concorrentes e o devedor, bem assim não havendo regime falimentar instaurado, a ordem de recebimento dos valores individuais garantidos por um único bem dependerá, regra geral, da prelação das penhoras, ou seja, do momento de averbação da constrição sobre o bem objeto de concurso. Vigem, aqui, o princípio da publicização do ato, garantindo os efeitos jurídicos decorrentes da antecedência na ordem cronológica das constrições. Casos há, porém, em que o critério balizador da preferência do recebimento verte-se à análise acerca da natureza do próprio crédito, sendo este o indicativo prevalente para fins de outorgar ao crédito condominial proeminência em relação ao crédito hipotecário, independentemente das características próprias do regime jurídico da hipoteca.³⁷

³⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 211.

³⁷ Em clássica lição doutrinária: “A hipoteca é o direito real de garantia em virtude da qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura do credor, precipuamente, o

Como preceito principiológico da própria constituição e configuração do instituto, “a finalidade da hipoteca é atingida pelo direito do credor de penhorar o bem gravado, seja quem for seu detentor por qualquer título, e promover sua venda judicial, para se pagar, com preferência sobre outros credores”³⁸. Desta forma, tratando-se a hipoteca de direito real de garantia ao credor, recainte sobre bem imóvel do devedor (ou de terceiro que assim assegure o cumprimento da obrigação principal), acautela-se-o no sentido de que, não quitada a dívida no prazo e nas condições previamente ajustadas, faculta-se-lhe a expropriação do imóvel hipotecado. Assim, “não paga a dívida, cabe ao credor o direito de excutir o bem dado em garantia, para com o produto apurado em praça pagar-se, preferentemente e com exclusão dos outros credores, que só terão direito às sobras, se houver”³⁹.

Para o credor, de outra ponta, também se afigura um importante mecanismo de mitigação de riscos, na medida em que, havendo inadimplência na relação negocial, poderia expropriar a garantia hipotecária, inclusive mediante adjudicação⁴⁰, sobrelevando a possibilidade de satisfação do crédito. Trata-se, pois, de relevante instrumento jurídico-econômico para diminuir os custos de transação e para potencializar a fonte de recuperação do credor.

pagamento de uma dívida. Para o credor é direito provido de sequela e preferência. Para o devedor, ônus real. Para assegurar plena e eficazmente o pagamento da dívida, a hipoteca é considerada indivisível. Significa a indivisibilidade que o ônus real grava a coisa na sua totalidade e em todas as suas partes, pouco importando que seja dividida ou que a dívida seja amortizada”. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 373.

³⁸ Ibidem, p. 374.

³⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito das Coisas**. v. 5. São Paulo: Saraiva: 2002. p. 390.

⁴⁰ “Na adjudicação feita pelo exequente, como regra, não há conversão do bem em dinheiro, pelo que não há falar em depósito em dinheiro (como ocorre na alienação iniciativa particular ou arrematação). Excepcionalmente, o adjudicante tem de depositar o preço, quando houver terceiro com direito de preferência sobre o produto da expropriação. Ilustrativamente: adjudicação requerida pelo cônjuge do executado, existência de credor privilegiado (ex.: hipotecário) ou preferencial (ex.: credor com penhora realizada anteriormente)”. “Permite-se a adjudicação de qualquer bem, e não apenas de imóvel, como constava do texto revogado. Elimina-se, dessa forma, a discussão que havia a respeito da possibilidade de adjudicação de coisas móveis”. SHIMURA, Sérgio. A expropriação na execução por quantia certa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução**. São Paulo: RT, 2008. p. 476-496. p. 479.

Não obstante isso, como regra sumulada, o título de constituição da hipoteca deve ceder ao crédito oriundo de natureza condominial, ante a natureza *propter rem* da cota devida ao condomínio, nos termos da ponderação traçada em tópico precedente.

Pois bem. Referida propensão merece cuidadosa análise casuística, sobretudo nas hipóteses em que o credor hipotecário for instituição financeira sob regime de liquidação extrajudicial, espaço excepcional em que, ela própria, poderá encampar posição de credora hipotecária e de devedora de uma universalidade de credores, detendo estes, mais das vezes, posição igualmente especial na ordem de gradação de recebimento dos seus respectivos créditos.

A liquidação extrajudicial de instituições financeiras rege-se, como dito, pela Lei 6.024/74, aplicando-se-lhe subsidiariamente os preceitos insculpidos na Lei 11.101/2005, como, por exemplo, a gradação classificatória dos créditos. Trata-se a liquidação extrajudicial, conceitualmente, de procedimento administrativo instaurado pelo Banco Central do Brasil - autarquia federal *sui generis*, criada a partir da Lei 4.595/64 - visando a retirar do mercado financeiro aquelas entidades financeiras que não possuírem específicas e peculiares condições de nele operar naturalmente, à vista de inúmeras situações fático-jurídicas avaliadas pelo órgão supervisor do Sistema Financeiro Nacional.⁴¹

⁴¹ Segundo dispõe o artigo 15, inciso I, da Lei 6.024/74, cabe ao Banco Central decretar *ex officio* a liquidação extrajudicial nas seguintes hipóteses: (i) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência; (ii) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais; (iii) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários; ou, ainda, (iv) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores.

Da exegese legal, extrai-se que a liquidação extrajudicial “constitui uma forma de extinção da empresa determinada pelo Estado *ex officio*, ou a requerimento dela própria, quando ocorrerem graves indícios ou evidência de insolvência ou quando lhe for cassada a autorização para funcionar”⁴². Objetiva, assim, a extinção da sociedade empresária, solapando-a do mundo jurídico após a apuração dos ativos e o pagamento do passivo da Massa liquidanda⁴³. Realce-se que o escopo é a finalização da sociedade, mas a liquidação, por si só, não tem esse condão precípua, mormente porquanto norteia a interrupção das atividades da instituição financeira em crise, não importando na “extinção da pessoa jurídica, até porque, se cessada a liquidação, poderá a empresa prosseguir nas suas atividades econômicas normais”⁴⁴, desde que visualizadas reais condições para tanto.

No entanto, não se vislumbrando as condições de possibilidade necessárias à manutenção da instituição financeira no mercado bancário, a liquidação extrajudicial volta-se prioritariamente à realização de todo ativo da sociedade, focando, posteriormente à reunião do capital societário, no pagamento de seu passivo, adstringindo-se, no particular, à ordem classificatória de créditos prevista no artigo 83 da Lei 11.101/2005.

Destarte, na visão de Rubens Requião, a liquidação afigura-se “um sucedâneo administrativo da falência”⁴⁵ e, sendo a ela congênere, confluem-se alguns procedimentos e aplicam-se subsidiariamente os preceitos da

⁴² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 202.

⁴³ Mauro Rodrigues Penteado aponta que o termo liquidação referencia o estado jurídico da sociedade sobrevivendo à sua dissolução, assim como também se o permite usá-lo como sinônimo do procedimento instaurado, voluntária ou judicialmente, visando à realização de seu ativo para pagamento do passivo social. PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação das sociedades**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 73.

⁴⁴ TZIRULNIK, Luiz. **Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 66.

⁴⁵ REQUIÃO, op. cit., p. 233.

legislação falimentar⁴⁶, equiparando-se o Liquidante ao síndico (atual administrador judicial da falência) e o Banco Central ao juiz da falência.⁴⁷

Nesse sentido, a função do Liquidante da instituição em insolvência é promover a recuperação dos ativos da Massa, tanto mediante procedimentos administrativos, quanto pela via judicial, competindo-lhe ultimar os negócios pendentes e, a qualquer tempo, onerar ou alienar seus bens, conforme dispõe o artigo 16 da Lei 6.024/74⁴⁸. Dentre os ativos bancários a serem recuperados, por certo, um dos mais relevantes é aquele derivado das garantias hipotecárias constituídas para salvaguardar as mais variadas operações de financiamento bancário, realizadas logicamente antes da instauração do procedimento liquidatório.

Sob esta premissa, em rápida leitura à dicção sumular, poder-se-ia conjecturar que o Banco em liquidação, ao promover os atos judiciais objetivando a expropriação da hipoteca incidente sobre o imóvel, tenderia a perdê-la, ao menos em parte, em benefício do credor condominial, a par da aplicação indistinta da súmula 478 do Superior Tribunal de Justiça. Em tais hipóteses - equívocas, adiante-se - admitir-se-ia repatriar à instituição bancária liquidanda apenas o saldo remanescente derivado do produto da arrematação, deduzidos anteriormente o próprio crédito do Condomínio, ao qual se somam as despesas processuais, os honorários advocatícios e demais consectários da demanda judicial respectiva.

⁴⁶ No entanto, “não há como equiparar a liquidação extrajudicial com a falência, ou com um procedimento administrativo com características de concurso universal, face à tutela que o Estado exerce sobre a instituição financeira, que a subtrai da lei comum através do decreto de liquidação extrajudicial e assim a elimina do mercado, instaurando um procedimento administrativo de liquidação forçada”. TOSETTI, Gian Maria. Da intervenção nas instituições financeiras sob a égide da Lei 6.024/74. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. São Paulo: RT, 1981, nova série, ano XX, nº 41, p. 74-91, jan./mar. 1981. p. 80.

⁴⁷ Reitere-se, contudo, serem institutos distintos e não excludentes a liquidação extrajudicial e a falência.

⁴⁸ Artigo 16: “A liquidação extrajudicial será executada por liquidante nomeado pelo Banco Central do Brasil, com amplos poderes de administração e liquidação, especialmente os de verificação e classificação dos créditos, podendo nomear e demitir funcionários, fixando-lhes os vencimentos, outorgar e cassar mandatos, propor ações e representar a massa em Juízo ou fora dele.”

Contudo, ao proceder-se à acurada leitura dos comandos normativos pertinentes à concorrência de credores no regime falimentar - ou de liquidação extrajudicial, ao qual se lhe aplicam suas regras - denotar-se-á a absoluta impossibilidade de o Condomínio simplesmente sub-rogar-se nos direitos creditórios derivados do produto da arrematação do imóvel hipotecado, fundamentalmente nas hipóteses em que o credor hipotecário estiver submetido ao regime especial de liquidação extrajudicial.

Doravante, nesse contexto, estabelecer-se-ão os nortes de análise dos preceitos normativos aplicáveis ao concurso de credores de entidades liquidandas à luz da ideia do *juízo universal*, indicado analogamente no artigo 762 do Código de Processo Civil, como medida equalizadora da disputa pela primazia entre o crédito condominial e o crédito hipotecário.

4 COMPETÊNCIA UNIVERSAL DA LIQUIDAÇÃO COMO CRITÉRIO PARA ORDENAÇÃO DA PREFERÊNCIA

O procedimento administrativo de liquidação extrajudicial concentra em seu bojo a reunião de todos os credores da Entidade liquidanda, os quais deverão proceder à habilitação dos seus respectivos créditos junto ao Liquidante, nos termos do artigo 22 da Lei 6.024/74.⁴⁹

Muito embora não se exclua do Poder Judiciário eventuais debates a respeito da natureza, classificação ou valor do crédito habilitado⁵⁰, fato é que compete ao Liquidante - e, posteriormente, em sede recursal ao Banco Central - avaliar e julgar administrativamente os montantes habilitados, formando-se assim o quadro geral de credores da instituição em liquidação. A ordem de gradação, como já visto, deverá obedecer ao que dispõe a Lei

⁴⁹ “Se determinado o prosseguimento da liquidação extrajudicial o Liquidante fará publicar, no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação do local da sede da Entidade, aviso aos credores para que declarem os respectivos créditos, dispensados desta formalidade os credores por depósitos ou por letras de câmbio de aceite da instituição financeira liquidanda”.

⁵⁰ Conforme dispõe artigo 27 da Lei 6.024/74.

11.101/2005, porquanto aplicável subsidiariamente à Lei de Liquidação Extrajudicial.

Desta forma, a despeito de não haver, ainda, declaração judicial de insolvência⁵¹, o juízo administrativo da liquidação extrajudicial, sob vigília do Banco Central, é o campo competente para realizar a reunião escalonada dos credores da Massa, analogamente ao que preceitua o artigo 762 do Código de Processo Civil. Não sem razão, a propósito, a lei de liquidação extrajudicial determina a suspensão de todas as ações e execuções movidas em desfavor da Massa⁵², de modo a priorizar a habilitação administrativa e em bloco de todos os credores da instituição, a viabilizar a gestão unilateral dos respectivos pagamentos.

Na conjuntura proposta, desvelam-se dois pressupostos fundamentais à análise do tema delineado: (i) encetado o procedimento de liquidação, deve o Liquidante promover a realização do ativo da Massa para, ao depois, efetuar o pagamento do passivo, em consonância ao Princípio da *par conditio creditorum*; e (ii) todos os credores da Entidade em liquidação devem proceder à habilitação dos seus respectivos créditos perante a Massa, a fim de equalizar-se o quadro geral de credores, seguindo os ditames do artigo 83 da Lei 11.101/2005.

Pois bem. Dentre os ativos da Massa a serem recuperados por meio de ações do Liquidante, agindo em nome da sociedade liquidanda, estão por certo aqueles derivados de título contratual constituidor de garantia hipotecária, cuja repatriação poderá ocorrer tanto por meio ação judicial própria engendrada pela Massa, quanto incidentalmente pela via do protesto judicial em concurso de credores, nos termos do artigo 698 do Código de Processo Civil.

⁵¹ Termo ao qual se refere o artigo 762-CPC: “Ao juízo da insolvência concorrerão todos os credores do devedor comum”.

⁵² Artigo 18 da Lei 6.024/74.

Ademais, os valores recuperados pela Massa Liquidanda deverão compor o montante indivisível de bens da sociedade sob regime especial para, somente após a realização de todo ativo, suceder-se o pagamento do respectivo passivo. Há, pois, de ser preservada a universalidade de credores da Massa liquidanda, cujas habilitações vão sendo paulatinamente concretizadas no decorrer do procedimento administrativo, de modo que todas as quantias incorporadas à Massa deverão ser resguardadas à quitação escalonada dos débitos, às ordens do Liquidante.

Por conta disso, é inegável a impossibilidade de, no concurso de credores hipotecário e condominial, verter-se automaticamente a este último o produto originário da arrematação do imóvel nas hipóteses em que existe regime especial de liquidação extrajudicial de instituição financeira. É que, intuindo preservar a coletividade de credores da Massa, impõe-se a vinculação de todo seu ativo à formação de um extenso repositório de valores que servirão, ao fim e ao cabo, ao pagamento de valores unicamente no bojo do procedimento administrativo liquidatório. Há o que se chama de *vis attractiva* inexorável e indivisível.

Admitir-se, ao contrário, a recepção pelo Condomínio de sua quota parte ato contínuo ao levantamento do produto da arrematação, antes da habilitação perante a Massa e antes da aferição dos demais créditos pelo Liquidante, resultaria manifesta subversão à ordem de pagamentos insculpida na Lei Falimentar, à qual necessariamente deve-se obedecer, a par da vinculação ao *juízo universal* (administrativo) da liquidação extrajudicial. A tanto se conclui pois, *prima facie*, apenas o Liquidante detém a privativa competência para analisar e avaliar as habilitações de crédito e proceder à realização do quadro geral de credores, dentro do qual estarão colacionados todos os montantes devidos pela sociedade empresária em regime especial.

A ótica, portanto, é visivelmente *utilitarista*, voltada à satisfação e ao benefício da universalidade de credores em detrimento do adimplemento sub-rogatório de apenas um deles.

A despeito de haver avaliado o tema com foco na legislação falimentar anterior (Decreto-Lei 7.661/45), o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de manifestar-se sobre situação fática semelhante. A *ratio decidendi* extraída do conteúdo decisório pode ser facilmente identificada e correlacionada ao tema objeto deste estudo, especialmente no sentido de ser direcionado à Massa o produto da alienação do imóvel hipotecado, vedando-se a sub-rogação do Condomínio.

Eis a ponderação judicial: “Apesar de as cotas condominiais classificarem-se como encargos da Massa e, por isso, devam ser pagas de imediato; o produto da arrematação do imóvel que originou o débito condominial não pode reverter automaticamente, isto é, por sub-rogação, para o seu pagamento, pois antes dos encargos da massa devem ser pagos os créditos acidentários, trabalhistas e fiscais”⁵³. Malgrado o Decreto-Lei anterior tenha previsto expressamente a prioridade de alguns créditos em detrimento dos chamados encargos da massa, a lógica jurídica do *decisum* remanesce: não se pode direcionar o produto da alienação do imóvel diretamente ao Condomínio, porquanto a competência universal do juízo falimentar atrai para si todos os créditos devidos à Massa, sem exceção.

Não obstante os importes devidos ao Condomínio detenham característica de serem encargos da Massa, acoplando-se à descrição do artigo 84, inciso III, da Lei de Falências e Recuperação, há de ser preservar a coletividade de credores e a igualdade no recebimento dos créditos, inclusive daqueles nominados extraconcursais. É, destarte, de responsabilidade do Liquidante proceder à correta depuração dos valores recebidos e devidos pela

⁵³ REsp 709497/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 287.

Entidade, bem como prover os respectivos pagamentos segundo as forças financeiras da Massa e disponibilidades em caixa, tanto no que diz respeito à quitação de despesas cotidianas (alheias ao concurso ordinário de credores), quanto no concernente aos créditos já habilitados e inscritos no Quadro Geral de Credores.

Com efeito, ainda, há de se considerar a inexistência de hierarquia formal entre as hipóteses consagradas como encargos da Massa, expressamente descritas no artigo 84 da Lei 11.101/2005. A legislação, a propósito, embora tenha apontado algumas situações casuísticas específicas como referenciais do que seriam os chamados encargos extraconcursais, deixou outras abertas e abstratas, somente passíveis de aferição caso se observe a realidade fática e operacional da Liquidação.

Exemplificativamente: o inciso III do artigo 84 adverte que as despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência seriam despesas extraconcursais, não sujeitas a rateio. Porém, quais hipóteses casuísticas se amoldam a essa cláusula legal? As dívidas condominiais poderiam se encaixar, mas e os honorários do advogado do Condomínio, cujo crédito é somado ao valor principal da taxa condominial? Caso se admita a inclusão total das despesas condominiais juntamente com os honorários, não se estaria a vilipendiar a *par conditio creditorum*, na medida em que todos os demais honorários devidos pela Massa haveriam de ser habilitados perante o Liquidante?

Ademais, se não há hierarquia formal entre os débitos extraconcursais, a quem compete, de acordo com as forças da Massa, realizar as operações diárias de quitação e adimplemento dessas obrigações, inclusive, por exemplo, as remunerações devidas aos auxiliares do Liquidante (ou do Administrador Judicial, no caso da falência), os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a

serviços prestados após a decretação da falência (artigo 84, inciso I, da LFR), ou mesmo as custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida (artigo 84, inciso IV, da LFR)? A competência administrativa universal da liquidação extrajudicial responde, *primo icto oculi*, à pergunta.

Divisa-se, pois, a seguinte conjectura: há dois débitos de natureza extraconcursal para serem quitados, ambos em valores idênticos e razoavelmente elevados. O primeiro refere-se a uma dívida condominial, constituída em momento anterior à arrematação do imóvel em praxeamento judicial, mas incorporada à coisa ante a natureza *propter rem*. O produto da alienação do imóvel hipotecado à instituição financeira em liquidação extrajudicial servirá, uma vez arrecadado pela Massa, para pagamento de débitos acidentários ou trabalhistas constituídos em momento posterior à decretação do regime especial.

O Condomínio, muito embora alegue a natureza extraconcursal de seu crédito, certamente detém outras fontes de receitas, notadamente derivadas das cotas condominiais referentes às demais unidades imobiliárias. Os credores trabalhistas, de outro lado, não. Havendo simples aplicação da súmula 478 do Superior Tribunal de Justiça, sem que os meandros conjunturais sejam devidamente analisados, indubitavelmente ocorrerá subversão à paridade de credores, mesmo entre os de natureza extraconcursal.

Disso resulta, como corolário, que na concorrência entre o crédito condominial e o crédito hipotecário, fundamentalmente quando este último pertencer a sociedade empresária em regime de liquidação extrajudicial (ou falimentar *lato sensu*), é absolutamente vedado ao Condomínio a simples sub-rogação nos direitos creditórios decorrentes do produto da alienação do bem imóvel a fim de receber imediatamente os valores dela decorrentes, impondo-se, em obediência ao juízo universal da liquidação, que a Massa Liquidanda repatrie os valores frutos da expropriação do bem hipotecado

para pagar credores de acordo com as forças e condições econômicas da Massa, notadamente aqueles de maior relevância social - como os de natureza acidentária trabalhista ou derivados da relação de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência.

5 CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

A lógica utilitarista pressupõe que a coletividade de credores seja priorizada em detrimento da concessão de benefícios a apenas um (ou poucos) dos credores da Massa Falida.

Na dualidade antinômica entre os créditos hipotecário e condominial, especialmente em se tratando de repatriação de créditos à Massa Liquidanda (ou Massa Falida), há de se preservar sempre a paridade entre credores de símile estirpe e de idêntica escala classificatória.

Nesse escopo funcional fundamental, a concorrência fático-processual entre o credor hipotecário em liquidação extrajudicial e o credor condominial deve pressupor como premissa básica o direcionamento imediato de todos os valores devidos à sociedade liquidanda para a formação de um manto indivisível de ativos, a partir do qual serão angariados recursos para o pagamento dos respectivos credores da Massa, em atenção a *par conditio creditorum*.

Conjecturar-se, de outro modo, a simples sub-rogação do Condomínio no crédito derivado do produto da alienação de imóvel hipotecado seria permitir, em afronta à legislação de regência, o recebimento antecipado por parte de um dos credores da liquidação em prejuízo de toda uma coletividade de credores, parte dela inclusive também detentora de créditos com natureza extraconcursal.

A atração universal da sede administrativa da liquidação, portanto, impõe a recepção de valores devidos à Entidade sob regime excepcional,

competindo unicamente ao Liquidante estabelecer o correto direcionamento dos pagamentos, obedecendo às ordens e critérios legais de classificação creditória previstas na Lei de Falências e Recuperação, sob pena de afronta ao tratamento paritário e igualitário dos credores postos em idêntica situação fático-jurídica.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Concurso Especial de Credores no CPC**. São Paulo: RT, 2003.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada**. 3. ed. São Paulo, RT, 2005.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo civil moderno: processo de execução e cumprimento de sentença**. v. 3. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação das sociedades**. São Paulo: Saraiva: 2000.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. **Direito das Coisas**. v. 5. São Paulo: Saraiva: 2002.

SHIMURA, Sérgio. A expropriação na execução por quantia certa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução**. São Paulo: RT, 2008. p. 476-496.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TOSETTI, Gian Maria. Da intervenção nas instituições financeiras sob a égide da Lei 6.024/74. **Revista de Direito Mercantil, Industrial,**

Econômico, Financeiro. São Paulo: RT, 1981, nova série, ano XX, nº 41, p. 74-91, jan./mar. 1981.

TZIRULNIK, Luiz. Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

OS TERCEIROS E AS DECISÕES VINCULANTES DO NOVO CPC

Sérgio Cruz Arenhart

Procurador Regional da República. Ex-juiz federal. Mestre e doutor em Direito Processual Civil pela UFPR. Pós-doutor em direito pela Università degli Studi di Firenze. Professor de Direito Processual Civil da UFPR..

1 AS DECISÕES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO

Um dos mais importantes marcos do novo código de processo civil é, sem dúvida, a imposição de observância de certas decisões judiciais. O instituto, que vem sendo chamado de “precedente vinculante” pela doutrina nacional – apelando à prática corrente do direito anglo-americano – impõe que o Judiciário respeite (a dizer, obedeça) algumas decisões tomadas sob certas circunstâncias, porque elas representariam a orientação “definitiva” do Poder Judiciário sobre determinadas questões, sobretudo de direito.

Assim é que o art. 926, do CPC, estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. A seu turno, o art. 927 impõe ao Judiciário nacional a observância de uma série de decisões tomadas em processos, recursos ou incidentes específicos ou ainda com certo *quorum* especial.

A lógica dessa observância compulsória inclui uma tentativa de oferecer maior segurança jurídica e maior previsibilidade às decisões judiciais.⁵⁴ Indiretamente, essas figuras ainda estão atreladas a uma tentativa de acelerar o julgamento de questões repetitivas, dando solução única para elas. Essa intenção é declarada na exposição de motivos do código,⁵⁵ que faz desse objetivo um dos pilares centrais da nova lei.

⁵⁴ V., sobre isso, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, *passim*; *Id.*, *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 59 e ss.; *Id.* *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: RT, 2013, *passim*; MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, *passim*; *Id.* *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016; ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015, *passim*; THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Wuinaud. **Novo cpc : fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 323 e ss.; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012, *passim*; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, *passim*; PESSOA, Paula. **Legitimidade dos precedentes**. São Paulo. RT, 2014, *passim*; PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPodium, 2015, *passim*; XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais**. São Paulo: RT, 2016, p. 149 e ss.; TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas: aspectos gerais. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, *passim*.

⁵⁵ Afirma a exposição de motivos do novo CPC: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que

Poder-se-ia questionar a viabilidade desse prognóstico – afinal, as circunstâncias da vida são ricas e diversas, e dificilmente se consegue uma uniformidade de aplicação do direito diante dessas vicissitudes pontuais – e mesmo a opção por privilegiar a segurança jurídica em detrimento de outros valores também fundamentais, a exemplo da justiça do caso concreto.⁵⁶ Seria também possível duvidar da aproximação das figuras criadas pelo código ao modelo anglo-americano de precedentes. Porém, não há dúvida a respeito da nítida opção feita pelo código no sentido de tornar obrigatórias certas decisões, restringindo dos magistrados a possibilidade de escolher a interpretação do texto legal que seja mais correta ao caso concreto.

Não é, porém, intenção deste texto fazer a análise detida da “teoria brasileira dos precedentes”, nem criticar a opção do legislador. Pretende-se algo muito mais singelo: discutir o interesse de intervir – e, em particular, o interesse recursal – à luz dessas novas figuras e desses novos mecanismos vinculantes, criados pela lei brasileira.

Alguém dirá que, para o processo do trabalho o tema é de menor relevância, na medida em que o modelo seguido nesse campo é distinto. De fato, sabe-se que a Lei n. 13.015/14 instituiu um sistema próprio de

venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.”

⁵⁶ Tecendo interessantes observações críticas sobre os vários modelos de decisões obrigatórias, v. SILVA, Ovídio Baptista da. Os recursos: viés autoritário da jurisdição. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, *passim*. Também com observações dignas de nota, v., no direito norte-americano, PETERS, Christopher J. Foolish consistency: on equality, integrity and justice in stare decisis. **Yale law journal**. Yale University, vol. 105, 1996, *passim*. No âmbito econômico, v. tb., KORNHAUSER, Lewis. An economic perspective on stare decisis. **Chicago-Kent law review**. Chicago University, n. 63, 1989, *passim*; ANDERLINI, Luca. FELLI, Leonardo. RIBONI, Allesandro. **Satute law or case law?** Disponível em: <http://sticerd.lse.ac.uk/dps/te/TE528.pdf>.

unificação da jurisprudência no campo dos Tribunais do Trabalho, que é bastante diverso daquele posto pelo código de processo civil. Todavia, é de se notar que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa n. 39/2016, expressamente consignou a recepção do modelo de formação e estabilização das decisões criado pelo código de processo civil (arts. 3º, XXIII e XXV, 7º, 8º e 15, I). Assim, em que pese a existência de algumas peculiaridades do processo laboral, é fato que também aqui o problema a ser discutido neste texto tem relevância.

Notada essa importância, é preciso também perceber que os ditos “precedentes brasileiros” (melhor seria chamá-los de decisões vinculantes) são, em sua quase totalidade, substancialmente mecanismos tendentes a aglutinar a solução de questões de direito, de modo a tornar a decisão do tribunal obrigatória para todos os magistrados a ele submetidos. Por outras palavras, o que se faz com esses instrumentos é ampliar os efeitos de uma decisão judicial, de modo que atinja a esfera jurídica de terceiros – não intervenientes no processo – tolhendo, ao menos por vezes, o direito destes a apresentarem suas razões (*rectius*, terem essas suas razões examinadas efetivamente pelo Poder Judiciário) em eventual demanda presente ou futura de que possam participar.⁵⁷

Se esse é o objetivo dessas medidas – o de afetar causas que envolvam terceiros, ou seja, sujeitos não participantes da relação jurídica em que dada a decisão – então é certo que há grave risco de que essas técnicas possam mostrar-se inconstitucionais, por clara violação ao contraditório.

Para evitar esse vício, é necessário tomar diversas cautelas na atuação desses institutos. De início, é necessário que se incluam – nos sujeitos que efetivamente podem participar da formação da decisão que se tornará obrigatória – pessoas capazes de representar os interesses dos ausentes, de modo que esses interesses possam efetivamente ser tutelados naquele processo.⁵⁸

⁵⁷ Em sua essência, esta sempre foi a idéia que norteou a aceitação das formas de intervenção de terceiros (especialmente a assistência). Como pondera Lent, “di regola lo svolgimento del processo interessa unicamente le parti ed i loro rappresentanti, senza che i terzi – non direttamente toccati dal suo esito – abbiano la possibilità di influirvi. Talvolta, però, questi ultimi risentono degli effetti della pronuncia e devono quindi esser messi in condizione di tutelare i loro interessi; in tal caso è concesso loro di aiutare uno dei litiganti, senza divenire parte essi stessi” (LENT, Friedrich. **Diritto processuali civile tedesco**. Napoli: Morano, 1962, p. 314/315).

⁵⁸ Sobre isso, v. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 2. ed., São Paulo: RT, 2016, vol. 2, p. 600 e ss.

Porém, também parece imprescindível que se repense o conceito de “interesse jurídico” – necessário para a intervenção de terceiro – e sobretudo do interesse recursal, condição necessária para que alguém possa opor-se a essa decisão. Isso se mostra necessário, quando menos, para se evitar que esses terceiros – que sofrerão os efeitos vinculantes da decisão judicial – sejam apanhados por tais decisões sem que tenham tido, ao menos, a oportunidade de apresentar seus argumentos e suas versões a respeito daquela controvérsia.

Interessa para a presente análise, em especial, a apreciação do interesse que legitima a assistência (e, de modo mais amplo, todas as formas de verdadeira intervenção de terceiros). Considerando que esta é a via clássica pela qual o terceiro *auxilia* a parte a vencer a demanda (por isso chamada de *Nebenintervention* no direito alemão), para que, com isso, obtenha para si um benefício para interesse jurídico próprio, parece claro que esta é a via que mais se aproxima àquilo que aqui se pretende, ou seja, a permitir aos terceiros a participação em processo de que possa resultar mecanismo vinculante para seus próprios interesses.

Na verdade, diante das modificações apontadas, o processo individual tem, paulatinamente, buscado aproximação com o processo coletivo, na medida em que, cada vez mais, tem-se a ampliação dos limites da decisão para além da órbita exclusiva das partes. Impõe-se, talvez, portanto, autorizar – usando como paradigma o processo coletivo – a participação plena dos atingidos no preparo da decisão judicial que os afetará. Realmente, se o processo individual, agora, é capaz de gerar decisão que atinge (direta ou indiretamente) todos aqueles que sejam titulares de um mesmo tipo de interesse, ou cujo interesse se lastreia em uma única *questão de direito*, parece ser razoável admitir que seu tratamento (porque feito de forma única) admita a participação de todos aqueles que se sujeitarão aos efeitos daquela decisão.

Por outro lado, sabe-se que essa participação plena é muitas vezes impossível, gerando um processo tumultuário e praticamente infinito. Daí a necessidade de se buscar um equilíbrio, capaz de permitir repensar a participação (ou representação) dos sujeitos afetados, sem que isso retire as vantagens da aglutinação buscada.

2 OS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS EM FACE DE TERCEIROS

Afirma-se que os “precedentes brasileiros” não devem ser confundidos com uma ampliação da coisa julgada para terceiros.⁵⁹ De fato, se esses precedentes atingem o fundamento da decisão, parece correto não confundir os institutos. Por isso, alguém poderá sustentar que não há razão para a ampliação do conceito de interesse jurídico de intervenção ou de interesse recursal, já que estes terceiros não sofreriam a imutabilidade da coisa julgada, de onde se concluiria que sempre poderão, em processo posterior em que sejam partes, discutir a decisão tomada no primeiro feito.

De fato, esta faculdade está na essência de toda intervenção de terceiro. Trata-se, aliás, da condição básica para que alguém possa ser considerado como *terceiro interessado* e, assim, estar sujeito aos chamados *efeitos reflexos da sentença*: poder “refletir” os efeitos sofridos pela sentença, opondo-se a ela ou pela intervenção de terceiros, ou pela propositura de demanda própria, tendente a afastar de sua esfera jurídica tais efeitos.⁶⁰

⁵⁹ V., por todos, MARINONI, op. cit., p. 293 e ss.

⁶⁰ Segundo a clássica lição de Ovídio Baptista da Silva, “tais emanções de *efeitos naturais* da sentença, contudo, no momento em que encontrarem uma relação jurídica ligada à que fora objeto da demanda, por um vínculo de *conexão*, ou *dependência*, sofrerão uma espécie de *refração parcial*, de modo a preservar a relação jurídica conexa, continuando, porém, a trajetória inicial, em toda sua dimensão da respectiva eficácia que não ofenda o ponto onde se deu a refração. E, precisamente neste ponto, e em razão dessa interferência, dessa entremistura de relações jurídicas, como diz Pontes de Miranda insere-se o fenômeno a que denominamos *eficácia reflexa* da sentença. Os titulares da *relação jurídica dependente* serão os únicos terceiros legitimados a impugnar, seja por intervenção, ou por recurso de terceiro prejudicado, ou até

A fim de melhor apreciar esta afirmação, cumpre retomar os conceitos de efeitos da sentença, precisando esta idéia. Conforme já lembrado em outro lugar,⁶¹ o terceiro, ainda que ostente esta condição em face do processo, não está, por isso só, imune a este ou a seus efeitos. A afirmação pode soar estranha, mormente diante da máxima segundo a qual *res inter alios iudicata aliis non praeiudicare* (D. 42.1.63; 44.2.1). Realmente, é corrente dizer-se que a decisão judicial, formada em processo entre as partes, não pode prejudicar terceiros. Todavia, é preciso interpretar adequadamente o brocardo, a fim de evitar a confusão acima indicada, e que, aliás, contraria a própria realidade.

Inúmeras situações podem ser apanhadas do ordenamento nacional para demonstrar esta situação. Com efeito, a distinção, proposta há muito por Carnelutti, entre parte em sentido material e parte em sentido formal,⁶² deixa bem transparecer a possibilidade dessa extensão a terceiros dos efeitos de certa decisão judicial. Ainda que no processo se apresentem apenas as partes em sentido formal, é evidente que seus efeitos não de afetar as relações das partes em sentido material, mesmo porque a estas pertence o conflito deduzido no processo. Exemplo disso se tem na expressa referência do art. 109, § 3º do CPC – que, ao tratar da alienação da coisa litigiosa no curso do processo, determina que “estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou ao cessionário” – bem como na menção da responsabilidade do espólio pelas dívidas do falecido (imposição esta

mesmo por ação rescisória, os efeitos prejudiciais que a sentença lhe haja ocasionado” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 90/91).

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: Didier Jr, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004, p. 953/960.

⁶² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. v. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, p. 60/61.

antes de direito material, mas expressamente recepcionada no art. 778, § 1º, II, do CPC).⁶³

Os exemplos acima citados não devem fazer crer que a extensão dos efeitos de certa decisão judicial a terceiros depende de expressa previsão legal. A rigor, essa repercussão tem muito mais clara ligação com a natureza das coisas do que com previsões legais específicas. Pense-se, por exemplo, na situação decorrente do cumprimento de ordem judicial que determina a reintegração de alguém em seu posto de trabalho; certamente isto poderá importar remanejamento dos outros empregados e alteração das funções dadas a cada um; ainda assim, não parece razoável cogitar de convocar todos os empregados envolvidos para o processo (em eventual condição de litisconsortes) para autorizar que estes terceiros sofram tais efeitos da sentença.

Pode-se ir adiante na demonstração de situações em que terceiros são abarcados pelos efeitos de decisões judiciais. Costuma-se aludir à chamada eficácia *erga omnes* da sentença constitutiva,⁶⁴ para designar o fato de que as alterações produzidas na realidade jurídica por esta modalidade de provimento judicial são sentidas por todos, independentemente do fato de estarem ou não posicionados como parte no processo do qual a decisão se origina. Deveras, não se pode deixar de reconhecer que a sentença de divórcio, prolatada entre os cônjuges, espraia seus efeitos para todos, indistintamente, de modo que ninguém poderá deixar de reconhecer o novo *status* jurídico daquelas partes; do mesmo modo, aquele que, agora, pretender

⁶³ O CPC português contém preceito ainda mais incisivo a respeito, ao prever, em seu art. 57º, que “a execução fundada em sentença condenatória pode ser promovida, não só contra o devedor, mas ainda contra as pessoas em relação às quais a sentença tenha força de caso julgado”. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, examinando esse preceito, aponta que ele narra situação distinta da sucessão processual, submetendo à eficácia executiva da decisão pessoas que não foram partes no processo de conhecimento (**Comentário ao código de processo civil**. v. 1. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1960. p. 97), como ocorre no chamamento de terceiro, figura semelhante à denunciação da lide brasileira (v., especialmente, art. 328º, 2, do CPC português).

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I, p. 211.

contratar com um desses sujeitos, haverá de considerar esta nova situação jurídica e o novo regime de bens do primitivo casal, *mesmo não tendo sido parte no processo*. Tudo isso mostra que os efeitos daquela decisão não se limitam apenas às partes, mas abrangem, indistintamente, todos que se relacionem ou possam relacionar-se com elas.

Mais que isso, essa abrangência a terceiros da sentença *não se limita apenas às sentenças constitutivas*, sendo natural a toda modalidade de decisão judicial (*rectius*, a todos os efeitos de qualquer decisão judicial). Chiovenda há muito percebera tal fenômeno, estatuinto que *todos* estão obrigados a reconhecer a sentença *entre as partes*, não podendo, porém, ser *prejudicados* (juridicamente) por ela.⁶⁵ Talvez seja mais apropriado dizer, no atual estágio das coisas, que todos devem reconhecer qualquer sentença – ainda quando proferida *inter alios* – podendo eventualmente ser prejudicados por ela, desde que lhes seja dada possibilidade de reação em face de tais efeitos. Utilizando os exemplos invocados por Chiovenda, vale lembrar que o credor não pode evitar sofrer os efeitos de sentença que condena seu devedor em outras dívidas – ainda que isso possa importar em prejuízo para si, e ainda não participando desse novo processo; o mesmo se pode dizer do herdeiro que se vê prejudicado por sentenças obtidas contra o espólio.⁶⁶ Em certos casos, mesmo prejuízos jurídicos a terceiros são admitidos pela legislação nacional, como ocorre com as situações, já mencionadas, do adquirente da coisa litigiosa (CPC, art. 109, § 3º) ou da rescisão das sublocações em decorrência do desfazimento da locação (Lei n. 8.245/91, art. 15).⁶⁷

De fato, o processo jamais consegue limitar ou medir a extensão dos

⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tomo II. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1925, p. 430.

⁶⁶ Ibid, p. 430.

⁶⁷ Esse efeito é conhecido, no direito anglo-americano, como *transformational effect* (v. JAMES JR., Fleming, HAZARD JR., Geoffrey C., LEUBSDORF, John. **Civil procedure**, 4ª ed., Boston: Little, Brown and Company, 1992. p. 618) e é amplamente estudado, inclusive com atenuações à sua incidência – como regras que autorizam a discussão pelo terceiro desse efeito, e outras que impedem esse tipo de debate ulterior.

efeitos de determinada decisão judicial. Estes efeitos – diretamente decorrentes da decisão judicial, ou agregados a ela por algum elemento externo (a lei ou o ato jurídico) – acabam induzindo a formação de outras conseqüências, impossíveis de previsão *a priori*. Nesse passo, clara é a lição de Liebman, que ponderava que “na realidade, o círculo de relações e de pessoas em que operará o *comando* contido numa sentença não pode ser e não é preventivamente determinado em abstrato, mas dependerá do uso que em concreto fizerem as partes da sentença, e da qualidade e do número das controvérsias que poderão surgir no futuro, e terá por condição certo modo de ser das relações jurídicas, o nexa e o grau de ligação entre elas existentes”.⁶⁸

A dificuldade em aceitar naturalmente essa “ampliação” dos efeitos dos provimentos judiciais decorre, ao que parece, da assimilação comum entre extensão dos efeitos da sentença e extensão da coisa julgada. Realmente, seria difícil admitir que aquele que não participou do processo – e, portanto, não pode influir na decisão judicial – venha a ser prejudicado pela decisão aí tomada, sem que possa a esta se opor, o que tornaria a decisão indiscutível para este que, resignado, apenas deveria cumprir o comando judicial.

O equívoco, porém, está nessa assimilação incorreta, e não na admissão da eficácia *ultra partes* das sentenças. Como indica Ovídio Baptista da Silva, “não há de especial, no que respeita ao efeito constitutivo das sentenças que o faça diferente das demais *eficácias internas* (diretas) de quaisquer outras sentenças. Não é só a eficácia constitutiva que opera *erga omnes*, mas todos os efeitos da sentença alcançam os terceiros, sob forma de *efficacia naturale*, na terminologia de Liebman. O fenômeno jurídico-processual que nunca atinge os terceiros é a *imutabilidade* do que foi *declarado* pelo juiz, no sentido de que nem as partes podem, validamente, dispor de modo diverso transacionando sobre o sentido da declaração contida na sentença, e nem os

⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 77.

juízes dos futuros processos poderão modificar ou, sequer, reapreciar essa declaração. A isso se dá o nome de *coisa julgada material*”.⁶⁹

Em síntese, não se deve estranhar o fato de efeitos da decisão judicial atingirem terceiros. O que, como é evidente, não se tolera é que tais efeitos possam atingir essas pessoas sem que se dê a elas possibilidade de esboçarem reação a tanto, ou que possam opor-se a esse comando.⁷⁰ Enfim, o que não pode ocorrer é que esses efeitos atinjam aquele que não foi parte – nem foi chamado para participar do processo – de modo irreversível ou indiscutível (com estabilidade de coisa julgada). Pode-se até ir além, e afirmar mais propriamente que essa possibilidade de reação para terceiros circunscreve-se, apenas, àqueles chamados de *terceiros juridicamente interessados*, ou seja, terceiros que mantêm com uma das partes relações jurídicas dependentes ou conexas com as que constituem o objeto do processo. Para os demais terceiros (*juridicamente indiferentes*, porque destituídos dessa relação jurídica especial) os efeitos da decisão serão sentidos de forma imutável e indiscutível, *não por conta da coisa julgada, mas apenas pela falta de legitimidade para questionarem tais efeitos judicialmente*.^{71/72}

⁶⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 114/115. No mesmo sentido, v. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003. p. 418; MARINONI, **Novo curso**, op. cit., p. 675 e ss.

⁷⁰ Na precisa conclusão de Liebman, “entre as partes e terceiros só há esta grande diferença: *que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece*” (LIEBMAN, op. cit., p. 108). No mesmo sentido, v. CALIXTO, Negi. MARINS, Vitor A. A. Bonfim. Eficácia da sentença e coisa julgada perante terceiros. **Ajuris**. n. 44. Porto Alegre: Ajuris, nov./1988, p. 249; TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença crítica à teoria de Liebman. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, abr/00, v. 774, p. 66; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada. **Revista dos tribunais**. São Paulo: RT, nov/87, vol. 625, *passim*; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Casos problemáticos: partes ou terceiros? (análise de algumas situações complexas de direito material). In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004, p. 1037.

⁷¹ “O que há de importante, para a distinção entre a *imutabilidade* que se define como coisa julgada material e a outra *imutabilidade* que atinge os terceiros, como *eficácia natural* da sentença é que, na primeira, tem-se a indiscutibilidade da própria relação jurídica que fora objeto da sentença pelas próprias partes entre as quais a sentença fora dada e que tiveram, assim, declarada sua relação jurídica, ao passo que a *imutabilidade* que atinge os terceiros, como *eficácia natural* da sentença, só se manifesta precisamente por serem eles terceiros e, pois, *não terem legitimação* como parte e nem legitimação que poderia lhes advir como terceiros titulares de uma *relação jurídica dependente*, o que corresponderia ao *efeito reflexo* da sentença, com base no qual poderiam eles afastar, quanto às suas esferas jurídicas ou efeitos prejudiciais da sentença, sendo-lhes facultado rediscutir o julgado” (SILVA, Sentença, op. cit., p. 116). Identicamente, v. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, novo, op. cit., p. 675 e ss.

⁷² O exemplo dado por Ovídio Baptista da Silva é magistral para demonstrar estas circunstâncias. Conforme escreve ele, “tomemos o exemplo da ação proposta por quem se diga proprietário de

Desse modo, resta claro que a condição de terceiro *interessado* é pressuposto para que se possa discutir os efeitos que eventual sentença acarrete para a sua específica esfera jurídica. É, portanto, evidente que, em se tratando de terceiro *interessado*, terá ele condições de discutir os efeitos da sentença, já que a imutabilidade da coisa julgada não se sobrepõe a ele. Ainda que tenha sofrido efeitos da sentença, essas não lhe atingiram de forma imutável.

A chave da questão, portanto, parece sempre residir nessa definição de interesse de intervenção (ou interesse recursal, para a modalidade de intervenção qualificada como recurso de terceiro prejudicado). É necessário, portanto, revisitar esse conceito, a fim de examinar com mais detalhes suas peculiaridades.

3 O INTERESSE DE INTERVENÇÃO

É noção elementar que a intervenção de terceiros não se dá pela simples vontade deste em participar de um processo. Há condições legais para tanto, normalmente traduzidas pela idéia do chamado *interesse jurídico de intervenção*. Nesse sentido, leciona Goldschmidt que todo terceiro, que tenha interesse *jurídico* em que uma das partes de um processo em curso vença, pode ingressar neste feito com o intuito de ajudá-la.⁷³ A intervenção (especificamente aquela de que aqui se trata, chamada de intervenção *ad*

um determinado imóvel. A sentença que der pela procedência da ação declarará que o autor é o verdadeiro proprietário do imóvel. Como decorrência de tal reconhecimento, o autor vencedor imitar-se-á na posse do imóvel reivindicando. Este resultado é absolutamente definitivo e indestrutível perante toda a comunidade jurídica. Tanto a declaração contida na sentença de que o autor é proprietário quanto os demais *efeitos* diretos expandem-se *erga omnes*. O fisco, que exigia tributos do demandado sucumbente, terá agora de lançar o tributo em nome daquele que a sentença proclamara ser o titular do domínio. O vizinho que, porventura, pretender litigar sobre alguma relação de vizinhança que tenha esse imóvel como objeto certamente terá de citar não seu antigo vizinho, mas aquele em cujo nome o imóvel fora registrado, em virtude da sentença. O Banco poderá conceder empréstimo sob garantia hipotecária ao titular do domínio que a sentença proclamara ser o verdadeiro proprietário. O credor do demandado, que contava com esse bem como garantia de seu crédito, ver-se-á privado de promover sobre ele a execução. Nenhuma dessas pessoas poderá controverter a respeito do resultado da sentença. Tanto a declaração – enquanto *efeito direto*, não enquanto coisa julgada – quanto os efeitos executivo e constitutivo (formação da nova matrícula no álbum imobiliário) os atingem de maneira irremediável. Porém, nada significarão perante algum terceiro que diga ser o verdadeiro proprietário e, como base, nisso, promova uma segunda demanda reivindicatória, perfeitamente capaz de ser julgada também procedente” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. v. I. São Paulo: RT, 2000, p. 261).

⁷³ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 447.

coadiuvandum) se dá e se molda de maneira a permitir que o terceiro auxilie a parte a ter solução favorável ao interesse desta no processo. Este auxílio se legitima, como visto, porque o resultado da causa pode afetar, reflexamente, o interesse *jurídico* do terceiro, que não é objeto da demanda.⁷⁴ Por isso, o *interesse jurídico* é a cláusula de controle que permite admitir ou não a intervenção do terceiro. Não basta, pois, que o terceiro tenha interesse qualquer⁷⁵ na solução do litígio; é necessário que demonstre *interesse jurídico* naquela decisão.⁷⁶

Para o mesmo Goldschmidt, este interesse jurídico está presente em certas circunstâncias específicas, agrupadas por ele em quatro categorias.⁷⁷ A primeira se relaciona às hipóteses em que a força da coisa julgada da sentença deve estender-se ao terceiro. A segunda ordem se liga aos casos em que a execução da sentença deva fazer-se contra o terceiro. No terceiro grupo, apresenta o autor os casos em que a sentença deve produzir efeitos acessórios frente ao terceiro. Por fim, na última categoria, estariam os casos

⁷⁴ Na realidade, como demonstra Ovídio Baptista da Silva, esta intervenção responde a interesse do terceiro e também de *ambas* as partes originais do processo. Segundo ele, “é possível constatar que a assistência desempenha, ao lado das outras, uma função processual destinada a beneficiar não o assistente ou a parte assistida e sim o seu adversário, que, como decorrência da ciência dada ao legitimado a intervir, fará com que este seja atingido pelos efeitos da sentença que lhe venham a ser favorável, permitindo-lhe ‘executá-la’ contra o terceiro. Em última análise, a figura da *assistência voluntária* protege o próprio assistente, permitindo-lhe que vigie, em seu próprio interesse, a conduta processual do assistido; também beneficia o adversário do assistido, fazendo com que o terceiro, uma vez intimado da existência da demanda, fique exposto aos efeitos da sentença pronunciada *inter alios*; por sua vez, oferece igualmente benefício ao assistido, tornando o assistente seu auxiliar na luta contra o terceiro” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários...*, ob. cit., p. 258).

⁷⁵ Econômico, social ou humanitário, tal como aconteceria no caso do credor, que quisesse ingressar na demanda reivindicatória, proposta por outrem em face de seu devedor, ou no caso de alguém, que pretendesse intervir no processo de seu vizinho, porque o considera boa pessoa. Em todos estes casos, evidentemente, não tem o terceiro interesse jurídico, razão pela qual sua intervenção não poderia ser admitida.

⁷⁶ Cf. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **novo**, op. cit., p. 99 e ss.; no mesmo sentido, entre tantos outros, v. CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. v. II. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 322/323; BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 214; MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 214; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 18. ed., Salvador: JusPodium, 2016, p. 485. Evidentemente, excetua-se da necessidade de demonstração de interesse jurídico a hipótese da chamada intervenção anômala do Poder Público (Lei 9.469/97, art. 5º).

⁷⁷ Op. loc. cit.

em que a sentença deve produzir efeitos probatórios na relação existente entre o terceiro e o adversário da parte assistida.⁷⁸

Sob a ótica do direito brasileiro, parece que os casos em que se apresenta o interesse jurídico para intervenção – como reconhecidamente aceito pela doutrina – não devem seguir os padrões exatos dos gêneros sugeridos por Goldschmidt. Antes, interessa para aferir a presença do interesse de intervenção a existência de uma *relação jurídica*, mantida pelo terceiro com uma das partes do processo, conexa ou dependente da relação jurídica que constitui objeto do processo. Nas palavras de Liebman, a intervenção do terceiro (na condição de assistente) depende de que este terceiro seja titular de relação jurídica conexa com aquela deduzida em juízo, ou dela dependente, “di modo che la sentenza che sarà pronunciata potrà riflettere un effetto favorevole o sfavorevole sulla sua posizione giuridica”.⁷⁹

Esta é a opinião adotada expressamente pelo texto legal brasileiro, quando afirma que a assistência pode ocorrer sempre que alguém qualificar-se como “terceiro *juridicamente* interessado em que a sentença seja favorável a uma delas (*das partes*)” (CPC, art. 119). Embora a lei não defina precisamente em que consiste este “interesse jurídico” exigido, entende-se ser possível extrair tal idéia do contido no art. 996, parágrafo único, do código, que impõe ao terceiro, para a interposição de recurso, a demonstração da “possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que posa discutir em juízo como substituto processual”.

De forma semelhante, mas deixando claro que este interesse resulta da existência de relação jurídica (mantida pelo terceiro) capaz de ser afetada pela decisão da causa, esclarece o art. 335º, n. 2, do Código de Processo Civil português que “para que haja interesse jurídico, capaz de legitimar a intervenção, basta que o assistente seja titular de uma relação jurídica cuja consistência prática ou económica dependa da pretensão do assistido”.

⁷⁸ Criticando a existência destes “efeitos probatórios da sentença”, v. SILVA, *Sentença*, op. cit., p. 94/95.

⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile - principi**. 5. ed., Milano: Giuffrè: 1992, p. 104/105. No mesmo sentido, v. CALAMANDREI, *Instituciones*, op. cit., p. 325. De forma semelhante, pondera Attardi que “con riguardo all’interesse del terzo quale criterio di legittimazione ad intervenire è corrente l’affermazione che deve trattarsi di un interesse giuridico, non di mero fatto; e che la giuridicità dell’interesse del terzo sussiste, di regola, quando dall’esistenza del rapporto controverso tra le parti dipenda la sussistenza di una posizione di diritto o di obbligo del terzo nei confronti di una di esse; in definitiva, allorché vi sia un nesso di dipendenza tra il rapporto fra le parti e quello tra una parte e il terzo” (ATTARDI, Aldo. **Diritto processuale civile**. Tomo I. 2. ed. Padova: CEDAM, 1997, p. 343).

Segundo a doutrina, não se exige, para a assistência, que este interesse jurídico seja sobre o objeto do processo. Basta, para admitir a intervenção, que a decisão da causa possa afetar interesse juridicamente protegido do terceiro.⁸⁰

Seja como for, olhando para essa estrutura da qualificação do interesse jurídico – e, na mesma linha, do interesse recursal – nota-se a dificuldade de harmonizar esse desenho com as técnicas inseridas pelo novo código. Em razão dos mecanismos vinculantes instituídos pela nova lei, parece claro que, embora esse terceiro dificilmente possa qualificar-se como “interessado” para participar do processo onde surgirá decisão com possível efeito vinculante, certamente sua participação aí seria fundamental para legitimar a força que esse “precedente” terá sobre sua situação jurídica.

4 INDISCUTIBILIDADE DA SENTENÇA PARA TERCEIROS E DIREITO À PARTICIPAÇÃO

Conquanto se possa aceitar a clássica idéia de “interesse de intervenção” para limitar o acesso ao processo àqueles terceiros que efetivamente possam sofrer prejuízo *jurídico* com a decisão da causa, é certo que essa exigência se torna demasiada frente às novas técnicas de solução aglutinada de questões jurídicas (os ditos “precedentes brasileiros”) instituídos pelo CPC de 2015.

De fato, estando evidenciada a tendência do direito processual civil em criar mecanismos vinculantes, tornando impositivas as decisões judiciais (em certas circunstâncias, pelo menos) e havendo clara repercussão dessa imposição sobre a esfera jurídica de terceiros – que seriam, segundo os critérios tradicionais, *indiferentes* ou *desinteressados* e, portanto, proibidos de intervir no processo *inter alios* – é preciso repensar o requisito que se exige para admitir a participação destes no feito.

Não há dúvida de que, a rigor, aqueles que não são partes nos processos em que pode ser proferida decisão com caráter vinculante, nos termos do art. 927, do CPC, também não podem ser qualificados como terceiros

⁸⁰ A respeito, manifesta-se Devis Echandía, dizendo que “en resumen, el interés debe ser siempre jurídico en la misma causa en los casos de intervención principal litisconsorcial; pero puede ser simplemente económica o moral o familiar, siempre que este juridicamente tutelado em virtud de una relación jurídica existente entre el interveniente y una de las partes, que no es objeto del proceso, cuando se trate de coadyuvancia o intervención accesoria o secundaria” (ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general del proceso**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 337/338).

interessados apenas porque a decisão judicial será necessariamente observada em outros processos.⁸¹ A vinculatividade se impõe *para o Poder Judiciário* e não para o jurisdicionado. Por isso, não se confunde com outros institutos que poderiam afetar diretamente a situação jurídica de terceiros. Logo, esses terceiros são, genuinamente, terceiros *não interessados*. Eles não possuem nenhuma relação jurídica conexa ou dependente daquela julgada, nem é possível afirmar que a decisão tomada nessas técnicas de vinculação atingirá direito de que esses terceiros se afirmem titulares ou que pudessem discutir em juízo como substitutos processuais (art. 996, parágrafo único, do CPC).

Logo, perante o código de processo civil, esses terceiros são qualificados como terceiros *indiferentes* e não teriam, ao menos sob a ótica da lei, o direito de intervir no processo e, muito menos, de recorrer de alguma decisão ali tomada. Embora o julgamento proferido dentro desses mecanismos impacte diretamente a forma como será apreciado o seu litígio, não seriam esses terceiros qualificados como “juridicamente interessados”.

Imagine-se, por exemplo, a questão da súmula vinculante. Como resulta do texto expresso da Constituição da República, a súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal será vinculante *para todo o Poder Judiciário e ainda para toda a Administração Pública* (em seus diversos níveis). Assim, poderá ocorrer que uma decisão tomada em causa que diga respeito, por hipótese, à União, acabe repercutindo em interesses de um específico município, de autarquias federais, ou de Estados da federação. Esta repercussão, sublinhe-se, poderá ocorrer – tornando a conclusão do Supremo Tribunal Federal indiscutível para este outro sujeito – sem que ele tenha tido condição de sustentar suas razões perante aquele tribunal e, portanto, sem que tenha sido ouvido a respeito do assunto.

De modo idêntico, pense-se no incidente de assunção de competência, sobretudo naquele disciplinado pelo art. 947, § 4º, do CPC. Um tribunal, com o intuito de compor ou prevenir divergência na interpretação de questão de direito, afeta um caso específico a certo órgão representativo da Corte e, tomada a decisão sobre a “correta” interpretação do Direito naquele caso,

⁸¹ Excetua-se desse caso, ao que parece, ao menos em parte, o regime dado ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesta figura, prevê o legislador o dever de se dar ampla publicidade ao incidente, de modo que terceiros – que possam ser afetados pela decisão – possam também manifestar-se no incidente (arts. 979 e 983, do CPC). De todo modo, mesmo nesse incidente o direito de participação desses terceiros não é amplamente garantido. De um lado, porque sequer se sabe quais são esses “interessados” a que alude o art. 983, que têm o direito de ser ouvidos. De outro, porque certamente aquelas pessoas que *futuramente* possam ajuizar demanda a respeito do tema julgado não serão ouvidas, embora também sejam afetadas pela decisão obrigatória (art. 985, II, do CPC).

tornará indiscutível essa solução *para todos os outros processos em que a mesma questão se ponha* (art. 927, III, do CPC). Vale dizer, todos os outros sujeitos, que sequer participaram da discussão daquela primeira causa, estarão sujeitos ao entendimento firmado pelo Tribunal, de modo que seus argumentos jamais serão examinados ou debatidos.

Parece certo que há, nesses mecanismos, uma grande dose de exclusão, com risco evidente à garantia do contraditório. Todos esses sujeitos, embora não possam participar da formação da decisão judicial, serão afetados por ela, de forma indireta, já que a interpretação dada à questão de direito que também informa seus litígios será aplicada para seus casos, sem possibilidade de questionamento.

Por isso, a fim de salvaguardar seus interesses, parece adequado pensar em mecanismos de representação de seus interesses – à semelhança de figuras típicas da tutela coletiva – de modo que haja alguém no processo em que se formará a decisão obrigatória responsável por tutelar os direitos desses terceiros.

Por outro lado, parece também razoável repensar o conceito de “interesse de intervenção” e de “interesse recursal”, de forma a harmonizá-los com esses mecanismos vinculantes criados pelo código.

Nesse passo, havendo nítida inspiração no direito anglo-americano para a atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais, pode-se eventualmente colher a experiência daqueles países para imaginar como deva comportar-se a intervenção de terceiros, na sua modalidade clássica (a assistência). O direito norte-americano admite figura semelhante à assistência (*intervention*)⁸², desde que preenchidos os requisitos da regra 24, das *Federal Rules of Civil Procedure*. Segundo este preceito, a *intervention* é autorizada nos casos previstos expressamente em lei ou quando o interessado afirma a existência de um interesse relacionado à propriedade ou transação que constitui o objeto da demanda e ele está situado em condição tal que a disposição da ação pode restringir ou impedir sua habilidade em proteger o seu interesse, ressalvada a

⁸² V., a respeito, entre outros, MARCUS, Richard L. REDISH, Martin H. SHERMAN, Edward F. **Civil procedure – a modern approach**. 2. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1995, p. 261 e ss. A equiparação da figura com a assistência não é exata. Como demonstram Fleming James Jr., Geoffrey C. Hazard Jr. e John Leubsdorf, a *intervention* pode ser limitada a certos atos do processo, podendo mesmo a Corte entender por indeferir a intervenção, autorizando, em seu lugar, que o interessado participe do processo na condição de *amicus curiae*, com o único objetivo de apresentar argumentos escritos e orais, mas sem o direito de produzir provas ou de recorrer da decisão judicial (JAMES JR., HAZARD JR., LEUBSDORF, op. cit., p. 545).

hipótese em que seu interesse esteja sendo adequadamente representado pelas partes existentes na causa.⁸³

Das exigências postas na regra 24(a), acima descritas, vê-se que não há, para a intervenção em tela a exigência de relação jurídica conexa ou subordinada àquela deduzida no feito. Basta, para justificar a intervenção, que a proteção do interesse do terceiro possa vir a ser restringida ou tolhida em razão da decisão eventualmente adotada no processo em curso. Isto, obviamente, é algo bem mais amplo que a exigência posta no sistema brasileiro, e certamente apanha os casos em que a decisão possa vir a refletir suas *conclusões jurídicas* na situação do terceiro. Especialmente, insta lembrar que o direito anglo-americano adota o sistema de precedentes vinculantes, de forma que uma decisão a respeito de certa questão pode importar a inviabilidade completa de proteção ulterior de outros direitos semelhantes.⁸⁴

Com efeito, a literatura norte-americana relata a existência de um caso em que a intervenção (de que aqui se trata) foi admitida justamente por conta dos possíveis efeitos do *stare decisis* que eventual decisão poderia gerar sobre outras situações. Trata-se do caso *Atlantis Development Corp. v. U.S.* (379 F.2d 818 (5th Cir. 1967)), em que, em um feito envolvendo determinada empresa que explorava conjunto de recifes sem a autorização do governo federal, foi por este processada, sob o argumento de que tal área pertencia aos Estados Unidos da América. A empresa Atlantis Development Corp. requereu sua intervenção no feito, alegando que havia adquirido os direitos sobre a área de recifes do seu descobridor e sustentando que eventual decisão daquela causa (que entendesse que o local seria patrimônio federal) poderia, por conta do *stare decisis*, importar na aniquilação do direito de propriedade alegado pela empresa Atlantis. Por conta disso, entendeu-se por cabível a intervenção.⁸⁵

⁸³ “...the applicant claims an interest relating to the property or transaction which is the subject of the action and he is so situated that the disposition of the action may as a practical matter impair or imede his ability to protect that interest, unless the applicant’s interest is adequately represented by existing parties”.

⁸⁴ Tratando da idéia do *stare decisis*, v., entre outros, JACOB, Jack I. H. **La giustizia civile in Inghilterra**. Bologna: il Mulino, 1995, p. 66/67; CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. New Haven and London: Yale University Press, 1921, p. 9/50. v. ainda, *Moradi-Shalal v. Fireman's Fund Ins. Companies* (1988) 46 Cal.3d 287, 296.

⁸⁵ A respeito deste caso, v. EMANUEL, Steven L. **Civil procedure**. 18. ed. Larchmont: Emanuel Publishing Corp., 1996, p. 362. Segundo o autor, embora a maioria dos tribunais não reconhecesse, em tal caso, a viabilidade da intervenção em sua modalidade tradicional (*intervention of right*), inquestionavelmente admitiriam em sua forma derivada (*permissive*

A solução preconizada pelo direito norte-americano, fundado exatamente na tentativa do interessado em evitar uma decisão desfavorável a demanda futura da qual faça parte, pode talvez ser transposta para o Brasil. Com a nova sistemática dos mecanismos vinculantes, certamente o mesmo problema enfrentado naquele país ocorrerá aqui, parecendo bastante razoável a adoção de conclusão semelhante àquela lá acolhida.

Essa solução foi, ao menos parcialmente, acolhida recentemente pelo direito brasileiro, pela Lei n. 11.417/06, que trata da edição, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes. Como se prevê em seu art. 3º, § 2º, pode o relator admitir a manifestação de qualquer terceiro no procedimento que examina a edição, o cancelamento ou a revisão de súmula vinculante. A alusão a “terceiros”, obviamente, implica concluir que não são só os terceiros *interessados* (em sua acepção clássica) que poderão intervir. Quaisquer terceiros, independentemente da demonstração de interesse jurídico na questão (desde que atendidos os pressupostos fixados no Regimento Interno do Tribunal), podem ser admitidos a manifestar-se nesses procedimentos. Merece esta solução ser ampliada para atender a todos os feitos dos quais possa resultar decisão vinculante.

5 A NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONCEITO DE INTERESSE DE INTERVENÇÃO E DE INTERESSE RECURSAL

Poderá alguém imaginar que a ampliação do conceito de interesse de intervenção não merece ser aceita, já que desnaturaria o instituto da assistência (e das formas de intervenção de terceiros como um todo), ampliando demasiadamente a participação de terceiros no processo.

Quanto à primeira objeção, parece ser ela incabível. O direito brasileiro, há muito, convive com hipóteses de intervenção de terceiros em que as exigências postas são muito mais simples que aquela que autoriza a assistência. Recorde-se, por exemplo, a figura da intervenção anômala, disciplinada pela Lei n. 9.469/97.⁸⁶ Ainda que se possa cogitar de sua

intervention), que constitui hipótese em que a “assistência” é autorizada de forma discricionária pelos tribunais.

⁸⁶ “Art. 5º. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter efeitos reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar

inconstitucionalidade,⁸⁷ o fato é que esta figura tem sido admitida pelos tribunais e amplamente praticada no cotidiano forense. Seu perfil, como se vê claramente das disposições legais pertinentes, dispensa, para a intervenção, a demonstração de qualquer *interesse jurídico*, bastando a simples alegação de prejuízo econômico (ainda que indireto).

Ao lado dessa figura, há ainda o já mencionado instituto criado pela lei n. 11.417/06, em seu art. 3º, § 2º. Como visto, no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é admissível a participação de terceiros, independentemente da demonstração de qualquer “interesse jurídico”. Evidentemente, trata-se de medida “discrecional” do relator, que sequer comporta recurso. Porém, também aí se tem instrumento que permite a terceiros sem “interesse jurídico” específico participar de um dos procedimentos mais importantes – porque impacta diretamente todo cenário jurídico nacional – de criação de decisões vinculantes.

Pode-se também apontar para a disseminação, no direito brasileiro, do instituto do *amicus curiae*,⁸⁸ atualmente tratado pelo art. 138, do CPC. Esses sujeitos, admitidos por sua “representatividade adequada”, certamente não se confundem com terceiros juridicamente interessados, em sua acepção clássica, embora possam intervir em processos de relevância. Segundo a lei, esses *amici curiae* têm até mesmo o direito de recorrer de pelo menos um dos mecanismos de formação de decisão vinculante, a saber, do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, § 3º, do CPC), a demonstrar que o próprio código admite que um terceiro que não se amolda com exatidão à figura do “terceiro interessado” possa recorrer de uma decisão vinculante.

A presença de tais figuras já incorporadas à tradição nacional torna, ao que parece, facilmente superável a objeção levantada. O sistema processual nacional já está acostumado em aceitar intervenções que dispensam a demonstração de interesse jurídico, de modo que não deve assustar a

documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

⁸⁷ V., a respeito, MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, novo, op. cit., p. 106-107.

⁸⁸ Sobre o *amicus curiae*, v., entre outros, CARNEIRO, Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis 8437/1992, art. 4º e 9.469/1997, art. 5º. **Revista forense**. n. 363. Rio de Janeiro: Forense, set./out/2002, p. 184/188; CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Um análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de processo**. n. 117. São Paulo: RT, set./out./2004, p. 9 e ss.; BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*.

ninguém a simples ampliação da admissibilidade de terceiros no processo, para atender ao atual perfil do direito processual civil.

Quanto à outra objeção – de que isto poderia tumultuar o feito, permitindo que muitas pessoas interviessem no processo – também não merece ela ser aceita.

É certo que a ampliação desavisada do conceito de “interesse de intervenção” pode tornar inviável a solução da lide, ou da questão jurídica, diante de uma multidão de terceiros no processo formado. Todavia, é preciso pensar também no outro lado do problema: a não admissão desta intervenção ampliada acarretará a violação clara dos direitos de ampla defesa e contraditório de todos estes “terceiros”, que sofrerão (praticamente de forma imutável) os efeitos de uma decisão judicial, sem jamais ter condições de, *efetivamente*, opor-se a ela. De fato, não se pode admitir que o primeiro processo instaurado a respeito de certa controvérsia acabe por resultar em decisão que será indistintamente aplicada para todos os demais casos, sem que os titulares destes outros direitos tenham, *de fato e de maneira concreta*, a possibilidade de apresentar seus argumentos e interferir na decisão judicial. A garantia do contraditório, em sua versão moderna, tem sido vista como não apenas o direito de se manifestar, mas de *influir efetivamente na decisão judicial*.⁸⁹ Não há dúvida de que este direito é violado se a decisão judicial já está pronta, mesmo antes de iniciada a ação em que o interessado pretende apontar seus argumentos.⁹⁰

⁸⁹ “Dal momento che ad ogni pronuncia giudiziale avente contenuto decisorio conseguono potenzialmente effetti per la sfera personale o patrimoniale di un soggetto, il destinatario deve avere la possibilità di influire e di incidere sulla formazione del relativo provvedimento. È il rispetto stesso della personalità umana e della sua dignità come valore fondamentale di un ordinamento giuridico che impone di assicurare al soggetto interessato l’esercizio di poteri di azione, contraddizione e difesa” (TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 378). Nesse mesmo sentido, v., entre outros, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. In: **Garantias constitucionais do processo civil**. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999, p. 136 e ss.; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de processo**. n. 126. São Paulo: RT, ago. 2005, p. 59 e ss.; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: a motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 88; SALAVERRÍA, Juan Igartua. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003, p. 158.

⁹⁰ Nessa mesma linha, v. SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. A súmula vinculante – o contraditório e a ampla defesa. **Revista de processo**. n. 120. São Paulo: RT, fev./2005, p. 68 e ss. Aliás, a preocupação com a situação destes terceiros (que se tornarão parte em processo seguinte) tem levado a doutrina a ponderar da necessidade de prever-se mecanismos de revisão e de atualização, ao menos para as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Como salienta Teresa Arruda Alvim Wambier, esta imposição é medida necessária até por conta do

Em razão disso, em que pese a preocupante abertura exagerada do processo para a participação de terceiros, a solução oposta também traz semelhante problema: a violação clara ao contraditório e à ampla defesa, o que tornaria inconstitucional todo o processo. É, portanto, preciso compatibilizar estas duas necessidades processuais, encontrando ponto de harmonia entre elas.

Parece que a sintonia entre tais imposições não pode ser encontrada de forma abstrata, não sendo, pois, aconselhável a determinação legal de novo conceito de “interesse de intervenção”. De fato, apenas a avaliação ponderada do caso concreto, feita pelo juiz, pode ser capaz de localizar o ponto de equilíbrio entre a exagerada participação no processo e a proteção dos interesses dos terceiros em face dos mecanismos vinculantes previstos no sistema processual atual.

É fundamental perceber, tal como faz Owen Fiss, que não é necessariamente a *pessoa* que deve ter o direito de ser ouvida pelo Tribunal. O que, sim, deve ser sempre preservado é o direito de o *interesse* ser adequadamente aportado à análise da Corte.⁹¹ O fundamental é que o interesse desses terceiros (e os argumentos que poderiam oferecer) esteja adequadamente representado no processo, sendo indiferente que a defesa desse ponto de vista se dê pessoalmente pela “parte” ou por “terceiro”. Por outras palavras, o conceito de parte, terceiro interessado ou terceiro indiferente, *para os fins aqui examinados*, acabam mostrando-se irrelevantes. O fundamental é que os diversos interesses e os vários pontos de vista que podem incidir sobre a decisão da questão de direito que se tornará vinculante tenham sido adequadamente demonstrados, debatidos e examinados.

Com essa postura, confere-se adequada proteção aos vários interesses incidentes, evitando que uma multidão de sujeitos ingresse no processo.

Para tanto, deve-se dar crédito ao magistrado para apreciar em que medida a intervenção do terceiro é necessária, quem será admitido a intervir e, aos moldes do que ocorre no direito norte-americano, se a tutela do interesse destes é (ou pode ser) adequadamente feita pela parte do processo ou por outro sujeito que já represente aquele ponto de vista no mecanismo

caráter evolutivo do direito (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução?. **Revista de processo**. n. 98. São Paulo: RT, 2000, p. 302).

⁹¹ FISS, Owen. The allure of individualism. **Iowa law review**. University of Iowa. n. 78. 1993, *passim* (esp. p. 971).

vinculante.⁹² Também é de se outorgar ao magistrado poderes de limitar a extensão desta intervenção, permitindo a alguns terceiros que atuem em certas fases do processo (mas não em outras) ou que, aos que intervêm, sejam oferecidos apenas alguns poderes processuais.⁹³ Normalmente, por exemplo, não será o caso de permitir que o terceiro produza provas, já que sua intenção, ao participar do processo, é defender certa interpretação ou aplicação do direito e não proteger seu específico interesse.

Realmente, quando se nota que os vários mecanismos definidos no art. 927, do CPC, referem-se em sua ampla maioria à fixação de certa interpretação para questões exclusivamente de direito, nota-se que não deve haver espaço par que a participação do terceiro se estenda à demonstração de fatos.

De todo modo, não há dúvida de que esta intervenção deve – embora limitadamente – ser autorizada, já que é a única maneira de preservar os interesses daqueles que não têm seu direito discutido no processo, mas o terão, sem dúvida, atingido pela sentença ou pelo acórdão lá proferido.

Logicamente, seria desejável a previsão legal desta intervenção – com o delineamento de sua estrutura básica. Na ausência desta, todavia, não se pode aceitar sua proibição, sob o argumento simplista de que não há previsão legal para tanto, ou de que esses terceiros não se amoldam à clássica definição de interesse de intervenção ou de interesse recursal.

Assim, no modelo instituído pelo código de processo civil de 2015, parece certo que das decisões tomadas em incidentes de assunção de competência, em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou em

92 Do próprio texto do art. 24(a) das Federal Rules of Civil Procedure pode-se extrair que as intervenções (em suas duas modalidades, a *intervention of right* e a *permissive intervention*) só são admissíveis se a proteção do interesse do terceiro não puder ser adequadamente feita pela atuação da parte original. Vale recordar, mais, que a *permissive intervention* (prevista na regra 24(b) daquele diploma legal) do direito norte-americano possui alta dose de discricionariedade judicial, sendo a decisão de admissão ou não desta intervenção de conteúdo irrecurável. De fato, como prevê a regra 24(b) em questão, “Upon timely application anyone may be permitted to intervene in an action: (1) when a statute of the United States confers a conditional right to intervene; or (2) when an applicant's claim or defense and the main action have a question of law or fact in common. When a party to an action relies for ground of claim or defense upon any statute or executive order administered by a federal or state governmental officer or agency or upon any regulation, order, requirement, or agreement issued or made pursuant to the statute or executive order, the officer or agency upon timely application may be permitted to intervene in the action. In exercising its discretion the court shall consider whether the intervention will unduly delay or prejudice the adjudication of the rights of the original parties.”

93 Esta possibilidade é amplamente admitida no direito norte-americano, em que o juiz pode limitar a *intervention* a apenas certas matérias, ou disciplinar previamente a conduta do interveniente (cf. JAMES JR.; HAZARD JR.; LEUBSDORF, op. cit., p. 545). De modo semelhante, é o tratamento do *amicus curiae* no modelo nacional atual (art. 138, § 2º, do CPC).

outros instrumentos dos quais possam resultar decisões vinculantes deve poder participar – e, evidentemente, quando cabível, também recorrer – não apenas as partes e os terceiros interessados, mas também esses terceiros que eventualmente sofrerão as consequências da tese jurídica fixada.

É certo que essa participação não necessariamente será feita de forma *pessoal*, autorizando que cada um dos sujeitos que possa ser atingido pela tese jurídica deva intervir no feito ou, ao menos, ser convocado para tanto. Porque isso seria impossível – sobretudo diante da eficácia prospectiva da decisão vinculante – deve-se criar mecanismos que sejam capazes de avaliar se os diversos pontos de vista, os inúmeros argumentos e os vários interesses envolvidos sejam efetiva e adequadamente apresentados, discutidos e examinados.

Com isso, parece ser possível equilibrar a exigência de participação – necessária à preservação do contraditório – e os objetivos de aglutinação da decisão de questão de direito uniforme.

REFERÊNCIAS

- ANDERLINI, Luca. FELLI, Leonardo. RIBONI, Allesandro. **Satute law or case law?** Disponível em: <http://sticerd.lse.ac.uk/dps/te/TE528.pdf>.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.
- ATARDI, Aldo. **Diritto processuale civile**. Tomo I. 2. ed. Padova: CEDAM, 1997.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de processo**. n. 117. São Paulo: RT, set./out./2004.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. v. II. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996.
- CALIXTO, Negi. MARINS, Vitor A. A. Bonfim. Eficácia da sentença e coisa julgada perante terceiros. **Ajuris**. n. 44. Porto Alegre: Ajuris, nov./1988.
- CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. New Haven and London: Yale University Press, 1921.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. v. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. **Revista forense**. n. 363. Rio de Janeiro: Forense, set./out/2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tomo II. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1925.

DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 18. ed., Salvador: JusPodium, 2016.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general del proceso**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

EMANUEL, Steven L. **Civil procedure**. 18. ed. Larchmont: Emanuel Publishing Corp., 1996.

FISS, Owen. The allure of individualism. **Iowa law review**. University of Iowa. n. 78. 1993.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

JACOB, Jack I. H. **La giustizia civile in Inghilterra**. Bologna: il Mulino, 1995.

JAMES JR., Fleming, HAZARD JR., Geoffrey C., LEUBSDORF, John. **Civil procedure**, 4^a ed., Boston: Little, Brown and Company, 1992.

KORNHAUSER, Lewis. An economic perspective on stare decisis. **Chicago-Kent law review**. Chicago University, n. 63, 1989.

LENT, Friedrich. **Diritto processuali civile tedesco**. Napoli: Morano, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

_____. **Manuale di diritto processuale civile - principi**. 5. ed., Milano: Giuffrè: 1992.

MARCUS, Richard L. REDISH, Martin H. SHERMAN, Edward F. **Civil procedure – a modern approach**. 2. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010

_____. **Julgamento nas cortes supremas**. São Paulo: RT, 2015.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: RT, 2013

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 2. ed., São Paulo: RT, 2016, vol. 2.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 2^a ed., São Paulo: RT, 2014

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada. **Revista dos tribunais**. São Paulo: RT, nov/87, vol. 625.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: a motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito..** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. In: **Garantias constitucionais do processo civil**. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999.

PESSOA, Paula. **Legitimidade dos precedentes**. São Paulo. RT, 2014.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPodium, 2015.

PETERS, Christopher J. Foolish consistency: on equality, integrity and justice in stare decisis. **Yale law journal**. Yale University, vol. 105, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. A súmula vinculante – o contraditório e a ampla defesa. **Revista de processo**. n. 120. São Paulo: RT, fev./2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1988.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. v. I. São Paulo: RT, 2000.

TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas: aspectos gerais. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença crítica à teoria de Liebman. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, abr/00, v. 774.

THEODORO JR., Humberto, et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução?. **Revista de processo**. n. 98. São Paulo: RT, 2000.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais**. São Paulo: RT, 2016.

ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

POR UM ENSINO JURÍDICO HUMANIZADO

Phillip Gil França

Pós-doutor (CAPES_PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar. Pós-Graduado em Direito Civil pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Autor dos livros Controle da Administração Pública, 4º Ed. (Saraiva, 2016) e Ato Administrativo e Interesse Público, 3º Ed. (RT, 2016). Tradutor da obra The Principle of Sustainability Transforming Law and Governance de Klaus Bosselmann (RT, 2015). Membro do Grupo de Pesquisas de Constituição e Direitos Fundamentais (Cnpq) liderado pelo Professor Doutor Ingo W. Sarlet. Vencedor do prêmio Jorge Miranda - TJ/TO de melhor tese de 2014. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP.

RESUMO

O ensino jurídico na metodologia binária do direito, logicamente, leva à formação de operadores jurídicos binários: "bons ou ruins", "inteligentes ou burros" e "aprovados ou reprovados". O presente texto questiona esse cenário e propõe um ensino jurídico mais humanizado, pois valores humanos precisam estar enraizados no ensino jurídico.

Palavras-chave: Ensino jurídico; direito humanizado; sistemas binários.

Passamos por um vestibular em que o importante é decorar ideias desconexas de matérias que, de forma geral, não refletem o que estudaremos na faculdade de direito.

No meu caso, por exemplo, até hoje não utilizei a fórmula de bhaskara em qualquer aula ou processo.

Até então, não estudamos filosofia, sociologia, antropologia, psicologia e, talvez, outras matérias que nos trouxessem um assoalho (uma base) seguro para o que encararíamos no mundo jurídico.

Ao ser aprovado no vestibular, somos jogados em um universo de "obediência superior" (monopólio da força estatal), em que o importante é regular e ser regulado.

Mas, qual a razão dessa disciplina verticalizada e coercitiva do direito? Ninguém sabe até então. Logo, o "*você entenderá*" é a esperança (utópica) que os calouros possuem no início de suas jornadas no ensino jurídico.

Porém, existem aqueles não aprovados já no vestibular. Os "reprovados", que caem na desgraça do rótulo de "perdedor", que será, muitas vezes, repetido em breve, durante a faculdade, no exame da ordem, na negativa de pedidos de liminares quando advogado e, finalmente, nas inescapáveis derrotas em alguns processos que terá na vida profissional.

Nesse sentir, a culpa e o peso da derrota passa a fazer parte da existência do tal "operador jurídico" de todos os níveis. Entretanto, o herói

que superou a primeira etapa do vestibular e iniciou seu caminho jurídico passou a receber a roupagem de "aluno de direito".

Nesse cenário, ele já se considera habilitado a definir o "certo e o errado", o "bom e o mau" e, o pior, o "justo e o injusto" (boatos que consegue até definir o que é moral, ou não). Dessa forma, passa a ser conhecido com aquele que sabe proferir respostas a partir de uma lógica binária.

Gênio? Não, meu filho de 2 anos já faz a mesma coisa, caro calouro jurídico!

Desse modo, o aluno de direito não tem nada de especial. Sim, você não é especial por estar cursando uma faculdade de direito.

Ao longo do seu curso, essa conclusão vai se clareando lentamente para o nosso herói. Isso pois, primeiro, o aluno de direito não consegue compreender o porque raios precisa estudar "metodologia da pesquisa jurídica" no início da faculdade ("estou aqui para aprender, não para pesquisar!" Claro, muitos dos seus professores também não têm ideia do que é pesquisa jurídica).

Questiona-se a razão de estudar "hermenêutica jurídica". "Não usarei isso como advogado! Na não tem finalidade prática", normalmente bradam nossos heróis estudantes de ciências jurídicas.

E, ao final, condenam todas as disciplinas propedêuticas, mesmo sem saber o significado de "propedêutica" no universo do ensino jurídico.

Superada essa etapa, o aluno começa uma longa caminhada por entre os ladrilhos dourados do universo do direito civil, por exemplo, que ocupa boa parte do curso do direito.

Para que?! Para resolver "briga de vizinho"? Os privados não possuem "livre arbítrio"? Ah, só podem fazer tudo aquilo que a lei não proibir!

Tá, mas o que a lei proíbe?

"Não sei, vamos decorar todas as leis para descobrir", assertivamente expressam nossos heróis, ainda sem saber a importância daquelas feias "propedêuticas" que poderias estar lhes salvando nesse momento.

Esses mesmo alunos, sem maior alarde, passam de forma rasante pelos breves semestres de direito constitucional. "E qual é a importância dessa matéria, mesmo?! Se no máximo em 3 semestres eu estudo tudo sobre ela, não deve ser tão relevante". (Poxa!)

Processo civil e penal tornam-se aulas de ditado de código, como se tentássemos decorar as instruções dos jogos: "WAR I, WAR II, banco imobiliário e jogo da vida" ao mesmo tempo.

Direito penal dá aquele friozinho na barriga de emoção, mas o que vemos em sala de aula é muito distante da realidade.

Enfim, a faculdade de direito passa a ser uma mentira que não fomos, efetivamente, convidados a participar.

Sabe aquela fofoca que todo mundo do grupo sabe, menos você?

É essa a sensação, de forma geral, no 10º período.

"Oi, já passou? E agora?!"

Agora, o exame da ordem.

"Back to the future Jurídico"!!

Sim, novamente, tal como no vestibular, você terá que estudar matérias que, aparentemente, jamais utilizará na sua prática jurídica.

No meu caso pessoal, se alguém me perguntar sobre habeas corpus, limito-me a indicar um bom advogado criminalista.

Se eu estudei "habeas corpus"?! Sim! Pelo menos duas vezes: na faculdade e para o exame da ordem.

Se eu sei como impetrar um "habeas corpus"? Não sei nem se a expressão correta para o caso é "impetrar"!!

Mas, qual a razão disso tudo?

Por que temos alunos de direito que estudam, mas não sabem? Por que temos alunos de direito que se preparam, mas não são aprovados? Por que temos alunos de direito que se sentem o "patinho feio" do mundo jurídico?

Simple: porque eles estão longe dos cisnes, que são o seu verdadeiro grupo.

O ensino jurídico na metodologia binária do direito, logicamente, leva à formação de operadores jurídicos binários: "bons ou ruins", "inteligentes ou burros" e "aprovados ou reprovados".

Essa lógica binária é insuficiente para dar conta da realidade.

No mundo real, temos heróis que nunca estudaram na vida; temos bandidos pós-graduados; temos maldosos que fazem atos de extrema bondade; temos, sim, perdedores vitoriosos.

Duvidam?

Perguntem para o pai desempregado que recebe um abraço caloroso do seu filho ao final da tarde o que ele, verdadeiramente, é: fracassado ou vitorioso?

Os valores humanos precisam estar enraizados no ensino jurídico.

O calouro precisa aprender, por exemplo, que por de trás de um tribunal de júri, normalmente, existe a família da vítima enlutada e a família do acusado angustiada.

O estudante do direito precisa entender que seu papel na sociedade não é apenas de "saber", mas, sim, de "contribuir" para uma vida permanentemente melhor de todos, para todos.

Assim, aquele que irá prestar o exame da ordem carregará a certeza que a sua aprovação não servirá apenas para se tornar um profissional, mas terá como objetivo maior torná-lo um instrumento de justiça.

Aí então, talvez, tudo fará sentido.

Estudar matérias estanhas à faculdade de direito indicará um formação de base para um profissional sensível ao mundo que encontrará.

Estudar matérias estranhas à prática para qual se destina indicará uma formação superior sólida para o profissional que está em construção.

E bem estudar as tais matérias propedêuticas poderá trazer o nosso herói ao piso seguro de que ele é, antes de tudo, humano.

Humano que deverá ajudar outros humanos.

Desse modo, ele poderá deixar de lado a tal importância de ser simplesmente aprovado no vestibular, nas provas da faculdade, no exame da ordem se, pelo menos uma vez, utilizar seu conhecimento jurídico humanizado para tornar a vida de uma pessoa melhor do que era antes da sua intervenção.

E esse herói não precisa esperar décadas para ser formado.

Pode ser criado já no início da faculdade.

Longe de sistemas binários e rótulos que só retratam a frustrada projeção de quem os criam.

Esse herói, na complexidade de frutos possíveis que pode gerar, precisa ser motivado a externar seu potencial humano já no momento quando é apresentado ao mundo jurídico.

Porque o ensino jurídico é para a sociedade, não para o aluno.

Se aqui estamos discutindo esse assunto é porque somos engrenagens de um mesma máquina.

E, não, essa máquina não é o Estado.

É a humanidade!

Logo, proponho uma reflexão sobre ensino jurídico mecanicista que temos e, talvez, a importância de um ensino jurídico humanizado, como aquele em que os alunos compreendam o seu papel na humanidade e, assim, passem a estudar como parte dessa máquina e não como meros operadores.

Assim, a humanidade agradece e algum sentido maior pode trazer melhores resultados em todos os níveis de estudo jurídico.

E, talvez, um Direito mais humano consiga justificar a razão de algumas pessoas se tornarem menos humanas com o passar do tempo.

Deixemos de ser números e representações virtuais e passemos a ser razão e consequência da nossa própria racionalidade.

Do contrário, estaremos fadados ao mundo de "decoreba" de senhas; horários; datas e rótulos sem saber que o sentido disso tudo deveria ser uma vida melhor.

Do Direito, então, cabe organizar tudo isso para que nos sobre tempo. Tempo, pois dele ninguém escapa ou engana. Desse modo, respeitemos o que o Direito nos ensina, mas nunca nos esqueçamos o que o tempo nos oferece.

QR CODE NOS PROCESSOS JUDICIAIS: UMA “REVOLUÇÃO” DISRUPTIVA

Antônio Carvalho Filho

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Processo Civil pela Universidade de Coimbra, Especialista em Direito Internacional Público e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra e Instituto *Ius Gentium Conimbrigae*, Professor de Direito Processual Civil nos cursos de especialização da UNISUL, CESUL, Toledo-Prudente e UFP, Membro-Fundador e Diretor de Comunicação Social da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e Juiz de Direito no TJPR.

Luciana Benassi Gomes Carvalho

Especialista em Direito Constitucional. Professora de Direito Processual Penal. Juíza de Direito no TJPR.

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Doutora em Direito Constitucional pela UFPE; Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP; Graduada em Direito pela PUC-SP; Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN; Estágio pós-doutoral na Westfälische Wilhelms-Universität Münster (WWU); Membro da diretoria do IPPC; Membro da ABDPRO; Membro do IBDP.

RESUMO

Neste ensaio analisamos a utilização do QR code nos autos de processos judiciais e em outras soluções possíveis. Alertamos sobre eventuais impossibilidades de sua utilização para determinados atos processuais, nomeadamente naqueles nos quais a forma escrita seja obrigatória, no entanto defendemos a sua utilização como forma de alargamento da autuação.

Palavras-chave: *QR code*; processos judiciais.

ABSTRACT

In this essay, we analyze the use of QR code in court records and other possible solutions. We warn about some impossibilities of its use for determined procedural acts, especially in those in which the written form is mandatory, however we defend its use as a form of extension of the case file.

Keywords: *QR code*; court lawsuits.

1 QUE É QR CODE E SEUS USOS

QR code é a abreviação de “*quick response code*” (código de resposta rápida), desenvolvido pela “*Denso Wave*”, subsidiária da Toyota, para a finalidade de controle de seu estoque em 1994⁹⁴. Visualmente, é um código de barras bidimensional com capacidade de codificar atalhos para endereços eletrônicos (url e e-mails, inclusive múltiplos), cartões de visitas virtuais (VCard), textos, SMS, PDF, aplicativos, arquivos em geral, imagens e vídeos.

Sua utilização está disseminada em estratégias de publicidade, para redirecionamento a lojas virtuais, concessão de cupons de desconto, apresentação de vídeos promocionais ou qualquer outro conteúdo adicional que a estratégia programou.

⁹⁴ Disponível em <https://goo.gl/Ydetu9>. Acesso em: 03.10.17.

Recentemente, a Revista Conjur⁹⁵ noticiou a utilização do *QR code* por uma banca de advocacia em uma petição, com o direcionamento para o vídeo explicativo da peça produzido pelo advogado signatário. A iniciativa – ousada e criativa –, gerou muito debate nos meios jurídicos e abriu nova vertente para a prática postulatória e se mostrou capaz de ensejar a mudança de alguns paradigmas procedimentais clássicos.

A solução utilizada não é de grande novidade tecnológica, pois tanto a codificação utilizada, quanto a mídia em vídeo existem há um bom tempo. A inovação não se deu propriamente pelo uso do *QR code* ou do vídeo, mas sim pela finalidade que ambas as tecnologias se prestaram, qual seja, a de proporcionar o contato, embora virtual, entre advogado e juiz.

Seja como for, essa iniciativa abre um sem número de possibilidades e questionamentos para a utilização judicial do *QR code*, especialmente em petições. A capacidade de codificação *QR* e os diversos dados que ele poderá conter dão a dimensão de sua utilização nos processos em geral.

2 A UTILIZAÇÃO DO QR CODE NOS AUTOS JUDICIAIS

De pronto, devemos ter atenção para o regramento dos atos processuais no CPC. O art. 188 do CPC estabelece que os atos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente o exigir. Existem determinados atos processuais, portanto, que exigem forma específica, como é o caso da petição inicial (art. 319 do CPC), da contestação (art. 335 do CPC), do agravo de instrumento (art. 1.016 do CPC) e da apelação (art. 1.010 do CPC), já que esses atos devem ser praticados na forma escrita por petição e em vernáculo⁹⁶ (art. 192 do CPC).

⁹⁵ Disponível em <https://goo.gl/VQtVCH>. Acesso em: 03.10.2017.

⁹⁶ CARVALHO FILHO, Antônio. Art. 188. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2016, p. 398.

Isso impede, portanto, a apresentação de petição inicial, contestação ou recurso através de vídeo, por exemplo, com a juntada de petição que contivesse, exclusivamente, um *QR code*. A razão para a exigência da forma escrita nos atos de postulação visa à delimitação de seu conteúdo e, consequentemente, a sua compreensão e o seu controle racional.

A exigência legal de forma para determinados atos processuais encerra “*micro-garantia*” no plano infraconstitucional decorrente da “*macro-garantia*” devido processo legal⁹⁷ (art. 5º, LIV, CF), para o exercício adequado e faticamente controlado do contraditório (art. 5º, LV, CF).

Por mais “plasticizado” e “modelável” que o procedimento seja⁹⁸, é certo que deve haver um limite à utilização das novas tecnologias nos processos judiciais. A questão é saber “qual” é esse limite.

Num primeiro momento, parece-nos que a previsão legal, expressa, de que determinados atos devam ser praticados por meio de “petição” (como a contestação, a apelação e o agravo de instrumento) configura limite legal à utilização da tecnologia para a prática de tais atos, não havendo que se falar em aplicação da “instrumentalidade das formas” (arts. 188, *in fine* e 277, do CPC) como pretexto para afastar a forma escrita dos atos.

Em primeiro lugar, porque as garantias fundamentais do devido processo legal e do contraditório, de cariz constitucional, não cedem espaço para uma regra informadora sobre nulidades. Em segundo, porque o prejuízo

⁹⁷ Sobre devido processo legal em sua dimensão processual, Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 113-114.

⁹⁸ O exemplo, por excelência, da flexibilização do procedimento decorre das convenções processuais típicas e atípicas (arts. 190 e 191 do CPC). A possibilidade da cláusula aberta de convenção processual e da calendarização dos atos processuais representam a exaltação da autonomia da vontade das partes na formação do procedimento que atenda à solução no tempo e no modo desenhado pelos litigantes. De pronto, entendemos que não é possível ao juiz flexibilizar voluntariamente o procedimento, salvo nas hipóteses de inconstitucionalidade por violação a garantias processuais, ou então nos casos expressamente previstos na lei e que estejam de acordo com a visão do processo enquanto instituição de garantias, como é a hipótese de cumprimento da tutela antecipada e/ou cautelar de urgência (art. 297 do CPC – em que as regras sobre cumprimento da sentença e execução servem apenas como “parâmetros operativos” para a obtenção efetiva da tutela) ou da adequação do procedimento às necessidades do conflito (nos exatos termos do art. 139, VI do CPC).

na utilização da forma oral ou audiovisual nesses atos é de prejuízo *in re ipsa*, presumível, pois não traz consigo a mesma segurança interpretativa que o texto.

Saliente-se, outrossim, que essas regras sequer podem ser objeto de convenção processual (art. 190 do CPC), pois que não estão na esfera de disposição das partes, o que resulta na sua ineficácia (plano da eficácia) em relação ao Poder Judiciário – um dos destinatários do debate realizado pelas partes, com vistas às decisões interlocutórias e sentença ao final.

Vige, entre nós, o princípio da legalidade das formas⁹⁹, cuja mitigação apenas se observa nos atos nos quais a finalidade foi atingida em sua perfeição¹⁰⁰ (instrumentalidade das formas – art. 277 do CPC).

Ainda nesta esteira, todos os atos processuais e seus elementos instrutórios que possam ser materializados, pela forma escrita, devem estar acessíveis de imediato nos próprios autos, independentemente de sua plataforma – eletrônica ou física –, pelo que devem ser efetivamente juntados aos autos, e não por meio de códigos ou links.

Em outras palavras, todos os escritos nos diversos atos processuais devem estar juntados nos autos, pois assim se garante a *integridade* da autuação¹⁰¹, ou seja, que o ato processual e sua instrução (documentos, pareceres, doutrina, jurisprudência etc) permaneçam nos autos conforme produzido pelas partes, pelo juiz e seus auxiliares¹⁰², na melhor tradição do brocardo latino “*non quod est in actis non est in mundo*”, ou seja, “o que não está nos autos, não está no mundo”.

⁹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 188 ao 293. São Paulo: RT, 2016, p. 42.

¹⁰⁰ Como no caso do art. 239, § 1º, do CPC, que prevê a dispensa da citação para o caso de comparecimento espontâneo e em outros casos.

¹⁰¹ Para os autos eletrônicos, ver a disciplina do art. 12, § 1º, da Lei 11.419/2006.

¹⁰² CARVALHO FILHO, Antônio. Art. 195, In: CUNHA, 2016, op. cit., p. 414.

Contudo, a utilização do *QR code* ainda pode trazer inovações disruptivas¹⁰³ importantes para o processo ou mesmo na prática forense. Vejamos alguns exemplos:

a) Envio de vídeo explicativo: na esteira do exemplo dado acima, é possível que o advogado exerça a sua prerrogativa de “dirigir-se aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho” (art. 7º, VIII, da Lei nº 8.906/94) por meio remoto, através de *QR code* (ou diretamente por URL específico). Trata-se, portanto, da prática de “*despacho virtual*” com o juiz ou dos famigerados “*embargos auriculares*”, ou, em outras palavras, em um elemento paratextual de postulação;

b) Envio de vídeo contendo prova: Levando em consideração que os autos físicos e mesmo os autos eletrônicos não admitem o acesso imediato a determinados formatos de arquivo (vídeos, simuladores etc), bem como o fato de serem admissíveis no processo todos os meios de prova não vedados (art. 369 do CPC), é possível que a parte ou os auxiliares da justiça, tais como os peritos e oficiais de justiça, utilizem o *QR code* como atalho de redirecionamento para o conteúdo que integra a prova documentada. Portanto, é possível que uma prova em vídeo seja apresentada desta maneira;

c) Produção de prova por meio de simulação em 3D: outra hipótese de utilização do *QR code* no âmbito probatório é o uso do código para redirecionar o usuário para uma simulação em 3D e totalmente controlável (por exemplo, numa prova pericial automobilística, utilizar a reconstituição da dinâmica do acidente);

d) Permissão de acesso a ambiente virtual exclusivo: o código pode também ser utilizado – mesmo sem usuário e senha – para algum ambiente de

¹⁰³ A inovação disruptiva não decorre da criação de uma novidade como o surgimento de uma nova tecnologia. Trata-se de um fenômeno de transformação de uma prática a partir da introdução de simplicidade, conveniência e acessibilidade para determinado fim, solucionando, assim, questões que eram ditas por complicadas anteriormente. Para aprofundamento CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; MCDONALD, Rory. What is Disruptive Innovation? **Harvard Business Review**, Dez./2015, p. 44-53. Disponível em: <https://goo.gl/PwMsnF>. Acesso em: 17.10.17.

intranet ou mesmo de internet, mas restrito a cadastro, que seja objeto de disputa fática entre as partes. As possibilidades, neste ponto, beiram ao infinito.

e) Utilização de recursos de realidade aumentada¹⁰⁴: os recursos de realidade aumentada permitem a reconstituição e a reconstrução de fatos litigiosos, tais como cenas de crimes, dinâmicas de acidentes automobilísticos ou de agressões, situações de abordagem policial, influências climáticas, da luz do sol ou escuridão etc.

f) Acesso a cópias de documentos: é possível que as partes firmem convenção processual (ainda que em fase pré-processual) para que a parte adversa apresente *QR code* ou URL para acesso às cópias dos documentos que instruem os seus articulados.

g) Indicação do local específico da ocorrência de um fato: o *QR code* pode remeter às aplicações GoogleMaps, Google StreetView ou similares, tornando mais clara a indicação de um determinado local, o que pode ser muito relevante numa ação demarcatória ou de usucapião.

h) Indicação de atalho para acesso aos autos eletrônicos: o *QR code* pode facilitar o acesso aos autos eletrônicos para as partes que normalmente não estão cadastradas na plataforma, na modalidade OTP (*one time password*), ou seja, senha única de acesso;

i) Indicação de atalho para os autos físicos: nos cartórios com autos físicos, o *QR code* pode ser utilizado como atalho para sua localização, como já acontece com diversas bibliotecas¹⁰⁵;

j) Indicação de atalho nas cartas e mandados de citação e/ou de intimação: o *QR code* pode ser utilizado pelo Poder Judiciário como atalho

¹⁰⁴ SARACENI, Gabriela Souza. **QR code como realidade aumentada**: mobilidade e cibridismo na sociedade cibercultural. Disponível em <https://goo.gl/FzRGDc>. Acesso em: 03.10.17.

¹⁰⁵ ADEBAYO, Niyi. **QR code**: Implication for library and Information Centre Usage. Disponível em: <https://goo.gl/ydgc2W>. Acesso em: 03.10.2017.

para o endereço físico da Vara, o local e o horário da audiência, que poderá ser facilmente exportado para a agenda eletrônica do smartphone do usuário;

k) Indicação de atalho para doutrina: o código pode remeter a vídeos nos quais se veiculam pareceres gravados especialmente para o caso ou então aulas, palestras ou doutrina em formato audiovisual, como é o programa Falando de Processo 365, da Associação Brasileira de Direito Processual¹⁰⁶.

l) Indicação de atalho para prova documental com tamanho incompatível com a autuação: o *QR code* pode indicar o redirecionamento, excepcionalmente, para prova documental ou documentada quando o seu tamanho físico prejudique a sua compreensão e autuação (autos físicos), ou então a dimensão do arquivo for superior à capacidade máxima de juntada nos autos eletrônicos e seu fracionamento, se impossível ou inconveniente para sua compreensão.

3 QR CODE COMO “ALARGAMENTO DOS AUTOS”

Note-se, por tudo, que o *QR code* não é a tecnologia de inovação em si, mas apenas o caminho, o atalho, para acesso a determinadas informações paratextuais em ambiente extra-autos. É, em outras palavras, a ponte de ligação dos autos para outros ambientes, transformando-os na própria autuação. Tem, portanto, o *QR code* a propriedade de “alargamento dos autos” (físicos ou eletrônicos), para agregar as informações de destino do código.

O *QR code* deve ser utilizado como artifício para incluir nos autos elementos não textuais, em regra, possibilitando, assim, o alargamento da autuação para o conteúdo codificado.

¹⁰⁶ Que poderão ser encontrados no Facebook: www.fb.com/abdprocessual; ou no YouTube: <https://goo.gl/hofDXH>.

Deste modo, os conteúdos de destino dos *QR codes* integram os autos e, conseqüentemente, devem ser submetidos ao contraditório (art. 5º, LV, da CR e art. 9º e 10 do CPC), bem como serão, posteriormente, objeto de cognição e consideração judicial, inclusive sobre a exigência da fundamentação de que trata o art. 489, § 1º, IV, do CPC, possibilitando efetivo controle das partes acerca da avaliação do julgador a respeito daquilo que foi veiculado pelo código.

Questão importante e que certamente será objeto de polêmica, tendo em vista a potencialização de sua utilização, é a utilização de vídeos como elementos paratextuais de postulação por advogados em analogia às audiências pessoais com os julgadores, os famosos “embargos auriculares”. Eles servem como elemento de cognição judicial? Devem se submeter ao contraditório prévio das partes?

Qual a função da entrevista pessoal do advogado com o juiz? Embora não haja nenhuma cartilha sobre isso, parece ser intuitivo que a única razão para a entrevista é a apresentação de pontos relevantes da postulação realizada pelo advogado¹⁰⁷. Neste ponto, é defeso ao advogado apresentar qualquer inovação argumentativa ou a apresentação de fatos que não estejam devidamente narrados nos autos. Caso o advogado viole essa proibição, não pode o juiz levar esses elementos trazidos pela oralidade informal. Tratam-se, portanto, de alegações que não integram os autos.

Embora o vídeo gravado e dirigido ao juiz em substituição à entrevista reservada possibilite o controle da atuação do advogado pela parte adversa, entendemos, como já salientado acima, que ele não pode substituir, complementar ou mesmo alterar a postulação por escrito, salvo no caso dos Juizados Especiais. Isso porque a regra processual para a prática dos atos

¹⁰⁷ Sugerimos a leitura de interessante artigo de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa apresentam um *briefing* formal dos embargos auriculares. Cf. LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Dica para quando você for recebido por um julgador: Embargos Auriculares, **Revista Conjur**. Disponível em <https://goo.gl/3CetCZ>. Acesso em: 05.10.2017.

postulatórios, como afirmado acima, em geral, exige a forma escrita. As hipóteses nas quais a postulação processual pode ser realizada oralmente são previstas em lei.

Com efeito, o vídeo, apresentado por *QR code* ou URL, que faz as vezes da audiência pessoal, sofre as mesmas limitações desta última. Portanto, o que rege a necessidade ou não do contraditório prévio à decisão não é, propriamente, o vídeo (de “*embargos auriculares*”), mas a peça à qual ele se refere.

De outra banda, levando em consideração ser direito do advogado a audiência pessoal (art. 7º, VIII, da Lei nº 8.906/94), entendemos que o juiz está obrigado a realizar a leitura do *QR code* e a assistir o vídeo, se nesta condição for apresentado pelo causídico. É uma ferramenta tecnológica que visa transpor barreiras físicas e geográficas e permitir o pleno exercício dos interesses da parte perante o Poder Judiciário.

A possibilidade da postulação de inicial, contestação ou mesmo da interposição de recursos através de recurso de áudio ou de vídeo é solução a ser aquilatada melhor pela doutrina e por nosso legislador, *de lege ferenda*, não podendo ser objeto de alteração pelo juiz ou pelas partes.

BIBLIOGRAFIAS

ADEBAYO, Niyi. **QR code**: Implication for library and Information Centre Usage. Disponível em: <https://goo.gl/ydge2W>. Acesso em: 03.10.2017.

CARVALHO FILHO, Antônio. Art. 188. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2016.

_____. Art. 195. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2016.

CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; MCDONALD, Rory. What is Disruptive Innovation? **Harvard Business Review**, Dez./2015, p. 44-53. Disponível em: <https://goo.gl/PwMsnF>. Acesso em: 17.10.17.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 188 ao 293. São Paulo: RT, 2016.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Dica para quando você for recebido por um julgador: Embargos AuryCulares, **Revista Conjur**. Disponível em <https://goo.gl/3CetCZ>. Acesso em: 05.10.2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

SARACENI, Gabriela Souza. **QR code como realidade aumentada: mobilidade e cibridismo na sociedade cibercultural**. Disponível em <https://goo.gl/FzRGDc>. Acesso em: 03.10.17.

Sites consultados:

<https://goo.gl/Ydetu9>. Acesso em: 03.10.17.

<https://goo.gl/VQtVCH>. Acesso em: 03.10.2017.

Facebook: www.fb.com/abdprocessual.

YouTube: <https://goo.gl/hofDXH>.

NATUREZA JURÍDICA DA APELAÇÃO EM CONTRARRAZÕES DO ART. 1.009, § 1º, CPC

Diego Crevelin de Sousa

Advogado. Especialista em Processo Civil. Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz-ES. Membro permanente da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro.

RESUMO

Partindo de sucinta análise dos precedentes judiciais dos quais resultou a Súmula nº 478, do Superior Tribunal de Justiça, pretende-se ampliar o horizonte de aplicação do primeiro preceito dela extraído, no sentido de que, regra geral, o crédito condominial deteria intrínseca primazia em relação ao crédito hipotecário. Nesse contexto, aborda-se especificamente a hipótese em que o crédito do condomínio põe-se em confronto com o crédito hipotecário, situações nas quais há concurso de credores sobre o mesmo bem indivisível, porém com a qualificadora de o credor hipotecário estar submetido a procedimento administrativo de liquidação extrajudicial, normativamente regido pela Lei 6.024/74. Como conjectura de resolução de antinomias, pautando-se na competência universal *prima facie* do Liquidante para aferição e habilitação dos créditos incidentes sobre a Massa, propõe-se a atribuição de conceitos utilitaristas para definir, nos casos concretos, tais e quais créditos deveriam gozar de prevalência no produto da arrematação do imóvel hipotecário, considerando-se a ideia geradora de maior benefício coletivo.

Palavras-chave: Concorrência de credores; liquidação extrajudicial; competência universal.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Poucas coisas são tão confusas quanto o sistema recursal do novo Código de Processo Civil¹⁰⁸ (Lei nº 13.105/2015).

Como sói ocorrer com qualquer obra feita e interpretada por humanos, o novo CPC não reúne unanimidade. Entre defensores fervorosos, críticos atroztes e intérpretes que se colocam entre os dois extremos, reconhecendo a coexistência de dispositivos bons e ruins, fato é que há nele pontos positivos e negativos. Nada obstante, parece haver expressivo acerca das debilidades

¹⁰⁸ Registro meus agradecimentos a Bruno Campos Silva, o primeiro a me provocar a reflexão sobre o dispositivo em liça, e Cristiano Duro, cuja interlocução culminou no entendimento defendido no item n. 5. Igualmente, agradeço a Roberto Campos Gouveia Filho, Marco Paulo Di Spirito, Eduardo José da Fonseca Costa, Lúcio Delfino, André Luiz Maluf de Araújo, Mateus Costa Pereira e Antônio Carvalho Jr pela leitura do texto ao tempo de seu arremate. A todos, muito obrigado.

do sistema recursal (certamente o produto mais humano, demasiado humano do diploma legislativo...).

São muitos os institutos problemáticos, entre os quais: o incidente de prolongamento de julgamentos não unânimes (art. 942), que, além de não melhorar o sistema em relação à sua inspiração anterior (o recurso de embargos infringentes), atiza inúmeros questionamentos (p.ex. não define se autoriza o órgão de composição ampliada a decidir apenas sobre o(s) capítulo(s) decidido(s) por maioria ou também sobre aquele(s) decidido(s) por unanimidade); a taxatividade (ou não) e a possibilidade (ou não) de interpretação extensiva do rol das hipóteses de agravo de instrumento (art. 1.015); a falta de critérios explícitos e pontuais orientadores da aplicação da cláusula geral de sanabilidade dos pressupostos recursais (art. 932); a falta de critérios explícitos e pontuais que vinculem o STF e o STJ em relação à definição do que é vício grave para fins de aproveitamento de recurso extraordinário e recurso especial (art. 1.029, § 3º); a possibilidade (ou não) de o juízo *a quo* não receber recurso extraordinário por entender que adequado era o recurso especial, ao invés de convertê-lo (art. 1.033), etc.

O que se examinará, perfunctoriamente, nas linhas seguintes é uma novidade da legislação processual: a recorribilidade mediata de decisões interlocutórias via apelação (art. 1.009, § 1º, CPC).

Mais propriamente, se analisará a natureza jurídica da apelação em contrarrazões do art. 1.009, § 1º, CPC, observando algumas consequências daí decorrentes.

2 RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO CPC/15

À semelhança do direito anterior, no novo CPC todas as interlocutórias são recorríveis. A diferença é que, agora, algumas desafiam agravo de

instrumento (p.ex. art. 1.015, CPC) e outras são impugnáveis por apelação (art. 1.009, § 1º, CPC).

Ou seja, há (i) decisões interlocutórias de recorribilidade *imediata*, impugnáveis por agravo de instrumento, a ser interposto no prazo de 15 dias, contados da intimação da decisão interlocutória, e (ii) decisões interlocutórias de recorribilidade *mediata* (ou diferida), impugnáveis por apelação, a ser interposta no prazo de 15 dias, contados da intimação da sentença.

Sobre (ii), é o que prescreve o art. 1.009, § 1º, CPC:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Portanto, da decisão interlocutória de recorribilidade *mediata* (ou diferida) é possível que a parte apele (ii.1) em razões, no prazo de 15 dias, contados da intimação da sentença, ou (ii.2) em contrarrazões, no prazo de 15 dias, contados da intimação para contra-arrazoar apelação do adversário.

Eis o panorama da recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau.

3 NATUREZA JURÍDICA DA APELAÇÃO EM CONTRARRAZÕES – ART. 1.009, § 1º, CPC: NUNCA SUBORDINADO; EVENTUALMENTE CONDICIONADO.

O que já foi exposto deixa evidente a natureza recursal das contrarrazões que impugnam interlocutória de recorribilidade *mediata* (ou diferida).¹⁰⁹

¹⁰⁹ É o que defende, por todos, Alexandre Freitas Câmara: “no caso de impugnação à interlocutória se dar em sede de contrarrazões, o capítulo a isto destinado a atacar a decisão interlocutória terá natureza recursal (ou, em outras palavras, será uma apelação interposta na mesma peça em que oferecidas as contrarrazões à apelação da parte contrária, a ele se aplicando

É necessário compreender que o ato processual “contrarrazões”, formalmente uno, passa a admitir dois atos processuais conteudisticamente diversos, a saber, (i) *as contrarrazões propriamente ditas*, isto é, a resposta do apelado à apelação do adversário (conteúdo de defesa), e (ii) *a apelação*, isto é, o recurso contra a decisão interlocutória de recorribilidade *mediata* (ou *diferida*) (conteúdo de ação).

De modo que, analiticamente, apenas em sentido *formal* (=como ato processual formalmente considerado) é correto dizer que as decisões interlocutórias de recorribilidade *mediata* (ou *diferida*) podem ser impugnadas em apelação (art. 1.009, § 1º, primeira parte) ou em contrarrazões (art. 1.009, § 1º, segunda parte). Em sentido *conteudístico* (=conteúdo do ato processual), não é correto dizer que são *apeláveis*, no caso da primeira parte do § 1º do art. 1.009, e *contra-arrazoáveis*, no caso da segunda parte do § 1º do art. 1.009. Elas são *apeláveis*. Apenas o *veículo* (suporte formal) da apelação varia entre as *razões* da apelação ou as *contrarrazões* de apelação. Em ambos os casos, porém, há *apelação*.

Consequentemente, essas contrarrazões com natureza recursal deverão preencher todos os pressupostos de admissibilidade da apelação (inclusive preparo), sob pena de não ser conhecido (o que, evidentemente, não excluirá o exame das contrarrazões).¹¹⁰

Questão mais complexa se coloca quanto à natureza *subordinada* e/ou *condicionada* da apelação que impugna decisão interlocutória de recorribilidade *mediata* (ou *diferida*) em relação à apelação do adversário.

Neste texto, defende-se que a apelação em contrarrazões do art. 1.009, § 1º, CPC, tem natureza jurídica de recurso independente (=nunca é subordinado), mas, eventualmente, pode guardar relação de preliminaridade

todas as normas incidentes sobre os recursos (como, por exemplo, a que versa sobre a possibilidade de desistência do recurso, que se “extrai” do art. 995).” (CÂMARA, 2015. p. 509).

¹¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo direito processual civil**. São Paulo: Atlas. 2015, p. 511.

com a apelação em razões (=pode ser condicionado). Ou seja, nunca é subordinada, mas pode ser condicionada.

A explicitação do raciocínio exige que se diferencie, com a clareza possível, recurso subordinado e recurso condicionado. Tais conceitos devem ser extremados porque operam desde critérios totalmente distintos e produzem resultados práticos sensivelmente diversos, como passa a demonstrar.

Antes de avançar, um alerta: este texto usa reiteradas vezes os termos “recurso subordinado” e “recurso condicionado”. Os termos não são empregados (nem podem ser interpretados) como bastantes, em si mesmos, para as consequências aqui indicada. Fosse assim, não passaria de arranjo semântico e forneceria falsa solução para os pontos ora examinados. Não se trata de explica-se que se basta nos termos empregados, portanto. Na verdade, tais termos são empregados apenas como pontes para os critérios distintivos dos modos de afetação de um recurso por outro. Há critérios de afetação totalmente distintos. No caso do processo civil brasileiro, um recurso pode ser afetado por outro por elo jurídico-positivo (=exclusivamente por previsão legal) ou lógico (=independentemente de previsão legal). Fez-se a opção de falar em “relação de subordinação” e “recurso subordinado” para referir ao critério jurídico-positivo, e em “relação de condicionamento” e “recurso condicionado” para referir ao critério lógico. Talvez, maior rigor analítico sugerisse falar em “relação de subordinação jurídico-positiva” (ao invés de “relação de subordinação” e “recurso subordinado”) e “relação de subordinação lógica” (ao invés de “relação de condicionamento” e “recurso condicionado”). Seja como for, ficam claros os sentidos e os critérios a que se ligam os termos empregados no texto: quando se fala em “relação de subordinação” e “recurso subordinado” se está falando de recursos ligados por critério jurídico-positivo, e quando se fala em “relação de

condicionamento” e “recurso condicionado” se está falando de recursos ligados por critério lógico. Dito isso, é possível prosseguir sem sobressaltos.

3.1 RECURSO SUBORDINADO E RECURSO CONDICIONADO

A *relação de subordinação* consiste na condição legal de exame de algo (subordinante) ao prévio conhecimento de outro (subordinado). Ela deriva de critério jurídico-positivo. Depende *apenas* de previsão legal, portanto.

Presentes os elementos do suporte fático da regra instituidora da relação de subordinação, ela incide *per se* e objetivamente, quer dizer, sem consideração de qualquer especificidade do caso concreto. Como não parte de critério lógico, descabe atribuí-la a partir de construção teórico-doutrinária. Sem regra positiva não se pode falar em relação de subordinação.

No plano dos recursos, tem-se que: (i) não conhecido o recurso subordinante, não se examina o recurso subordinado (não será conhecido por perda superveniente de objeto, ou seja, falta de interesse recursal); (ii) conhecido o recurso subordinante, examina-se o recurso subordinado (que será conhecido, ou não; provido ou não).

O CPC disciplina o recurso subordinado nos §§ 1º e 2º do art. 997. A relação de subordinação entre o recurso subordinante (=independente) e o recurso subordinado (= adesivo) está claramente posta no inciso III do § 2º do citado dispositivo legal:

§ 2º O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte:

III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível.

Portanto, não é nada sofisticada a razão por que o não conhecimento do recurso independente acarreta, por si só, a inadmissibilidade do recurso adesivo: tal decorre de expressa previsão legal neste sentido. Nada mais, nada menos.

Por outro lado, a *relação de condicionamento* consiste no liame de implicação lógica entre várias questões, em razão da qual o exame de uma define se e como a outra deve ser examinada. Seu critério é lógico. Deriva da dinâmica concreta da interação das questões postas para julgamento e que devem ter sua relação de precedência lógica delineadas pelo teórico e pelo prático, subministrando os conteúdos jurídicos urdidos do direito positivo. Não depende de previsão legal específica, pois.

A questão diz respeito ao pressuposto recursal do interesse-utilidade,¹¹¹ de modo que só se justifica o exame de um recurso (condicionado) se antes

¹¹¹ Sobre o pressuposto recursal do interesse, em especial sob o aspecto da utilidade, são sempre basilares as lições de José Carlos Barbosa Moreira: “A noção de interesse, no processo, repousa sempre, ao nosso ver, no binômio *utilidade + necessidade*: a utilidade *da providência* judicial pleiteada, necessidade *da via* que se escolhe para obter essa providência. O interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda uma situação *mais vantajosa*, do ponto de vista *prático*, do que as emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário o recurso para alcançar tal vantagem. (...) A construção de um conceito *unitário* do interesse em recorrer, ao que nos parece, exige a adoção de uma óptica antes *prospectiva* que *retrospectiva*: a ênfase incidirá mais obre o que é possível ao recorrente *esperar que se decida*, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo que *se decidiu*, no julgamento impugnado. Daí preferirmos aludir à *utilidade*, como outros aludem como fórmula afim, ao *proveito* ou ao *benefício* que a futura decisão seja capaz de proporcionar ao recorrente. (...) A razão de ser do processo não consiste em proporcionar ocasião para que o debate de puras teses, sem consequências concretas para a fixação da disciplina do caso levado à apreciação do juiz. Nem pode a atividade do aparelho judiciário do Estado servir de instrumento para a solução de questões acadêmicas. Por isso, não entra em linha de conta a veleidade, que alguma das partes tenha, de obter satisfação psicológica com o acolhimento *in totum*, pelo órgão *ad quem*, da argumentação utilizada na defesa do seu direito, se a decisão já assegura a este tutela eficaz. Daí se tiram importantes corolários. O mais gritante deles costuma a doutrina formulá-lo dizendo que não legitima a interposição de recurso a simples discrepância entre as razões de decidir e os argumentos invocados pela parte; ou, em outras palavras, que só se admite recurso *contra dispositivo*, e não *contra a motivação*”. (Comentários ao Código de Processo Civil. 15. ed. Forense. 2009, p.298-302). A rigor, casos há em que se pode, sim, recorrer para impugnar a motivação da decisão, a saber, embargos de declaração, casos em que se profere sentença de improcedência por falta de prova quando o regime da coisa julgada é *secundum eventum probationis* e na resolução da questão prejudicial decidida em caráter incidental. No tocante a essas questões, não há divergência. Polêmica surge quando, na esteira da concessão de maior força às decisões judiciais – alguns falam, genericamente, em precedentes –, se entende que

for dado provimento ao outro (condicionante). Daí por que o não provimento do recurso condicionante sempre implica em perda de objeto do recurso condicionado.

3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS QUESTÕES PRÉVIAS: QUESTÕES PRELIMINARES E QUESTÕES PREJUDICIAIS; RECURSO CONDICIONADO E RECURSO INDEPENDENTE.

Importante notar que aqui se está no macroplano da cognição judicial, mais especificamente das *questões prévias*.

Como se sabe, as questões postas para julgamento interagem entre si de diversas maneiras. É sempre possível que umas impactem sobre outras, por implicação lógica, impondo que algumas sejam examinadas antes das outras. Uma questão prévia pode (i) impedir o exame da outra ou (ii) definir o modo como esta será decidida. Fala-se, respectivamente, em questões preliminares – (i) – e questões prejudiciais – (ii).

Ou seja, a *questão preliminar* é aquela cuja solução, conforme o sentido em que se dê, cria ou remove obstáculo à apreciação da outra. A possibilidade de apreciar-se a segunda depende de como se decida a primeira.

Por exemplo: o exame dos pressupostos processuais e das condições da ação é preliminar em relação ao exame do mérito. Ausente qualquer dessas questões de admissibilidade não se pode examinar o mérito.

Já a *questão prejudicial* é aquela cuja solução determina o teor que se deve atribuir à questão prejudicada, e não se esta pode, ou não, ser

haveria interesse em impugnar determinada decisão apenas para que haja definição de entendimento acerca de determinada questão, que pode ser replicada em outros casos futuros. Para tanto, conferir, por todos: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v.3. 13. ed. Belo Horizonte: Jus Podivm. 2016, p. 118-120.

examinada. A questão prejudicada depende da questão prejudicial não no seu ser, mas no seu modo de ser¹¹².

Por exemplo: em ação de alimentos, o teor da decisão sobre a paternidade não impede o exame do pedido de alimentos, mas define como será julgado. Decidindo-se que o réu é pai do autor, o pedido de alimentos poderá ser acolhido (se bem que ainda dependerá de provar-se que o autor necessita dos alimentos, v.g.). Decidindo-se, de outro modo, que o réu não é pai do autor, o pedido de alimentos necessariamente será julgado improcedente. Como se vê, o pedido de alimentos será examinado qualquer que seja a sorte da questão prévia da paternidade, mas o ter desta determinará seu conteúdo.

Posto isso, “não se pode dizer que uma questão X que seja, em si mesma, prejudicial ou preliminar, mas que é prejudicial em relação à questão Y”¹¹³. Tal natureza é *relacional*, isto é, de como uma questão interage concretamente com outra.

Por exemplo: a paternidade é a questão principal na ação declaratória de paternidade, mas é questão prévia (prejudicial) na ação de alimentos. Uma questão é prévia a outra (como preliminar ou prejudicial) de acordo com o modo como elas interajam na hipótese concreta. Tudo independentemente de previsão legal expressa.

Tudo isso permite compreender que a existência de *questão prévia* torna um recurso *condicionado* a outro. Um recurso é *condicionado* a outro quando a questão a ser decidida em um (o condicionante) cria ou remove impedimento ao exame do outro ou, ainda, quando define o modo como deve ser julgado o outro (o condicionado). Ou seja, o recurso B é condicionado ao

¹¹² DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 18. ed. Belo Horizonte: Jus Podivm. 2016. p. 448.

¹¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e questões preliminares. **Direito Processual Civil**: ensaios e pareceres. Bolsoi. 1971, p. 89.

recurso A quando este versar questão *preliminar* ou *prejudicial* àquela vertida em B.

Por fim, o recurso é *independente* quando as questões nele suscitadas não estão de modo algum (=previsão legal ou vínculo lógico) condicionadas ao exame das questões discutidas no recurso do adversário.

3.3 A APELAÇÃO DO ART. 1.009, § 1º, CPC: NUNCA SUBORDINADA; EVENTUALMENTE CONDICIONADA

Tudo isso para dizer que a apelação em contrarrazões do art. 1.009, § 1º, CPC, *jamaiz é subordinada* à apelação em razões. O motivo é simples e suficiente: inexistência de disposição legal neste sentido.

O art. 1.009, § 1º, CPC, admite – de forma exótica, vale reconhecer – que a apelação (=impugnação contra decisão interlocutória de recorribilidade *mediata* (ou diferida) por meio da qual se pede sua anulação ou reforma) seja interposta em razões ou contrarrazões, mas não prescreve que o não conhecimento da apelação em razões impede o conhecimento da apelação em contrarrazões. Nada indica que o não conhecimento da apelação em razões será *razão bastante* para o não conhecimento da apelação em contrarrazões (ao contrário do que faz o art. 997, § 2º, III, CPC). Qualquer que seja a via – razões ou contrarrazões –, o recurso sempre é *independente*.

Mas a apelação em contrarrazões *eventualmente* pode ser *condicionada* ao provimento da apelação em razões.¹¹⁴

¹¹⁴ Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha afirmam que “a apelação do vencedor prevista no § 1º do art. 1.009 do CPC é condicionada. Isso significa que somente será examinada se a apelação do vencido for acolhida, afinal, repise-se, quem se vale dela é o vencedor, que somente perderá esta qualidade se a apelação do vencido originário for provida” (Cit. 172). Os autores acertam no exemplo, mas pecam na generalização. Ao contrário do que dizem, é perfeitamente possível que a apelação em contrarrazões do art. 1.009, § 1º, CPC, não seja condicionada ao provimento da apelação em razão do vencido. Por exemplo: A demanda em face de B. No curso do processo é condenado por litigância de má-fé, mas a sentença é de procedência. B apela da sentença em razões e A apela da interlocutória em contrarrazões. Nesse caso, o interesse-utilidade de A não está condicionado ao provimento do apelo de B.

Isso ocorrerá quando o interesse-utilidade no julgamento da apelação em contrarrazões só se concretizar com o provimento da apelação em razões. A apelação em razões versa sobre *questão prévia* àquela suscitada na apelação em contrarrazões.

Trata-se de *questão preliminar*, pois o seu resultado cria ou remove obstáculo à apreciação daquela suscitada na apelação em contrarrazões. Assim: (i) *não conhecida* a apelação em razões, falta interesse no exame da apelação em contrarrazões; (ii) *conhecida e não provida* a apelação em razões, falta interesse no exame da apelação em contrarrazões; (iii) *conhecida e provida* a apelação em razões, há interesse no exame da apelação em contrarrazões.

Portanto, embora a apelação em contrarrazões do art. 1.009, § 1º, CPC, jamais seja *subordinada* à apelação em razões, ela eventualmente pode ser *condicionada* ao provimento desta.

Somente baralhando inadvertidamente as noções de recurso subordinado e recurso condicionado é que se pode afirmar que a apelação em contrarrazões é subordinada à apelação em razões. Nada obstante, tal confusão tem sido comum na doutrina.

3.3.1 O Posicionamento de Alexandre Freitas Câmara

Alexandre Freitas Câmara reconhece a possibilidade de haver interesse em apelar contra a interlocutória de recorribilidade diferida (i) *apenas* em razões e (ii) *e tanto* em razões como em *contrarrazões*.

Por outro lado, entende que tal apelação pode ser *independente* ou *subordinada*, conforme esteja presente a hipótese (i) ou (ii), respectivamente. Em (i), a apelação sempre será *subordinada*. Em (ii), se a apelação for

interposta (ii.1) *em razões*, será *independente*, mas se for interposta (ii.2) *em contrarrazões*, será *subordinada*.

Para o nosso autor, então, de (i) e (ii.2) conclui-se que toda apelação contra decisão interlocutória de recorribilidade *mediata* interposta *em contrarrazões* será *subordinada*. Mas deve-se observar da sua tese que a subordinação pode ter fundamentos diversos: em (i), há o que ora se chama de *subordinação voluntária*, pois há interesse em apelar *em razões* (quando será independente) ou *em contrarrazões* (quando será subordinada), de modo que a apelação será *independente* ou *subordinada* por *opção* do apelante; em (ii.2), há o que ora se chama de *subordinação necessária*, pois só há interesse para apelar em contrarrazões, de modo que a apelação será *subordinada* por *imposição do sistema*. Resumidamente, em (i) a subordinação funda-se na *opção* da parte; em (ii.2), em funda-se em *imposição* do sistema.

Em suma, nosso autor defende que a apelação do art. 1.009, § 1º, CPC (=aquela interposta em contrarrazões, seja por ato de vontade, seja por imposição do sistema), sempre será um recurso subordinado, *gênero* a que se integra outra *espécie*, o recurso adesivo.¹¹⁵

Não se pode concordar com tal posição porque não há, no direito positivo, qualquer prescrição nesse sentido. Aliás, nem mesmo nosso autor alude a qualquer critério jurídico-positivo. Fica claro em seu texto que o critério por ele empregado é a variação da presença do *interesse recursal*, que pode ser, digamos, (i) ampla ou (ii) restrita. *Será ampla* – (i) – quando houver interesse em apelar tanto em *razões* como em *contrarrazões* (v.g. A demanda em face de B, é condenado por litigância de má-fé no curso do processo e recebe sentença de improcedência parcial. Aqui, ele tem interesse em apelar, em razões, tanto da interlocutória quanto da sentença, podendo optar por apelar apenas contra a interlocutória e, nesse caso, em razões ou em contrarrazões, caso B apele para obter anulação ou reforma da sentença, na

¹¹⁵ CÂMARA, 2015, op. cit., p. 511.

parte em que foi vencido). *Será restrita* – (ii) – quando houver interesse em apelar apenas em contrarrazões (v.g. A demanda em face de B, tem prova indeferida no curso do processo e recebe sentença de procedência integral. A só terá interesse em apelar contra a interlocutória se B apelar contra a sentença). Mas essa variação do interesse entre amplo e restrito deriva de *elo lógico* entre os recursos (=relação de condicionamento), e não por *elo jurídico-positivo* entre eles (=relação de subordinação).

Portanto, parece claro que no desenvolvimento do raciocínio houve um baralhamento entre o elo derivado de critério jurídico-positivo (que produz relação de subordinação), e o elo derivado de critério lógico (que produz relação de condicionamento).

3.3.2 O Posicionamento de José Miguel Garcia Medina

Semelhantemente, José Miguel Garcia Medina defende que quando a questão julgada na decisão interlocutória for totalmente independente daquela decidida na sentença a parte pode apelar da primeira tanto em razões como em contrarrazões (v.g. A demanda em face de B, no curso do processo é condenada por litigância de má-fé e vence integralmente na sentença. Aqui, ele pode apelar contra a interlocutória tanto em razões como em contrarrazões).

Mas faz a seguinte diferenciação: se a interlocutória for apelada em *razões*, será recurso *independente*; se for apelada em *contrarrazões*, será recurso *subordinado*. Não há qualquer explicação mais ou menos detida para justificar tal diferenciação. Nosso autor limita-se a dizer que a impugnação à decisão interlocutória apresentada nas contrarrazões é *subordinada* e que se a

apelação independente não for conhecida aquela não poderá ser conhecida, aplicando-se, analogicamente, o art. 997, § 2º, III, CPC.¹¹⁶

Aparentemente, tal posição arrima-se nas mesmas razões de Alexandre Freitas Câmara, razão por que valem, aqui, as críticas feitas no item 3.3.1, *supra*.

3.3.3 O Posicionamento de Humberto Theodoro Jr.

Humberto Theodoro Jr., defende que se a parte prejudicada pela decisão interlocutória for vencida na sentença, deverá arguir a matéria em preliminar de apelação. Se, contudo, a sentença lhe for favorável, a impugnação poderá ocorrer em sede de contrarrazões de eventual apelação interposta pela parte contrária. Nessa última hipótese, diz o mestre mineiro, o vencedor manejaria um recurso *eventual* e *subordinado*, visto que só seria apreciado caso o recurso do vencido fosse provido.

Não há, contudo, qualquer explicação analítica da razão por que a apelação em razões é *independente*, mas a apelação em contrarrazões é *subordinada*.¹¹⁷ Novamente, parece que as razões são as mesmas de Alexandre Freitas Câmara, razão por que vale, aqui, as críticas feitas no item 3.3.1, *supra*.

3.3.4 O Posicionamento de Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha

Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha defendem que o vencedor pode apelar contra a decisão interlocutória a si desfavorável, porém

¹¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 1484.

¹¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v.III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 1010.

apenas em contrarrazões que sempre serão *subordinadas e condicionadas*. Sustentam tal posição sob o argumento de que o vencedor na sentença só terá interesse-utilidade se a apelação do adversário for conhecida e provida. Invocam a instrumentalidade das formas como pretexto para admitir que o vencedor na sentença apele em *razões* da interlocutória, mas ressaltam que ela preserva a natureza de recurso subordinado e condicionado. Assim, se o vencido não apelar a apelação do vencedor não deve ser admitida.¹¹⁸

Eles analisam exemplo trazido por Carolina Uzeda, que teria, para a autora, a aptidão para comprovar que é possível que a apelação contra a interlocutória seja independente. O exemplo é o seguinte: A demanda em face de B, é condenado no curso do processo a pagar multa por não comparecer à audiência de conciliação ou mediação e, ao final, recebe sentença de procedência integral. Aqui, diz a autora, A tem interesse em apelar contra a interlocutória independentemente de apelação de B, contra a sentença, e, uma vez interposto, tal recurso (de A) será independente.

Nossos autores objetam o raciocínio argumentando que tal decisão, ao condenar a parte a pagar multa, amplia o mérito do processo, e, portanto, é recorrível por agravo de instrumento (art. 1.015, II, CPC).

O argumento é insustentável, pois alarga equivocadamente a noção de “mérito do processo”, referida no art. 1.015, II, CPC. Deve-se diferenciar o (i) “*mérito do processo*” do (ii) “*mérito de incidente processual*”, pois o art. 1.015, II, CPC, diz respeito aos primeiros, apenas. Nada impede que o mérito de determinados incidentes constitua, pontualmente, hipótese de cabimento de agravo de instrumento, porém não é disso que dá conta o art. 1.015, II, CPC, exatamente por que “mérito do processo” e “mérito de incidente processual” são noções diversas.

¹¹⁸ DIDIER JR; CUNHA, 2016, op. cit., p. 164-175.

O “*mérito do processo*” – (i) – diz respeito às questões de mérito, isto é, aos fundamentos e pedidos do autor e fundamentos (e eventuais pedidos) do réu (não se fala de terceiros porque, desde que admitidos no processo, tornam-se partes). Em suma, versam o “*mérito do processo*” as decisões do art. 487, CPC¹¹⁹. Quando essas decisões são parciais, ou seja, não exaurem todas as questões de mérito, cabe agravo de instrumento *ex vi* do art. 1.015, II, CPC.

O *mérito de incidente processual* – (ii) – diz respeito às questões incidentes que devem ser decididas previamente ao exame da questão principal, mas que, uma vez suscitadas, tornam-se a questão principal do respectivo incidente. Por exemplo: a convenção de arbitragem (pressuposto processual negativo) é questão incidente em relação ao mérito, mas é a questão principal do incidente cognitivo que a aprecia. A decisão a respeito toca ao “*mérito do incidente processual*” (ainda que não se instaure um incidente formalmente apartado), mas nunca o “*mérito do processo*” para fins do art. 1.015, II, CPC. Por sinal, nesse caso cabe agravo de instrumento pela expressa previsão do art. 1.015, III, CPC.

Evidentemente, a decisão sobre a multa por não comparecimento à audiência de conciliação ou mediação inicial obrigatória compõe o *mérito do incidente* instaurado para apurar a sua incidência. Nada mais. Portanto, dizer que isso integra o *mérito do processo* é um salto hermenêutico claramente equivocado.

Arrisca-se a dizer, muito respeitosamente, que o posicionamento dos nossos autores é manifestação (certamente inconsciente) do *viés de ancoragem e ajustamento*, distorção cognitiva consistente na realização de uma estimativa pelo sujeito, a partir de um valor inicial, vai sendo

¹¹⁹ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

progressivamente ajustado conforme vão surgindo informações adicionais. Com frequência, a valoração inicial exerce influência indevida e desproporcional sobre a análise dos elementos obtidos posteriormente, provocando erros que passam inadvertidos para o próprio intérprete. A valoração inicial se projeta sobre os elementos que vão surgindo depois e distorcem a compreensão destes (não deixa de se ligar com o *viés de confirmação*).¹²⁰ Assim, no afã de confirmar a tese de que a apelação interposta contra decisão interlocutória de recorribilidade mediata é *sempre* subordinada à apelação (em razões) do adversário, nossos autores atribuem à oração “mérito do processo”, presente no art. 1.015, II, CPC, sentido muito além do possível.

Posto abaixo o único óbice levantado por nossos autores, conclui-se que é perfeitamente possível que seja independente a apelação interposta contra a interlocutória de recorribilidade mediata. A questão é verificar se há interesse recursal em impugná-la independentemente de apelação do adversário: (i) em caso positivo, a apelação será *independente*, quer seja interposta em razões ou contrarrazões (v.g. A demanda em face de B, no curso do processo é condenado por litigância de má-fé e ao final recebe sentença de procedência total. Nesse caso, há interesse em apelar contra a interlocutória em razões ou contrarrazões de eventual apelação de B, e seu exame independe do conhecimento ou provimento deste); (ii) em caso negativo, a apelação será *subordinada*, e só poderá ser interposta em contrarrazões (v.g. A demanda em face de B, tem prova indeferida e ao final recebe sentença de procedência total. Nesse caso, só há interesse no reexame da interlocutória se B apelar contra a sentença e este recurso for provido).

¹²⁰ A propósito dos vieses de ancoragem e ajustamento e de confirmação, conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. SOUSA, Diego Crevelin de. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Tomo I. (Coords). Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro, Roberto P. Campos Gouveia Filho, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão e Lucio Grassi de Gouveia. Lualri, 2017, p. 198 a 203.

3.3.5 O Posicionamento de Rogério Licastro Torres de Mello

E mesmo aqueles que, com razão, entendem que a apelação em contrarrazões é recurso independente e apenas eventualmente condicionado, não encampam a conclusão desde os argumentos corretos.

Rogério Licastro Torres de Mello defende (corretamente, embora sem maior depuração analítica), que a apelação em contrarrazões é recurso independente porque essa é a regra em nosso sistema processual (art. 997, CPC) e não há regra específica em sentido contrário. Defende, outrossim, que a parte pode, querendo, impugnar a interlocutória em apelação adesiva, desde que o faça expressamente (art. 997, § 1º, CPC) – com o que se concorda e será desenvolvido no item 6, *infra*.

Partindo do interesse-utilidade, nosso autor defende que as contrarrazões passaram a ter natureza jurídica híbrida, vale dizer, consistem em peça (i) de resistência às razões de apelação e (ii) de impugnação das decisões interlocutórias de recorribilidade *mediata* (no mesmo sentido ora defendido, no item 3). Assim, se a apelação do adversário não for conhecida, mas remanescer interesse-utilidade no exame da apelação em contrarrazões, esta deverá ser julgada. As contrarrazões nas quais se impugna decisão interlocutória funcionam, neste pormenor, com autêntico recurso independente, *ex vi* do § 1.º do art. 1.009.¹²¹

Leitura detida desse ponto demonstra, contudo, que nosso autor parece incorrer no mesmo desvio de percepção que vem sendo denunciado, só que ao contrário: para ele, o recurso é independente porque eventualmente pode remanescer o interesse-utilidade. Eis o equívoco. A subsistência do interesse-

¹²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Frídie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT. 2016, p. 2486-2487. Em sentido semelhante, conferir: SILVA, Bruno Campos. **A apelação e o novo CPC**: alguns pontos relevantes. Disponível em www.emporiiododireito.com.br.

utilidade no julgamento da apelação em contrarrazões quando não conhecida a apelação do adversário prova que aquela *não é condicionada* (elo lógico), mas nada diz sobre sua *subordinação* (elo jurídico-positivo).

É bom lembrar, que, *em termos estritamente lógicos*, subsiste utilidade no exame do recurso adesivo (subordinado) caso não seja conhecido o recurso independente (v.g. A demanda em face de B pede a condenação deste a pagar 100 e a sentença concede 50. B apela pedindo a reforma para menor e A apela adesivamente para pedir os 50 que perdeu. O não conhecimento do recurso de B não torna inútil o acolhimento do recurso de A, pois entre os 50 que ganhou e ganhar mais 50 há evidente utilidade prática). Nesse caso, o recurso adesivo (subordinado) não será conhecido apenas por critério jurídico-positivo, ou seja, previsão legal expressa à qual a parte adere livremente ao recorrer de tal modo (adesivamente). Em suma, subsiste utilidade prática, mas há disposição legal expressa que impede o seu exame.

Portanto, nota-se que nosso autor baralha os critérios ao mirar o interesse-utilidade para dizer que o recurso é independente, quando a classificação entre recurso independente e recurso subordinado liga-se não a critério lógico (observável pela análise do interesse recursal), mas a critério jurídico-positivo (previsão legal que subordina o exame do recurso subordinado ao exame do recurso subordinante).

3.4 ARREIMATE E SISTEMATIZAÇÃO

Todas essas referências doutrinárias demonstram que tem havido uma grande confusão analítica a respeito das noções de *relação de subordinação* (que deriva de previsão legal) e *relação de condicionamento* (que deriva de implicação lógica), comprometedora da compreensão adequada do art. 1.009, § 1º, CPC.

Importante ressaltar que não se trata de mera falta de apuro terminológico, mas de equívoco analítico prenhe de drásticas consequências práticas. Afinal, dizer que a apelação em contrarrazões é subordinada à apelação do adversário força a conclusão de que o não conhecimento desta *sempre e por si só* impede o exame daquela, o que não é correto.

Passa-se a um conjunto de exemplos que aclararão as afirmações feitas até aqui.

Em primeiro lugar, demonstrar-se a possibilidade de coexistirem as relações de *subordinação* e de *condicionamento*.

Suponha que A demande em face de B pedindo a condenação deste a pagar 100. Juiz profere sentença condenando B a pagar 70. Intimadas as partes da sentença, apenas B interpõe apelação independente pedindo a reforma integral da sentença. Intimado para contrarrazões, A interpõe apelação subordinada (ou adesiva) pedindo a condenação de B aos 30 negados em primeiro grau. Aqui, a apelação de B é independente e a apelação de A é subordinada (=adesiva, *ex vi* do art. 997, § 2º, III, CPC). Se por qualquer razão a apelação independente (ou subordinante) de B não for conhecida, não se conhecerá igualmente a apelação subordinada (ou adesiva) de A.

A solução dada acima deriva exclusivamente da relação de subordinação imposta por lei do recurso subordinado (=adesivo) ao recurso independente. Não decorre de implicação lógica que suprime o interesse-utilidade no exame da apelação de A. Pelo contrário, o provimento de sua apelação era capaz de gerar proveito prático (obter os 30 negados em primeiro grau). Só não se examina a apelação de A porque ela é, *ope legis*, subordinada à de B, cujo não conhecimento impede, *per se*, o seu exame.

Mesmo assim, observe-se que, no plano lógico, há um elo (de condicionamento) entre as apelações de A e B: este nega a existência do direito que aquele pretende seja ampliado. Por isso, primeiro se deve

examinar a apelação de B, pois, se for acolhida (=negada a existência do direito de A), restará logicamente prejudicada a de A.

No segundo exemplo demonstra-se que entre recursos independentes pode haver relação de condicionamento.

A diferença entre *subordinação* (recurso subordinado) e *condicionamento* (recurso condicionado) fica ainda mais clara se se considerar que, no mesmo exemplo, A e B tivessem interposto apelações independentes. Nesse caso, não existiria relação de *subordinação*, mas *persistiria* a relação de *condicionamento*. Ou seja, a apelação de B ainda teria de ser examinada antes da de A. E aí, se a apelação de B: (i) não fosse conhecida, não impediria o exame da apelação de A; (ii) fosse conhecida e desprovida, não impediria o exame da apelação de A; (iii) fosse conhecida e provida, impediria o exame da apelação de A, esvaziando o interesse por incompatibilidade lógica (não se pode decidir, ao mesmo tempo, que o direito de A existe e não existe).

O que foi dito até aqui confirma que a *relação de subordinação* depende de *previsão legal expressa*, ao passo em que a *relação de condicionamento* depende da *interação lógica* das questões colocadas para julgamento em concreto.

No terceiro exemplo demonstrar-se que, além de nunca ser subordinada, a apelação em contrarrazões também pode não ser condicionada.

Suponha que A demande em face de B pedindo sua condenação a pagar 100. No curso do processo, é proferida decisão interlocutória que condena A por litigância de má-fé por suscitar impedimento manifestamente infundado de testemunha. Apesar disso, sobrevém sentença de procedência. Suponha que B apele contra a sentença e A apele contra a interlocutória que o condenou por litigância de má-fé.

No caso, inexistente relação lógica entre litigância de má-fé de A e a derrota, no mérito, de B. Logo, não há relação *condicionamento* entre suas apelações (o fato de A ter suscitado incidente manifestamente infundado de suspeição de testemunha não impede que ele tenha direito ao que pediu)¹²². Também não há relação de *subordinação* por ausência de previsão legal neste sentido.

Desse modo: (i) o não conhecimento da apelação de B não impede o conhecimento (e eventual provimento) da apelação em contrarrazões de A; (ii) o conhecimento e provimento da apelação de B não impede o conhecimento (e eventual provimento) da apelação em contrarrazões de A; (iii) o conhecimento e desprovimento da apelação de B não impede o conhecimento (e eventual provimento) da apelação em contrarrazões de A.

Portanto, não há subordinação nem condicionamento entre os recursos de A e B.

No quarto exemplo demonstra-se que a apelação em contrarrazões pode, conquanto jamais subordinada, ser condicionada à apelação do adversário.

Suponha que A demande em face de B, pedindo a condenação deste a pagar 100. No curso do processo, é proferida decisão interlocutória indeferindo a produção de prova pericial requerida por A. Por fim, é proferida sentença de procedência. Nesse caso: B tem interesse em apelar da sentença, e A, em princípio, não tem interesse em apelar da interlocutória nem da sentença, pois a reforma de nenhuma delas proporcionará resultado prático mais vantajoso que o já obtido. Mas A terá interesse em recorrer se B apelar da sentença, requerendo a produção da prova para o caso da apelação de B ser provida (relação de condicionamento).

¹²² Vale lembrar, por oportuno, que não há qualquer relação entre litigância de má-fé e existência do direito. Assim: (i) a parte pode litigar de má-fé e não ter direito ao que pede; (ii) a parte pode litigar de má-fé e ter direito ao que pede; (iii) a parte pode não litigar de má-fé e não ter direito ao que pediu; (iv) a parte pode litigar de má-fé e ter direito ao que pede.

Nesse último caso, é possível sistematizar assim: (i) o não conhecimento da apelação de B impede o conhecimento da apelação em contrarrazões de A; (ii) o conhecimento e provimento da apelação de B não impede o conhecimento (e eventual provimento) da apelação em contrarrazões de A, pois é nesse caso que se consolida o interesse de A no reexame da interlocutória que indeferiu a prova por ele requerida; (iii) o conhecimento e desprovimento da apelação de B impede o conhecimento da apelação em contrarrazões de A.

Em suma, o exame da apelação de A é condicionado ao provimento da apelação de B. É que só haverá interesse no exame do primeiro (=reexame da interlocutória que indeferiu a produção da prova) se antes o segundo for acolhido (=reforma da sentença que condenou B em favor de A por convicção do órgão ad quem de que inexistia prova do direito de A).

Pois bem.

Inventariadas todas essas hipóteses é possível estabelecer as seguintes conclusões parciais: (i) não se pode confundir subordinação – categoria jurídico-positiva dependente de previsão legal – e condicionamento – categoria lógica derivada da implicação entre questões postas para decidir; (ii) a apelação em contrarrazões do § 1º do art. 1.009 do CPC (ii.1) jamais tem relação de subordinação com a apelação do adversário, mas (ii.2) pode ter (não necessariamente terá) relação de condicionamento com a apelação do adversário, sendo que (ii.2.1) haverá relação de condicionamento sempre que seu provimento só apresentar vantagem prática (pressuposto recursal do interesse-utilidade) se, antes, for provida a apelação do adversário, e (ii.2.2) não haverá relação de condicionamento quando seu provimento apresentar vantagem prática (interesse-utilidade) independentemente do conhecimento ou provimento da apelação do adversário.

4 INTERLOCUTÓRIA APELÁVEL EM RAZÕES, EM CONTRARRAZÕES OU EM AMBAS? PERCPECTIVA PELO INTERESSE-UTILIDADE

Nesse capítulo não se acrescentará nada ao que já foi dito. Cuida-se apenas de sistematizar o raciocínio e preparar para o questionamento feito no próximo capítulo.

O que foi dito até aqui indica a existência das seguintes possibilidades de apelar contra a decisão interlocutória de recorribilidade mediata: (i) em razões ou contrarrazões, à escolha da parte, e (ii) apenas nas contrarrazões. E será assim conforme haja *interesse recursal amplo* ou *interesse recursal restrito*, como se convencionou chamar no item 3.3.1, *supra*.

Há interesse recursal amplo quando a apelação contra a interlocutória pode ser interposta independentemente da apelação do adversário. Isso se dá quando as questões decididas na interlocutória e na sentença são totalmente independentes (inexistência de implicação lógica). Aí, a interlocutória será apelável em razões ou contrarrazões, à escolha da parte.

Por exemplo: A demanda em face de B pedindo a condenação deste a pagar 100. A não comparece à audiência inicial de conciliação obrigatória e é condenado a pagar multa por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 334, § 8º, CPC). Por fim, sobrevém sentença de procedência. Aqui, A tem interesse em apelar da interlocutória em razões e em contrarrazões, à sua escolha. Ou seja, pode apelar da interlocutória em razões, desde logo, ou em contrarrazões, quando intimado para responder à apelação de B.

Há interesse recursal estrito quando a apelação contra a interlocutória só pode ser interposta posteriormente à interposição da apelação do adversário. Isso se dá quando o vencido na interlocutória é vencedor na sentença. Aí, a interlocutória será apelável apenas em contrarrazões.

Por exemplo: A demanda em face de B pedindo a condenação deste a pagar 100. Decisão interlocutória indefere prova requerida por A. Sentença de procedência. Aqui, A não tem interesse em apelar da sentença, mas pode ter em apelar a interlocutória se B apelar da sentença. Portanto, a interlocutória pode ser apelada em contrarrazões.

Em face do exposto, é possível estabelecer as seguintes proposições: (i) há interlocutórias de recorribilidade mediata que podem ser impugnadas tanto em razões como em contrarrazões de apelação, à escolha da parte; (ii) há interlocutórias de recorribilidade mediata que só podem ser impugnadas em contrarrazões de apelação;

Mesclando essas proposições com aquelas relativas à subordinação e condicionamento da apelação em contrarrazões que impugna decisões interlocutórias de recorribilidade mediata, tem-se que: (i) as interlocutórias de recorribilidade diferida que podem ser impugnadas tanto em razões como em contrarrazões de apelação não são subordinadas nem condicionadas à apelação em razões; e (ii) as interlocutórias de recorribilidade diferida que só podem ser impugnadas em contrarrazões de apelação não são subordinadas, mas são condicionadas à apelação em razões.

5 INTERLOCUTÓRIA APELÁVEL TANTO EM RAZÕES COMO EM CONTRARRAZÕES. CONSTITUCIONALIDADE?

Estando correto tudo o que se disse até aqui, então se nota o seguinte: (i) nos casos em que as interlocutórias podem ser impugnadas tanto em razões como em contrarrazões de apelação (porque não são subordinadas nem condicionadas à apelação em razões do adversário), a parte tem 30 dias para apelar, ou seja, 15 do prazo de apelação e mais 15 do prazo de contrarrazões; (ii) nos casos em que as interlocutórias só podem ser impugnadas em contrarrazões de apelação (porque não são subordinadas, mas

são condicionadas à apelação em razões do adversário), a parte tem apenas 15 dias para apelar, ou seja, os 15 dias para contra-arrazoar.

A essa altura, a questão que se coloca é a seguinte: a hipótese (i), pelo elastério do prazo, arrosta alguma inconstitucionalidade?

Poder-se-ia dizer que a hipótese nada tem de inconstitucional, haja vista que a parte que interpõe recurso adesivo (pense-se na apelação adesiva, para aproximar o raciocínio) também tem, ao fim e ao cabo, 30 dias para recorrer (os 15 dias das razões + os 15 dias das contrarrazões).

A comparação seria inoportuna e incorreta, contudo. Afinal, enquanto a apelação adesiva é subordinada à apelação independente (art. 997, § 2º, III, CPC), e, por isso, não será examinada se, por qualquer razão, a apelação independente não for conhecida, o mesmo não se passa com a apelação em contrarrazões do art. 1.009, § 1º, CPC, pois ela não é subordinada à apelação em razões do adversário, como tantas vezes reiterados ao longo deste texto, de modo que, não conhecida a apelação em razões do adversário, a apelação em contrarrazões terá de ser examinada.

Por exemplo: A demanda em face de B e pede a condenação deste a pagar 100. No curso do processo A é condenado a pagar multa por não comparecer à audiência de conciliação e, ao final, é proferida sentença de procedência integral. Neste caso, como não há qualquer dependência lógica entre as questões decididas na interlocutória e na sentença, A pode impugnar a interlocutória tanto nos 15 dias do prazo de razões como nos 15 dias do prazo de contrarrazões, em face de eventual apelação de B contra a sentença. Já B terá apenas o prazo de 15 dias para apelar em razões contra a sentença. Porém, a apelação em contrarrazões de A terá de ser examinada mesmo que a apelação em razões de B não seja conhecida.

Ora, nada justifica a dobra de prazo nesses casos (de inexistência de liame lógico entre as questões decididas na interlocutória e na sentença), razão por que tem-se um patente quadro de inconstitucionalidade.

Bem verdade que o art. 1.009, § 1º, CPC, não consagra a dobra de prazo expressamente, mas esse é o único sentido a ele atribuível, dado que prescreve que a interlocutória pode ser impugnada em preliminar de apelação ou em contrarrazões de apelação. Ou seja, o problema não está propriamente no texto, mas na norma a ele atribuível, aliás, a única atribuível nessa hipótese de absoluta isenção lógica entre as questões decididas na interlocutória e na sentença.

Tudo se resolve, então, com o emprego da técnica da *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, preservando-se integralmente o texto legal e excluindo o sentido inconstitucional que a ele pode ser atribuído.

De modo que a única interpretação em conformidade com o princípio da isonomia é no sentido de que apelação contra interlocutória não subordinada nem condicionada só pode ser interposta *em razões*.

A conclusão, então, é a seguinte: (i) nos casos de interesse recursal amplo (quando, em termos lógicos, há interesse em apelar tanto em razões como em contrarrazões), só pode haver apelação *em razões*, no prazo de 15 dias, contados da intimação da sentença, sendo intempestiva aquela interposta *em contrarrazões*; (ii) nos casos de interesse recursal restrito (quando, em termos lógicos, há interesse em apelar apenas em contrarrazões, em face da apelação em razões do adversário), só pode haver apelação *em contrarrazões*, no prazo de 15 dias, contados da intimação para contrarrazoar o apelo do adversário.

Uma última palavra, de cunho pragmático: não se viu semelhante ponderação na doutrina nem se pode dizer se tal entendimento será acatado pela jurisprudência (embora deva). Mas se o entendimento vier a ser acatado, urge que os tribunais não deixem de conhecer as apelações em contrarrazões interpostas contra decisões interlocutórias que geram interesse *imediato* (=independentemente da reforma da sentença e de apelação do adversário) até que tal entendimento seja devidamente consolidado pela jurisprudência

dos tribunais locais e, preferencialmente, pelo STJ, o que, quando ocorrer, deverá se dar com modulação de efeitos *ex nunc*, de modo a não prejudicar aqueles que, indo na esteira do *texto* do art. 1.009, § 1º, CPC, interponham, de boa-fé, tal recurso no prazo de contrarrazões. Tudo em homenagem à segurança jurídica.

6 APELAÇÃO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE DE APELAR ADESIVAMENTE?

Zulmar Duarte defende que o art. 1.009, § 1º, CPC, não é veículo para a impugnação de qualquer decisão interlocutória de recorribilidade mediata. Ainda que sem usar esses termos, ele diz que há (i) decisões interlocutórias de recorribilidade mediata que, de um lado, são *apenas* apeláveis (art. 997) e adesiváveis (art. 997, § 1º) e, de outro lado, (ii) decisões interlocutórias de recorribilidade mediata que são *apenas* contra-arrazoáveis (art. 1.009, § 1º).¹²³

Estão em (i) – decisões interlocutórias apeláveis em razões (art. 997) ou adesiváveis (art. 997, § 1º) – as decisões interlocutórias que geram interesse recursal *imediato*, ou seja, independentemente da apelação do adversário que pode levar à anulação ou reforma da sentença.

Estão em (ii) – decisões interlocutórias apeláveis apenas em contrarrazões (art. 1.009, § 1º, CPC) – as decisões interlocutórias que geram interesse recursal *mediato*, ou seja, apenas diante da possibilidade de recurso do adversário capaz de levar à anulação ou reforma da sentença.

Sistematicamente: (i) contra as decisões interlocutórias do primeiro grupo (DI1ºG), a parte pode apelar apenas em razões, independente (art. 997)

¹²³ DUARTE, Zulmar. **Contrarrazões ou reconvenção recursal**. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/contrarrazoes-ou-reconvencao-recursal-03042017>.

ou adesiva (art. 997, § 1º); (ii) contra as decisões interlocutórias do segundo grupo (DI2ºG), a parte pode apelar apenas em contrarrazões (art. 1.009, § 1º).

Não pareceu suficientemente claro se nosso autor admite ou nega a natureza recursal das contrarrazões (art. 1.009, § 1º, CPC), reconhecendo haver três formas de apelar, sendo duas para as DI1ºG (apelação principal (=independente (art. 997) e apelação adesiva (=subordinada – art. 997, § 1º)) e uma para as DI2ºG (apelação em contrarrazões (art. 1.009, § 1º)). Ambas merecem consideração.

Seria manifestamente incorreto negar a natureza recursal das contrarrazões nos casos do art. 1.009, § 1º, CPC, ou seja, para as DI2ºG. Primeiro – em argumento mais simples –, porque prevista no seio da disciplina de espécie recursal típica, a apelação (art. 994, I, CPC). Segundo – em argumento mais elaborado –, porque recurso é remédio por meio do qual se busca, no mesmo processo, a reforma, a anulação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial. Ora, mesmo na estreita hipótese das DI2ºG, ali as contrarrazões são exatamente remédio por meio do qual a parte pede, no mesmo processo, a reforma de decisão judicial. Logo, inegável a sua natureza recursal.

Ainda no ponto, o motivo para Zulmar restringir as contrarrazões como via impugnativa apenas às DI2ºG é que, do contrário, admitido o uso das contrarrazões também para as DI1ºG, é que isso equivaleria a fazer da apelação um recurso em benefício comum das partes, quebrando a regra da personalidade dos recursos (artigos 996 e 1.013) e autorizando a *reformatio in peius*. Ou seja, a extensão do efeito devolutivo da apelação (=pedidos recursais) seria definida pelo apelante, nas razões, e pelo apelado, nas contrarrazões; o recurso serviria a ambas as partes e tornaria possível a *reformatio in pejus*.

Aqui, dois desdobramentos são necessários. Primeiro, esse não foi o regime instituído pelo CPC. Segundo, se fosse, não haveria problema algum.

Quanto ao primeiro ponto, o art. 1.009, § 1º, CPC, atribuiu natureza recursal às contrarrazões. Como dito, nesses casos as contrarrazões são um misto de defesa (contra a apelação do adversário) e de ação (contra a interlocutória de recorribilidade mediata). No que é ação constitui recurso, sujeitando-se a todos os pressupostos recursais (inclusive preparo). Portanto, é incorreto falar em recurso como benefício comum das partes porque apelação em contrarrazões do art. 1.009, § 1º, CPC, não se incorpora à apelação em razões do adversário, como se houvesse apenas uma apelação com pedidos formulados tanto pelo apelante como pelo apelado (extensão do efeito devolutivo). Não. Há duas apelações: uma em razões e outra em contrarrazões, cada qual com seu próprio objeto.

Segundo, no plano lógico, nada impede que o recurso seja posto apenas no interesse do recorrente (quando cabe apenas ao recorrente definir a extensão do efeito devolutivo com o pedido a ser decidido pelo juízo *ad quem*, hipótese em que as contrarrazões possuem apenas natureza de defesa) ou no interesse do recorrente e do recorrido (quando cabe recorrente e recorrido definem a extensão do efeito devolutivo apresentando os pedidos a serem decididos pelo juízo *ad quem*, hipótese em que as contrarrazões possuem natureza de defesa (contra a apelação) e ação (contra a decisão)). A opção por um modelo ou por outro é questão de política-legislativa, situada no espaço de livre conformação do legislador. O critério é jurídico-positivo (disposição legal positiva), e não lógico (sintático), portanto.

No caso do direito positivo brasileiro, a regra é o modelo do recurso no interesse do recorrente (art. 996, em geral, e art. 1.013, em particular). Mas isso não impediu o legislador de, excepcionalmente, contemplar o modelo do recurso posto no interesse do recorrente e do recorrido, como se dá com o art. 1.013, § 3º, CPC (v.g. anulada a sentença por fundamentação deficiente e estando a causa madura para julgamento, é possível que se decida o mérito contrariamente ao recorrente (art. 1.013, § 3º, IV), em claro sinal de que o

recurso do recorrente/autor serviu também aos interesses do recorrido/réu).¹²⁴ No mesmo sentido, o novo CPC generaliza a possibilidade de *reformatio in pejus* ao dispor que os honorários sucumbenciais serão majorados quando o recurso for desprovido (art. 85, § 11), agravando a situação do recorrente. O dispositivo admite o recurso posto no interesse de ambas as partes, posto que limitado ao capítulo dos honorários sucumbenciais. Acrescente-se que o novel dispositivo não conta com qualquer rejeição da comunidade jurídica, muito pelo contrário é destinatário de encômios.

De todo modo, não é o que se passa com o art. 1.009, § 1º, CPC, que outorga natureza mista às contrarrazões, e, no que concerne à dimensão de ação, instaura recurso próprio e não pretensão que se agrega à apelação já interposta.

Pois bem.

Na hipótese de se haver reconhecido três formas de interpor apelação, se for mesmo adotada por nosso autor, observa-se que parte de premissa equivocada.

Zulmar sustenta que admitir o largo uso da apelação para impugnar decisões interlocutórias de recorribilidade mediata (abrangendo as DI1ºG e as DI2ºG) seria reduzir (ou mesmo proscrever) o recurso adesivo.

Sem razão, contudo.

¹²⁴ Luiz Fux adverte que “a proibição da reforma para pior’ adveio do abandono pelo nosso sistema do princípio de que a apelação era ‘remédio comum’ a ambas as partes, facultando ao tribunal, em provimento potencialmente dúplice, melhorar ou piorar a situação de qualquer delas. Transpõe-se, assim, o terreno da ‘comunidade da apelação’ para sua ‘unilateralidade’, de tal sorte que eventual admissão da *reformatio in pejus* deve decorrer de texto legal. (...) No período das Ordenações, a apelação era comum a ambas as partes, razão porque o tribunal de apelação podia prover em favor de qualquer delas, bastando apenas um recurso de um dos interessados”. Mais adiante, conclui que a aplicação do art. 515, § 3º, CPC/73, equivalente ao art. 1.013, § 3º, CPC, autoriza a “apreciar o pedido sem violação da máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, hoje, por expressa previsão legal” (Curso de direito processual civil. v. I. 4. ed. Forense. 2008, p. 797-801). Portanto, com a previsão do art. 1.013, § 3º, CPC, admitindo a possibilidade de reforma para pior, tem-se clara hipótese em que o recurso é, *ex vi legis*, regido pela disciplina do benefício comum.

Sob a vigência do CPC/73, a fase de conhecimento estabelecia, em regra, era orientada pela seguinte relação: contra sentença cabia apelação e contra decisão interlocutória cabia agravo. Naquele tempo, a apelação podia ser interposta de forma independente ou subordinada (=adesiva), *ex vi* do art. 500, enquanto o agravo (de instrumento ou retido) só poderia ser interposto de forma independente.

O novo CPC possui sistema diverso. Agora, cabe apelação contra sentença (art. 1.009, *caput*) e contra decisões interlocutórias não agraváveis (art. 1.009, § 1º). O novel diploma dispõe que a apelação pode ser interposta de forma independente (art. 997) ou subordinada (=adesiva) (art. 997, § 2º, II). Logo, se a apelação é cabível contra sentença e decisão interlocutória e se ela pode ser interposta de forma independente ou adesiva, então tanto a apelação contra sentença quanto a apelação contra decisão interlocutória pode ser interposta de forma independente ou adesiva.

Portanto, não há que se escandalizar com a afirmação de que, sob o sistema do CPC atual, cabe apelação subordinada (=adesiva) contra sentença e contra decisão interlocutória.

Mas isso jamais significa qualquer esvaziamento do recurso adesivo. Muito pelo contrário, amplia o seu espectro de cabimento se comparado com a sistemática do CPC/73. Enquanto este admitia apelação subordinada *apenas contra sentença*, o novo CPC admite apelação subordinada *contra sentença e decisões interlocutórias não agraváveis*. Muito antes de um réquiem, tem-se de um avivamento do recurso adesivo, com alargamento de suas hipóteses de cabimento.

O exemplo pode auxiliar: A pede a condenação de B a pagar 100. No curso do processo A é condenado por litigância de má-fé em razão de instaurar incidente manifestamente infundado de impedimento de testemunha. Ao final, é proferida sentença de procedência.

Aqui, no plano lógico, A pode *optar* por apelar contra a interlocutória em: (i) *razões independentes* (art. 997 c/c 1.009, § 1º); (ii) *razões subordinadas* (=recurso adesivo) à apelação de B (art. 997, § 1º e 2º, II c/c 1.009, § 1º); ou (iii) em *contrarrazões independentes* (art. 997 c/c art. 1.009, § 1º). Todavia, a solução (iii) deve ser repelida em face da interpretação conforme defendida no capítulo 5, *supra*. Assim, só é possível apelar em (i) e (ii).

Em (i) A apela desde logo porque está concretamente interessado na pronta reforma da interlocutória não agravável. Em (ii) A aproveita o ensejo da apelação de B e apela adesivamente para obter a reforma da interlocutória não agravável, *optando por submeter tal pretensão recursal à sorte da apelação de B*, ou seja, se esta não for conhecida, a de A não será examinada.

Por fim, cabe demonstrar que o recurso subordinado (art. 997) não seria esvaziado pelo art. 1.009, § 1º, CPC, mesmo que admitisse apelação em contrarrazões tanto contra *sentença* quanto contra *decisão interlocutória de recorribilidade mediata* – o que não é o caso, pois o CPC admite apelação em contrarrazões apenas contra interlocutórias. É que, nesse caso, à parte sempre restaria a *opção* de apelar contra tais decisões em (i) razões subordinadas ou (ii) em contrarrazões independentes. A possibilidade de optar manteria vivo o recurso adesivo.

Considerando o que já dito neste trabalho – a apelação em contrarrazões contra decisão interlocutória de recorribilidade mediata nunca é subordinada (=é independente) em relação à apelação em razões –, alguém poderia dizer que não faria sentido a parte, por ato de vontade, impugnar apelar de tal decisão na forma adesiva, tornando subordinado o que, de ordinário, seria independente. Mas tal objeção é que causaria espanto, afinal é exatamente isso que o recurso adesivo sempre fez e faz: possibilitar que a parte opte por apelar de forma independente ou subordinada.

Portanto, não haveria novidade alguma, nem ilicitude, pois é questão de conveniência e estratégia da parte optar por recorrer de forma independente ou subordinada, como lhe aprouver.

Em suma de todo o exposto, não é correto dizer que as DI1ºG só podem ser apeladas de forma independente (art. 997) ou subordinada (art. 997, § 1º) e que as DI2ºG só podem ser apeladas em contrarrazões.

Por tudo isso, não se considera correto dizer que certas interlocutórias não agraváveis só podem ser apeladas em – agora já na linguagem própria deste texto, não na de Zulmar – *razões independentes* e *razões subordinadas*, enquanto outras só podem ser apeladas em *contrarrazões independentes*. Tomando como pano de fundo o pressuposto do interesse-utilidade, diverge-se de Zulmar para entender que as DI1ºG podem ser apeladas em *razões independentes*, *razões subordinadas* e *contrarrazões independentes*, mas concorda-se com nosso autor no sentido de que as DI2ºG só podem ser apeladas em *contrarrazões independentes* (critério jurídico-positivo), mas que são *condicionadas* por relação de precedência lógica com a questão decidida na apelação (preliminaridade entre elas – critério lógico).

7 APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA E DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

É possível que a parte apele, simultaneamente, tanto da sentença quanto da decisão interlocutória?

Sim, é possível. E como bem percebido por Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha,¹²⁵ isso só será possível em relação à parte que recebeu decisão interlocutória e sentença desfavoráveis.

Por exemplo: A demanda em face de B pedindo a condenação deste a pagar 100. Decisão interlocutória indefere prova pericial requerida por B.

¹²⁵ DIDIER JR.; CUNHA, 2016, op. cit., p. 166-168.

Sentença de procedência. Aqui, B pode apelar tanto da sentença (que o condenou a pagar 100) quanto da decisão interlocutória (que indeferiu a prova pericial por ele requerida).

Nessa hipótese, portanto, é perfeitamente possível que a parte apelar tanto da sentença quanto da decisão interlocutória.

Dito isso, vale investigar espécie de cumulação que pode se apresentar.

Como se sabe, os pedidos podem ser cumulados de forma *própria* ou *imprópria*. *Própria* é a cumulação em que todos os pedidos podem ser acolhidos. *Imprópria* é a cumulação em que apenas um dos pedidos pode ser acolhido. A *cumulação própria* pode ser *simples* ou *sucessiva*. Na *cumulação própria simples*, os pedidos não guardam qualquer relação de preliminaridade ou prejudicialidade entre si, podendo ser analisadas livremente e em qualquer ordem. Pode haver acolhimento de um, alguns ou todos os pedidos (v.g. pedido de indenização por dano material e dano moral decorrente de acidente de trânsito). Na *cumulação própria sucessiva*, os pedidos guardam relação de prejudicialidade entre si, só se podendo acolher o segundo em caso de provimento do primeiro (v.g. pedido de declaração de paternidade é prejudicial ao pedido de condenação a pagar alimentos). A *cumulação imprópria* pode ser *subsidiária* ou *alternativa*. Na *cumulação imprópria subsidiária*, a parte formula pedidos em escala de preferência, de modo só se deve examinar o segundo pedido se houver sido rejeitado o primeiro (v.g. a parte pede a anulação do contrato ou a condenação do réu a pagar multa pelo descumprimento do contrato). Na *cumulação imprópria alternativa*, a parte formula vários pedidos e se contenta com o acolhimento de qualquer deles (v.g. em ação de consignação de pagamento o autor pede ao juiz que defina se o seu credor é o réu 1 ou o réu 2).

Pois bem.

No exemplo dado acima, suponha-se que B apele da sentença e da interlocutória. Contra a sentença, diz que dos fatos provados não se tiram os

efeitos jurídicos concedidos. Contra a interlocutória, diz ser imprescindível a produção de prova pericial para a devida definição dos fatos da causa. Ou seja, B quer a reforma da sentença, mas na impossibilidade desse resultado, sua anulação para a produção da prova pericial. Aqui, há cumulação imprópria eventual.

Mas é possível cogitar hipótese de cumulação própria simples.

Imagine que A demanda em face de B pedindo a condenação deste a pagar 100. Decisão interlocutória condena A por litigância de má-fé por ter suscitado incidente manifestamente infundado de impedimento de testemunha. Sentença de procedência parcial. Em tal caso, A pode apelar tanto da sentença como da decisão interlocutória. A apela contra a sentença, sob o argumento de que há prova suficiente para acolher o pedido integralmente. Contra a interlocutória, A reitera que a testemunha era mesmo impedida. Aqui, as questões suscitadas na apelação e nas contrarrazões não têm qualquer implicação entre si, de modo que é possível acolher uma, outra ou ambas. É caso de cumulação própria simples, portanto.

Portanto, sem razão a assertiva doutrinária segundo a qual tal cumulação sempre será imprópria,¹²⁶ sendo clara a possibilidade de haver cumulação própria simples, acima referida. Por ora, apenas essas cumulações foram imaginadas. Sem embargo, quiçá a riqueza da complexa prática jurídica revele mais outras formas de cumulação.

8 CONCLUSÃO

Como se pode ver ao longo do texto, a compreensão do art. 1.009, § 1º, CPC, depende de cuidadosa depuração analítica capaz de definir, com precisão, sua natureza jurídica, ponto do qual desdobram inúmeras

¹²⁶ DIDIER JR.; CUNHA, 2016, op. cit., p. 166.

consequências, todas de lastro prático. O texto debruçou-se apenas sobre algumas delas. Espera-se que o texto tenha oferecido caminho seguro para resolver os problemas que se prestou a examinar.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo direito processual civil**. São Paulo: Atlas. 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; SOUSA, Diego Crevelin de. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Tomo I. Lualri, 2017.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v.3. 13. ed. Belo Horizonte: Jus Podivm. 2016.

DUARTE, Zulmar. **Contrarrazões ou reconvenção recursal**. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/contrarrazoes-ou-reconvencao-recursal-03042017>.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: RT. 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e questões preliminares. **Direito Processual Civil**: ensaios e pareceres. Bolsoi. 1971.

SILVA, Bruno Campos. **A apelação e o novo CPC**: alguns pontos relevantes. Disponível em www.emporiododireito.com.br.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v.III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT. 2016.

A TUTELA SOCIOEDUCACIONAL DO ESTADO POR MEIO DA MÚSICA: UMA ANÁLISE DO PROJETO “*BANDA LIBERDADE*”

Dalmir Franklin Oliveira Jr.

Juiz de Direito - RS, Professor da Universidade de Passo Fundo (UPF), Mestre em direito pela UPF e especialista em direito da criança (FESMP-RS) e direitos fundamentais e constitucionalização direito (PUC/RS).

Phillip Gil França

Pós-doutor (CAPES_PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em ‘doutorado sanduíche - CAPES’ na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar. Pós-Graduado em Direito Civil pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Autor dos livros Controle da Administração Pública, 4º Ed. (Saraiva, 2016) e Ato Administrativo e Interesse Público, 2. ed. (RT, 2015). Tradutor da obra The Principle of Sustainability Transforming Law and Governance de Klaus Bosselmann (RT, 2015). Membro do Grupo de Pesquisas de Constituição e Direitos Fundamentais (Cnpq) liderado pelo Professor Doutor Ingo W. Sarlet. Professor de Direito Administrativo e Hermenêutica Jurídica (Mestrado e Graduação) da Universidade de Passo Fundo. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Professor dos cursos de Especialização em Direito IDP (Brasília), Abdconst (Curitiba) e Unibrasil (Curitiba). Vencedor do prêmio Jorge Miranda - TJ/TO de melhor tese de 2014". Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná; Membro da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/PR. Advogado e Consultor Jurídico.

RESUMO

Os limites da responsabilização/punição dos adolescentes infratores estão igualmente ligados ao direito fundamental à prioridade absoluta, em especial, a busca pela máxima eficácia jurídica e social dos seus direitos, como forma de garantia do livre e adequado desenvolvimento de suas personalidades para, assim, alcançarem um melhor destino nos trilhos constitucionais estipulados no Estado nacional.

Palavras-chave: Tutela socioeducacional; banda liberdade; criança e adolescente.

1 O DIREITO À SOCIOEDUCAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Conforme as perspectivas da prioridade absoluta e do melhor interesse preconizados pela doutrina da proteção integral, o art. 228 da Constituição estabelece que o menor de 18 anos é inimputável. Assim, ao mesmo tempo em que deve ser responsabilizado pelo descumprimento de um dever, o adolescente que pratica um crime ou uma contravenção tem o direito de ser sancionado de forma distinta dos imputáveis, ou seja, com as penas constitucionalmente previstas.

Sustenta-se, desta forma, a impossibilidade de redução da maioria penal no Brasil. A tramitação de diversos projetos de lei neste sentido e a aprovação, na Câmara dos Deputados, da PEC nº 171, são um verdadeiro ataque à democracia constitucional, vista sob a perspectiva substancialista.

Aparentemente, o Congresso e uma boa parte da população brasileira,¹²⁷ lamentavelmente desinformada ou, pior, intencionalmente mal informada, ainda não se deu conta de que esse gesto importa, entre tantos

¹²⁷ Segundo pesquisa feita pelo Instituto Datafolha, publicada na imprensa em abril de 2015, 87% da população brasileira seria favorável a redução da maioria pena de 18 para 16 anos, conforme <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1616762-87-querem-reducao-da-maioridade-penal-numero-e-o-maior-ja-registrado.shtml>.

outros efeitos nefastos, em grave ataque à nossa democracia, tão duramente conquistada.

A proposta precisa e deve ser rejeitada por duas simples e importantes razões: primeiro, é inconstitucional; segundo, tende a piorar o problema da segurança pública, dadas as precárias condições do sistema penitenciário brasileiro, e do melhor investimento no sujeito adolescente autor de ato infracional, sancionado com medida que, por possuir o caráter punitivo e pedagógico, recebe acompanhamento de professores, assistentes sociais, psicólogos, médicos etc., com resultados possivelmente melhores em termos de reiteração/reincidência.

Como vem se sustentando no decorrer da presente pesquisa, existem determinados direitos que são especiais, pois receberam tratamento diferenciado do mais importante diploma jurídico do país, a Constituição da República. Tais direitos, que designamos de fundamentais, são tão relevantes que o próprio poder constituinte originário, elaborador da Carta, os resguardou da possibilidade de abolição (art. 60, § 4º, inciso IV).

Apesar do texto constitucional referir, no citado inciso, tão somente os direitos e garantias individuais, parte da doutrina tem salientado que a interpretação correta das normas constitucionais sobre o poder de reforma indica a impossibilidade de abolição de todo e qualquer direito fundamental, por uma interpretação extensiva do citado dispositivo. Conclusão a que se poderia chegar, também, por se considerarem os direitos fundamentais como limites implícitos ao poder de reforma.

Nesse sentido, sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito (art. 1º), é importante registrar que democracia responsável não significa apenas o respeito às regras do jogo, em especial, acatar a decisão da maioria, conforme a perspectiva procedimentalista.

Pensa-se que um verdadeiro regime democrático é aquele que reconhece e resguarda determinados valores e direitos mínimos,

fundamentais, de todo e qualquer cidadão. Se não fosse assim, eventuais maiorias poderiam simplesmente promover a eliminação física (morte), tortura ou prisão de algumas minorias ou classes, como aconteceu nos regimes fascistas e nazistas. Isso não ocorre, justamente, pois o direito fundamental à vida, junto com a integridade física e a liberdade, são garantias de todos, inclusive contra circunstanciais maiorias.

Se a vida e a liberdade são direitos fundamentais que estão no catálogo do Título II da Constituição (chamado pela doutrina de “catálogo dos direitos fundamentais”, já que a Constituição assim designa o citado título), o mesmo não se verifica com outros direitos que se encontram esparsos no seu texto.

Ocorre que, conforme já assinalado, o parágrafo 2º do art. 5º permite que encontremos direitos fundamentais fora deste catálogo. É o caso, por exemplo, do direito à constituição de família por meio do casamento ou da união estável, que tem sua previsão constitucional no art. 226. Tais direitos, assim como a prioridade absoluta, são considerados fundamentais, na medida em que sua essência ou substância os assemelha aos direitos essenciais do catálogo e, especialmente, pois dão concretude ao princípio fundamental de respeito à dignidade humana (Art. 1º, III).

Nesse mesmo sentido deve ser compreendido o artigo 228, que estabelece serem penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, submetendo-os, quando da prática de um crime ou contravenção, às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Cuida-se de uma clara especificação do direito fundamental de liberdade (do caput do art. 5º) e, por isso, não pode ser abolido.¹²⁸ Os limites e restrições possíveis

¹²⁸ A caracterização do artigo 228 como direito fundamental é adotada também por Maria Celina Bodin de Moraes: “O Constituinte não previu tal direito junto do rol de direitos fundamentais, tendo preferido dedicar parte específica do Texto Constitucional à disciplina dos direitos das crianças e adolescentes, com vistas a obter a maior eficácia. Assim, quando previu, no art. 5º, XLVII, que não haverá pena de morte – salvo se existir guerra declarada, nem pena perpétua, cruel, de banimento e de trabalhos forçados, deixou claro que tais penas não devem ser aplicadas em território nacional. E, de forma coerente, no art. 228 afirmou que nenhuma pena, mesmo as permitidas pela Constituição, serão aplicadas aos menores. O art. 228 tem ainda estreita ligação

indicam, quiçá, um maior rigor com o aumento dos períodos das medidas, desde que não violem a proporcionalidade, a razoabilidade e não atinjam o núcleo essencial do direito.

É imprescindível alertar a sociedade, enfim, que, se admitirmos a abolição de um direito fundamental, outros também correrão seríssimos riscos: poderíamos admitir que o Estado confiscasse nossas propriedades? Ou, alguém consegue imaginar uma situação absurda de execução da pena de morte por apedrejamento (violação do direito fundamental à vida) para aqueles que vivem em união estável (direito fundamental de constituir família por este meio específico)?

Ainda, há quem defenda que o fundamento de se conceder tratamento diferente e especial a tal categoria de sujeitos reside - para além da condição peculiar de desenvolvimento e de um direito de personalidade típico infanto-juvenil distinto dos adultos -, justamente, na condição de sua maior vulnerabilidade. Buscar-se-ia, com esta diferenciação, analisar a questão sob a ótica da igualdade material, ou seja, por estar em situações desiguais dos adultos, esta categoria deve ser tratada de forma desigual.¹²⁹

Com todo o respeito à posição externada, que se afigura parcialmente correta, defende-se que esse é um argumento que, na conjuntura atual, necessita de reforço. São conhecidas as propostas que defendem a redução da maioria penal para dezesseis anos em algumas hipóteses.¹³⁰

com o art. 5º, LV, bem como com o art. 227, parágrafo 3º, IV e V, CF, todos eles versando sobre o contraditório, a ampla defesa, além de princípios inerentes à população infanto-juvenil, quando da penalização especial.

“A propósito foi dito que apesar de as normas (arts. 227 e 228) se encontrarem no Capítulo VII do Título VIII da Constituição, não há como negar-lhes a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Segundo Canotilho: “os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam-se de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes” (MORAIS, Maria Celina B. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013).

¹²⁹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 119.

¹³⁰ O texto aprovado da PEC nº 171, em tramitação no Congresso Nacional, diminui a maioria penal para 16 anos nos crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida

Costumam basear-se, primeiro, na capacidade de entendimento sobre a ilicitude na prática de um ilícito (aspecto anímico/psíquico) de um jovem de 16 ou 17 anos, especialmente diante da atual sociedade da informação, o que diz com os jurídicos elementos da culpabilidade no direito penal. Em segundo lugar, na constatação empírica de que este adolescente já desenvolveu seu aspecto físico-biológico, possuindo o corpo com características adultas. Neste sentido, fica mais difícil aceitar o argumento da vulnerabilidade pela questão etária.

Assim, quer-se retomar, neste ponto, a ideia da força normativa de uma constituição que concretiza as opções políticas da sociedade brasileira em determinado momento histórico, cristalizando certos direitos, como é o caso da liberdade especial de menores de 18 anos, com o reforço jurídico da jusfundamentalidade – aplicabilidade imediata, máxima eficácia, cláusula pétrea etc. -, com o que se confere a nossa identidade como nação.

Acrescente-se, como nação adequadamente incluída na comunidade internacional, de onde se verifica que a maior parte dos países signatários da Convenção da ONU sobre os direitos da criança, também fixam a imputabilidade penal a partir dos 18 anos.¹³¹ Daí a falar-se que a implicação da prioridade absoluta na vida do adolescente infrator, dentre tantos significados, implica no reconhecimento de um direito fundamental a não ser punido como um adulto, ou seja, de estar submetido à socioeducação.

Assim como a prioridade absoluta prevista no artigo 227, e junto a ela, o direito previsto na segunda parte do dispositivo do artigo 228 é direito formal e materialmente fundamental. O aspecto formal é reconhecido na medida em que se trata de norma inserida no texto da Constituição, tendo em vista o catálogo aberto estabelecido pelo § 2º do artigo 5º. Goza, por isso, de

de morte, conforme <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>.

¹³¹ Dados do direito comparado podem ser obtidos no sítio do Ministério Público do Paraná, dando conta que a maioria dos países adota os 18 anos como idade para a imputabilidade penal, *in* <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>.

todas as garantias das normas constitucionais, em especial, a supremacia hierárquica e a já referida limitação do poder de reforma.

É materialmente fundamental pois, ao tratar da liberdade específica desta categoria de sujeito, assemelha-se a um direito fundamental do catálogo – liberdade geral do caput do art. 5º – e, também por isso, está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e aos valores do Estado Brasileiro.¹³² A restrição e a privação da liberdade do adolescente devem ser encaradas segundo as especificidades de sua condição humana. Como afirmado anteriormente, é possível se aferir uma dignidade humana especial a essa categoria jurídica de sujeito.

Ainda, se todas as penas lícitas devem levar em consideração os aspectos mínimos de dignidade humana do condenado, no caso do adolescente, as medidas deverão considerar os mesmos requisitos, além daqueles que dizem respeito especificamente à dignidade própria dos adolescentes. O valor relativo à promoção do bem-estar, previsto no inciso IV do artigo 3º, também indica a necessidade de um tratamento “penal” distinto para os adolescentes, a caracterizar materialmente a socioeducação como uma norma jusfundamental. Por fim, se pode fazer referência ao valor relativo à busca de resolução pacífica dos conflitos previsto no Preâmbulo da Carta de 1988: quer-se acreditar que o tratamento do adolescente em conflito com a lei penal também está relacionado a tal diretriz, motivo pelo qual o artigo 35, III, da Lei do Sistema Nacional Socioeducativo incluiu na execução das medidas as práticas restaurativas.¹³³

Ademais, associa-se ao direito à socioeducação tudo aquilo que reforça juridicamente os direitos fundamentais. A norma constitucional tem aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º, merecendo destarte toda a eficácia jurídica e social (efetividade).

¹³² A liberdade é expressamente prevista no Preâmbulo da Constituição de 1988.

¹³³ Sobre a Justiça Restaurativa, ver autores como Howard Zehr, Kay Pranis, Leoberto Brancher e Afonso Konzen.

Neste ponto, é importante ressaltar que, apesar de estarmos diante de um direito fundamental que goza da aplicabilidade imediata, se trata de norma de baixa densidade normativa,¹³⁴ razão pela qual as medidas aplicáveis a todos os menores de 18 anos exigem a interposição legislativa para conferir os contornos desta forma especial de responsabilização. Tal ato legislativo foi concretizado com a Lei 8.069/90 (ECA), que estabelece, no rol taxativo do artigo 112, as medidas de advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e quaisquer das medidas protetivas dos incisos I a VI do art. 101.

É interessante questionar se outras medidas poderiam ser utilizadas com o fito de “assujeitar” essa categoria de sujeitos nos casos em que praticarem crimes ou contravenções. Pensa-se que sim. A Constituição não revela quais as medidas aplicáveis ao sujeito entre 0 e 18 anos nestes casos. Como anteriormente referido, nos termos da conformação legal do direito fundamental respectivo, às crianças foram reservadas as medidas de proteção.

Outrossim, desde que respeitada a peculiar condição de desenvolvimento do sujeito adolescente, e respeitada a prioridade absoluta na configuração da resposta estatal, conforme se analisará no tópico seguinte, é possível o estabelecimento de outras espécies de medidas, desde que não se identifiquem com as penas.

O direito fundamental à responsabilização diferenciada, ou seja, à socioeducação dos adolescentes, também está sujeito a um regime próprio de limites e restrições. Como referido, a medida não pode identificar-se com as penas aplicáveis aos adultos, diferenciando-se delas em pelo menos dois aspectos. O prazo de duração deve ser consideravelmente menor, pois o significado e a noção de tempo para o adolescente são distintos da noção de tempo para o adulto.

¹³⁴ Classificação utilizada, entre outros, por Ingo Sarlet e Gilmar Mendes.

O cálculo matemático que se costuma fazer é: 5 anos de privação de liberdade de um adulto de 30 anos representa $\frac{1}{6}$ do seu tempo total de vida; já para um adolescente de 15 anos, estes mesmos 5 anos de privação da sua liberdade corresponderia a $\frac{1}{3}$ do pouco tempo que já viveu. E isso deve ser objeto de reflexão não apenas no que diz respeito à objetividade da contagem cronológica do tempo, mas também quanto aos efeitos e diferenças no mundo psíquico, pois é senso comum a ansiedade dos adolescentes que, assim, não sabem esperar, não têm paciência ou querem as coisas imediatamente.

Trata-se de uma das características dessa fase da vida. Além disso, outro traço diferenciador das responsabilizações revela que os recursos físicos e humanos relacionados ao cumprimento da medida devem ser adequados à fase de desenvolvimento do adolescente, evitando-se o contato deste sujeito em desenvolvimento com adultos que possam ser referência deletéria para eles.

As pessoas que cuidarão da execução da medida devem estar adequadamente capacitadas para cumprir tal mister, levando em consideração todas as peculiaridades deste condenado, a fim de imprimir a responsabilização e possibilitar o desenvolvimento educacional. Aliás, as instalações físicas, incluindo o aspecto arquitetônico, por fim, deverão seguir a mesma linha de raciocínio.

No caso da privação da liberdade, chamada de internação para os adolescentes, cuida-se de medida excepcional, reservada para os casos de extrema necessidade e por tempo não muito longo. A resposta estatal deve levar em consideração a formação da personalidade deste sujeito, sendo conhecidas as nefastas consequências da institucionalização total por longos períodos.

A vida carcerária é uma vida em massa. Sobretudo para os presos, evidentemente. Como consequência, ela lhes acarreta, dependendo do tempo de duração da pena, uma verdadeira desorganização da personalidade, ingrediente central do processo de prisionização. Entre os

efeitos da prisionização, que marcam profundamente essa desorganização da personalidade, cumpre destacar: perda da identidade e aquisição de uma nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico, infantilização, regressão.¹³⁵

Ainda, a medida, para se diferenciar das penas, deve proporcionar ao sujeito adolescente algum tipo de atividade, tratamento e acompanhamento apropriado ao seu estágio de desenvolvimento. Aqui, não se descarta o caráter lúdico deste tipo de atividade, muito embora o tipo de brincadeira ou lazer dos adolescentes seja já bastante distinto das crianças. Ressalta, outrossim, o aprendizado nessa fase da vida, o que também será explorado no capítulo seguinte.

A disponibilização de adequados tratamentos médicos (cuidados com a saúde física, que não importem em medicalização abusiva sob o pretexto da ocorrência generalizante de transtornos mentais ou de conduta), psicológicos (saúde mental analisada sob a perspectiva de outra área do conhecimento que não apenas a psiquiatria) e do serviço social para acompanhamento do adolescente e da família, também são essenciais na execução da medida socioeducativa.

Aliás, esse parece ser o diferencial das medidas, onde as disponibilidades de intervenções na vida do sujeito, desde que respeitadas suas condições pessoais e do seu desejo,¹³⁶ são a grande nota característica dessa forma de responsabilização, que se acredita, inclusive, mais eficaz do que as penas aplicadas aos imputáveis.

As condições precárias do sistema prisional, de conhecimento público, indicam que as penas privativas de liberdade, ressalvados alguns projetos na área da profissionalização e ressocialização, tem seu âmbito de intervenção reduzido ao caráter retributivo. Em tal sentido, quiçá, não seria absurdo, e

¹³⁵ SÁ, Alvino Augusto de Sá. **Criminologia crítica e psicologia criminal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

¹³⁶ ROSA, Alexandre Moraes. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

sim provavelmente recomendável, que aumentássemos a idade da imputabilidade penal e estabelecêssemos as medidas socioeducativas de forma garantista, com prazos mais amplos, para jovens de 23 ou 25 anos. Provavelmente teríamos melhores resultados em termos de adequada reintegração social, com possível diminuição no índice de reincidência criminal.

Outros limites importantes dizem respeito à impossibilidade de a medida ser mais grave do que as penas aplicáveis aos imputáveis. Conforme explanado anteriormente, uma das premissas da Doutrina da Proteção Integral é a de que os adolescente não podem receber tratamento mais gravoso do que aqueles dispensados aos adultos.

Tal conclusão, agora, é reforçada pela aplicação dos princípios do artigo 100 do Estatuto às medidas socioeducativas, conforme estabelece o artigo 113 do mesmo diploma legal. Assim, todos os limites e restrições aplicáveis ao apenamento dos imputáveis devem ser estendidos, em princípio, aos adolescentes que são responsabilizados pela prática de crimes e contravenções. Cita-se, como exemplo, a questão do direito à visita íntima para os privados de liberdade, que só veio a ser reconhecida para os adolescentes em 2012, com a Lei do SINASE, a demonstrar que o tratamento dispensado para eles até então era mais prejudicial.

Todavia, sustenta-se que mesmo antes da entrada em vigor da citada lei já era possível estender este direito aos adolescentes internados pela prática de ato infracional, uma vez que aos adultos ele já era reconhecido em sede de execução penal. Uma nota importante, aqui, diz respeito a efetividade deste direito e a importância da mudança de cultura para tanto. Apesar da lei ter garantido a possibilidade de visita íntima para os adolescentes, sabe-se que são poucas as unidades de internação no RS em que esse direito realmente é exercido.

Reitera-se, aqui, que o direito fundamental à socioeducação é

compreendido segundo uma natureza mista da resposta estatal imposta. Como se trata de uma intervenção com um sujeito em peculiar condição de desenvolvimento, a medida deve ser tendente a interferir no seu processo de crescimento, conforme, ainda, Olympio Sotto Mayor.¹³⁷ Insiste-se, outrossim, na natureza punitiva-sancionatória, pois a função do Direito não se resume a conferir um caráter pedagógico à sanção decorrente da responsabilização do adolescente, mostrando-se imprescindível, também, enquanto imposição das noções de limite e de lei no psiquismo do infrator.

O direito fundamental em tela, outrossim, necessita de atos posteriores à edição e vigência do dispositivo constitucional para definir os contornos sobre a resposta possível, uma vez que se trata de norma de baixa densidade normativa.

Entretanto, ao lado de necessidade de uma resposta jurídica propriamente dita, atos pontuais de cidadania, mesmo no exercício do ônus públicos, merecem o devido destaque em razão dos reflexos positivos e consequências na busca do desiderato comum estabelecido no art. 3º da CF/88, que estabelece os objetivos fundamentais da república, qual seja: a promoção do desenvolvimento intersubjetivo, conforme o conteúdo a seguir.

2 ESTUDO DE CASO: PROJETO BANDA LIBERDADE

“Valeu a pena, escapar da algema
Dar orgulho pra minha mãe e não ser mais problema
Aprender o tema, e que a molecada creia
Que a liberdade vale mais do que conta bancária cheia
Ah, se o mundo fosse como eu queria
Em 11 de setembro nenhum prédio cairia
O Brasil era melhor, não tinha corrupção
E o amor existiria em todo e cada coração
A molecada habitaria em um bom lugar
A Fundação pode ser casa só que não é lar
Pra sociedade pode ser que eu não sou bem visto

¹³⁷ CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Mas achei minha solução no senhor Jesus Cristo
Vejo a nossa juventude com o copo cheio
Pensando que no álcool está a solução
A solução tá no senhor que eu sirvo e creio
Jesus Cristo é a resposta e é a salvação
Não seja tu mais um tomado pela hipocrisia
Estude e trabalhe se quer ser alguém um dia
Já fui isca, mas hoje sou o pescador
E a maior isca que eu uso pra pescar é o amor.”¹³⁸

Na busca de uma interlocução entre a teoria e a prática, desde o ano de 2008, é desenvolvido no Centro de Atendimento Socioeducativo de Passo Fundo/RS, o Projeto Banda Liberdade, cujo objetivo é utilizar o lazer, a arte, a cultura e, em especial, a música como alternativas pedagógicas na socioeducação de adolescentes e jovens que cumprem medidas de internação naquela unidade. No interior da entidade de atendimento, são realizadas oficinas com instrumentos musicais para grupos de internos que praticaram diversificados atos infracionais, perdendo, por isso, suas liberdades.

Tais oficinas tem frequência semanal, com duração de aproximadamente uma hora e meia, contando com cerca de 15 a 20 internos, selecionados considerando o comportamento no decorrer do cumprimento da medida. Estima-se que mais de 500 adolescentes e jovens já passaram pelo projeto. Em termos de recursos humanos, atualmente, o projeto conta com um professor de percussão e ritmo, é coordenado por uma técnica da unidade, e conta com o auxílio de socioeducadores no acompanhamento das atividades.

Como recursos materiais, além dos instrumentos de percussão e bateria, o projeto possui instrumentos de harmonia, como violões, guitarras, baixos e teclado. Além disso, microfones e caixas de amplificação. Todavia, por falta de recursos, e conseqüentemente de professores, apenas as oficinas de percussão estão sendo oferecidas. Estão inseridas nas atividades do projeto,

¹³⁸ Letra de autoria de Gabriel Moreira, egresso do CASE de Passo Fundo, interpretada na apresentação do Projeto Banda Liberdade no Planeta Atlântida 2016, no show do Rappa, e cantada incidentalmente à música “Pescador de Ilusões”.

além das oficinas, ensaios e apresentações no interior e fora da unidade, por vezes, recebendo convidados especiais.

Inicialmente, cumpre asseverar que um dos aspectos a ser considerado é a necessidade de preencher o vazio legislativo na especificação das ações pedagógicas que compõem a medida sancionatória aplicada a esses adolescentes. Existe uma certa abertura, a nosso sentir, adequada, sobre quais os conteúdos e técnicas pedagógicas devem ser utilizadas nestes casos, o que combina com a liberdade de ensino e aprendizado prevista no artigo 205 da Constituição de 1988. De qualquer forma, como bem assinalado por Martha de Toledo,

(...) o cerne desta intervenção educativo-pedagógica seria criar um processo pedagógico com potência de interferir na formação do adolescente, para – valorizando seu enorme potencial de autotransformação bem como ele próprio como condutor de sua história de vida, como sujeito-agente desse projeto pedagógico e não objeto dele – auxiliá-lo a modificar seu próprio comportamento, para que este se ajuste às regras de convívio social, favorecendo o desenvolvimento das potencialidades humanas mais sadias e solidárias do adolescente”¹³⁹

Não se trata, é relevante frisar, de um relato acerca de uma pesquisa de campo nos moldes da exigência científica para fins estatísticos. Quer-se apenas trazer ao mundo acadêmico as impressões de outros atores acerca da vivência na socioeducação e das experiências pessoais de muitos que participam desse processo.

A concepção do projeto tem diversas razões e metas. Uma delas, é proporcionar aos jovens internos uma emergência como sujeitos e um pertencimento social distintos daqueles que acabaram os conduzindo ao cárcere. Ocorre que a prática de atos violentos e criminosos, segundo uma corrente da psicanálise, pode estar relacionada a uma forma de aparecimento do sujeito que, até então, estava invisível aos olhos da sociedade.¹⁴⁰ Se, até

¹³⁹ MACHADO, Martha de Toledo. 2003

¹⁴⁰ Para Charles Melman, o delinquente é irresponsável, no sentido de que ele não age de modo algum dentro do que empenharia uma responsabilidade do sujeito. Trata-se, ao contrário, de um

aquele momento da vida, esse sujeito, que praticamente não aparecia, surgiu para a comunidade pelo viés do “bandido”, “delinquente”, “marginal”, sendo identificado socialmente em virtude da prática do crime, busca-se tentar modificar tal etiquetamento.

Com a inclusão no Projeto Banda Liberdade, esses jovens passam a ensaiar, fazer apresentações, shows e, assim, podem se despir de um papel negativo: quiçá, mostrar seu potencial para fazer algo positivo e socialmente bem aceito. Algumas coisas nos parecem relevantes neste ponto. Em primeiro, a necessidade de mudar a perspectiva sobre as respostas penais ao crime. A pouca eficiência da pena de prisão, especialmente na forma como é executada no Brasil, se não é um consenso, é um fato bastante forte e relevante que deve ser considerado.

Adere-se, pois, às propostas de novas estratégias de reinserção social dos privados de liberdade sugeridas por Alvino, como o fortalecimento psíquico da pessoa do apenado, a diminuição das penas privativas de liberdade, programas de recompensa que promovam o encontro do agressor com a vítima e a sociedade, o estímulo do pensamento, da reflexão e da simbolização, tudo num ambiente de (re)aproximação do cárcere com a sociedade.¹⁴¹ Tal aproximação com a comunidade é realizada concretamente pelo Projeto Banda Liberdade, na medida em que além das oficinas e aulas, como referido, são feitas apresentações junto a diversos locais fora das dependências da Unidade, como universidades, teatros, seminários, congressos, programas de televisão e rádio, festivais, casas noturnas, projetos comunitários etc.

Vale referir que a divulgação do projeto no programa **Jornal do Almoço** da Rede Brasil-Sul de Televisão (RBS), em meados do ano passado,

esforço (vão) para fazer com que haja sujeito, um esforço de fazer-se a si mesmo. Nesse sentido, é possível saber quanto está presente no delinquente a preocupação de se fazer um nome, de se fazer conhecer: “sim, é alguém”. MELMAN, Charles. **Alcoolismo, delinquência, toxicomania: uma outra forma de gozar**. Tradução de Rosane Pereira. São Paulo: Escuta, 2000.

¹⁴¹ SÁ, op. cit., 2012.

proporcionou matérias jornalísticas em diversos meios de comunicação, como o programa da Rede Globo de Televisão **Como Será?**, jornais, como a Folha de São Paulo, revistas, e sites. Além disso, o projeto recebeu convites para apresentar-se no Bar Opinião, conhecida casa noturna de Porto Alegre-RS, e no Festival Planeta Atlântida, fazendo uma participação especial no show da banda nacional O Rappa, com transmissão ao vivo pelo canal Multishow.

Em segundo, afigura-se interessante reconhecer e mostrar para a sociedade – e às vezes para os próprios internos – que tais adolescentes, apesar de terem praticado condutas delinquentes sérias, a ponto de perderem a liberdade, têm condições de oferecer algo de bom. Trata-se de um passo importante na reintegração social dos condenados pela justiça penal, que está relacionado à valorização do sujeito e à possibilidade de confiar em mudanças. O citado autor assevera que

Segundo Winnicott, “(...) ninguém compreende que a criança tenha necessidade de dar, mais ainda do que receber (...). Se a criança tem mais necessidade de dar do que de receber, se ela tem necessidade de construir, de contribuir, por que o adulto também não teria? Por que o delinquente também não teria?”

Ainda, sobre a noção e necessidade de identificação e reconhecimento, vale a lição de Ana Paula Mota Costa,¹⁴² quando faz uma digressão acerca das características da sociedade contemporânea, marcada pelo individualismo e consumo como valores centrais, gerando, em sociedades cuja desigualdade social continua sendo forte, uma necessidade de busca direta pelos objetos do desejo. Segundo a citada doutrinadora, nas construções socioculturais, o mundo adulto, onde podemos incluir o sistema educacional, formadores de opinião, legisladores, sistema de justiça etc., vê a adolescência com certo estranhamento, fruto de uma confusão do imaginário social.

¹⁴² COSTA, Ana Paula Motta. Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

O adolescente é o sujeito que está no “meio do caminho”, naquela fase de transição entre a infância e mundo adulto,¹⁴³ deles se esperando, ora que ajam com a inocência e docilidade dos primeiros, ora com a responsabilidade dos segundos.

Os adolescentes que praticaram crimes ou contravenções, então, constituindo-se em uma minoria, passam por um processo de categorização ou identificação social em que tal estranhamento se acentua. A segregação, na forma de privação de liberdade (internação), assim, está fundada na responsabilização pela prática do ato, mas não pode ser compreendida separadamente dos sujeitos, pois “(...) com frequência a atitude dos grupos é de expulsar, separar, exilar, confinar ou destruir os estranhos.”¹⁴⁴

Participar das oficinas da Banda Liberdade, tocar um instrumento musical com o professor de música e os outros internos, apresentar-se nos eventos com a eventual participação do juiz que é responsável pela execução das medidas que estão cumprindo,¹⁴⁵ proporcionam a emergência e o aparecimento destes “estranhos” adolescentes de uma forma diferenciada, na medida em que praticam atos bastante diferentes daqueles que geraram a sua punição, e que podem permitir uma identificação social positiva. Objetiva-se,

¹⁴³ MACEDO, AZEVEDO e CASTAN (2004) referem, ainda, que a puberdade é a fase que marca a necessidade do sujeito desvincular-se dos pais (família) para ingressar na comunidade social: “Trabalho de reestruturação psíquica, a recon-quista da estabilidade do ego e a reorganização das pulsões, acomodando as modificações físicas e psíquicas em uma nova configuração identitária”

¹⁴⁴ COSTA, op. cit., 2012.

¹⁴⁵ Pensa-se que a presença do magistrado nesse tipo de atividade pode proporcionar alguma reflexão dos jovens sobre as questões de identificação. Além de verem o juiz como autoridade, também podem vê-lo como alguém que pode participar de sua formação. Não se pode esquecer que os adolescentes precisam ter, nos adultos, figuras com as quais se identifiquem. A identificação, inicialmente estabelecida no âmbito familiar (figuras parentais), passa para outras referências, agora encontradas no laço social. De acordo com José Ottoni Outeiral: “Os processos de identificação são fundamentais na adolescência, particularmente na constituição da identidade”. Nos meios sociais “marginalizados”, onde o traficante e o assaltante são valorizados porque TÊM (acesso ao dinheiro, aos bens, às mulheres etc.), é muito provável que os adolescentes se identifiquem com os mesmos, optando por uma vida semelhante. OUTEIRAL, José Ottoni. Violência no corpo e na mente: conseqüências da realidade brasileira. In: LEVISKY, David Léo (Org.). **Adolescência**: pelos caminhos da violência, a Psicanálise na prática social. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

enfim, a inclusão social por meio das atividades do projeto, na esperança de transformação das realidades e das vidas destes internos:

As crianças e, especialmente, os adolescentes formam sua identidade por meio de um processo intersubjetivo, em interação com a comunidade onde estão inseridos. Constituem seus valores ou preferências pessoais a partir daquilo que é importante em seu contexto, aprendendo a conviver coletivamente, ao se sentirem parte do todo, aceitos e pertencentes. (...)

Conforme afirma Assis:

(...) A continuidade e a intensidade dos olhares e sentimentos criam e transformam seres humanos e relacionamentos¹⁴⁶

Ainda, a busca pelo reconhecimento social que a música executada durante o Projeto Banda Liberdade pode proporcionar diz respeito ao resgate da dignidade de jovens que cumprem medidas socioeducativas de internação. Como asseverado, é relativamente comum a história de invisibilidade de muitos deles, seja no campo familiar, financeiro, educacional, profissional. Não se quer dizer que tal invisibilidade e marginalização são as únicas justificativas para a prática de atos infracionais, embora tenham considerável peso nesta equação.¹⁴⁷ Mas, a falta da dignidade específica dos adolescentes, intimamente relacionada à necessidade de reconhecimento social, é uma circunstância facilmente constatável. É marcante o depoimento prestado por um técnico entrevistado no decorrer da presente pesquisa, quando questionado sobre o retorno dos adolescentes que participam do projeto. Em determinada oportunidade, depois de uma apresentação musical em Porto

¹⁴⁶ COSTA, op. cit., 2012.

¹⁴⁷ “Segundo Zaffaroni (1998), as pessoas que caem nas malhas da lei e são atingidas pelas penas nela previstas não são, em sua grande parte, portadoras de condições psicológicas que etiologicamente as tornam criminosas, mas são justamente pessoas vulneráveis a todo esse processo de criminalização vigente por força do sistema penal. São “pessoas deterioradas”, diz ele, ou seja, são os oprimidos a que nos referimos acima, os quais, por não terem acesso aos bens materiais e espirituais da cultura, são desprovidos de recursos internos que lhes permitam elaborar interiormente as normas e delas se “apossar” e se tornar atores e ter “voz”, nesse complicado palco de arranjo de custos e benefícios que a civilização orchestra no dia a dia da humanidade. A vulnerabilidade de personalidade dos condenados, segundo o supracitado autor, é consequência de um estado de deterioração econômica, social e cultural, “o que os coloca em situação de bons candidatos para a criminalização”. (SÁ, op. cit., 2012).

Alegre, um dos internos disse para a citada técnica que nunca tinha sido aplaudido em toda sua vida, o que dá indicar a visibilidade positiva proporcionada.

A proposta de realizar as oficinas de música no interior da instituição busca, ainda, distensionar um pouco o ambiente da privação de liberdade. Aqueles que conhecem e vivenciam a rotina de instituições totais, em especial estabelecimentos prisionais e unidades de internação, sabem das dificuldades rotineiras enfrentadas por todos os atores desse cenário social. Além das normais preocupações com as questões de segurança (para evitar fugas, brigas e motins), não se pode esquecer que a limitação da liberdade de locomoção e a obrigatoriedade de convívio com pessoas que não se escolhe são fatores de uma gama enorme de conflitos e relações de poder distintas daquelas que se estabelecem na sociedade dos “livres”.

Preocupados, também, com essas questões, os responsáveis pela execução das medidas de internação em Passo Fundo (Juizado da Infância e Juventude, Ministério Público, Defensoria Pública, Administração, Técnicos, Socioeducadores e Professores da Unidade do CASE/PF) sempre buscaram concretizar o maior número de projetos possíveis para envolver os internos. São exemplos, a Rádio Jovem, que permite o aprendizado e elaboração de programação musical para ser executada no interior da Unidade; as oficinas de xadrez e artesanato; a prática de esportes, como futebol e voleibol; cursos técnicos nas áreas da administração, construção civil e auxiliar de cozinha etc.

Tudo isso como acréscimo à rotina escolar, uma vez que os dois setores existentes alternam-se de turno para frequentar a Escola Estadual Paulo Freire, que fica dentro da entidade de atendimento. Junto a tais projetos, a Banda Liberdade, apesar do barulho e da eventual falta de ritmo ou afinação típicos daqueles que estão aprendendo, modifica o ambiente pesado da privação de liberdade vivenciado não apenas pelos internos, mas também

pelos funcionários da unidade. É comum o sentimento das pessoas de sentir prazer ou alívio ao escutar e apreciar a música,¹⁴⁸ ou de a música alegrar o ambiente.

O projeto visa, nesse sentido, mudar um pouco a “cara” da instituição, o que também vem sendo notado pelos participantes. O depoimento de uma das presidentes da Fundação responsável por todas as unidades do Estado do Rio Grande do Sul, ao conhecer o projeto, foi marcante justamente nesse sentido: disse que não tinha conhecido ainda um CASE onde havia música executada pelos próprios internos. A alegria e contentamento, no caso, também tinham endereço certo, já que os membros do projeto executaram ritmos baianos para a citada Presidente, que era natural daquele estado da Federação.

Acredita-se que a resposta que o Estado dá às violências praticadas por esses adolescentes não pode ser no mesmo tom, ou seja, com outros tipos de violência e degradação – algo que seguidamente ocorre no sistema penitenciário.¹⁴⁹ Como bem salientado por Alvino Augusto de Sá, referindo-se aos conflitos associados ao crime, é importante identificar duas espécies de possíveis soluções ao crime: umas apelam para respostas imediatas, baseadas em atos e na ação irrefletida; as outras, são respostas mediadas pelo pensamento, pela reflexão e pela simbolização.

A mera privação da liberdade em condições precárias e sem cuidados com o sujeito está na primeira perspectiva. Sustenta-se que, apesar das

¹⁴⁸ Sobre a musicoterapia, consultar, por exemplo, <http://guiadoestudante.abril.com.br/profissoes/saude/musicoterapia-687248.shtml>.

¹⁴⁹ “Segundo Hassemer (1983), a execução, ao lado do ensino jurídico, é um dos eixos fundamentais sobre o qual se repensa criticamente o Direito Penal, sobretudo o Direito Penal voltado para as consequências. (...) Levantando-se o véu da proteção dos bens jurídicos, da prevenção por intimidação e da ressocialização, todos os três apaziguadores das consciências, o que se observa é o que tivemos a oportunidade de ouvir da fala explícita de um preso num distrito policial: “Doutor, quando a gente sair para rua, alguém vai ter que pagar pelo que a gente está passando aqui”. Ao que os outros presos responderam em coro: “Pode crer, Doutor”. O resultado da aplicação da pena está sendo a prática de novas violências, que vão gerar outras violências futuras”. (SÁ, op. cit., 2012).

dificuldades e da necessidade de fortes investimentos, somente a segunda alternativa pode trazer algum benefício real para a sociedade. Por isso, as oficinas do Projeto Banda Liberdade, além de introduzirem um elemento novo na medida de internação, procuram proporcionar algum tipo de reflexão e simbolização na resposta que o Estado dá durante a execução da medida sancionatória.

A importância de pertencer a um grupo musical, dividir experiências e vivências do mundo da arte, sentir o retorno da sociedade nas apresentações, são elementos que podem ser trabalhados nesse processo de pensamento e reflexão sobre o significado da responsabilização penal juvenil a que estão submetidos. Obviamente que além das oficinas e apresentações, é bastante importante que os técnicos e socioeducadores trabalhem permanentemente com os internos sobre tais reflexões, experiências e simbolizações.

Outra ideia sobre eventuais benefícios do projeto está relacionada àquilo que alguns psicanalistas tratam como o fenômeno de sublimação das pulsões, tema já referido anteriormente. Parte dos atos agressivos e violentos praticados por jovens pode estar relacionado à descarga dessas energias físicas e psíquicas, pois a dissociação da pulsão de morte e da pulsão de vida gera uma tendência à destruição, manifestada na ação e no corpo, e que resulta em condutas antissociais, na autodestruição, na drogadição e nas somatizações.¹⁵⁰ Para Kaufmann, a sublimação é, antes de tudo, um movimento de ascensão ou de elevação, também evidenciada, segundo Hegel, por uma espécie de “poder mágico” que tem o espírito de “converter o negativo em ser”. Cuidar-se-ia de um processo de dessexualização, ou seja

Trata-se de um caso particular de apoio das pulsões não sexuais sobre as pulsões sexuais, como Freud o resalta nas *Conferências introdutórias sobre a Psicanálise* de 1916 (cap. XII), uma maneira socialmente valorizada de excluir determinadas tendências sexuais, ou ainda “certas

¹⁵⁰ RANNA, Wagner. Violência no corpo – violência na mente. In: LEVISKY, David Léo (Org.). **Adolescência: pelos caminhos da violência – a Psicanálise na prática social**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

modificações de fim e certas mudanças de objeto, em que a avaliação social entra em consideração”, segundo a fórmula condensada de 1932 (Novas conferências introdutórias sobre psicanálise, cap. IV)”¹⁵¹

As pulsões podem ser caracterizadas como “a carga energética que se encontra na origem da atividade motora do organismo e do funcionamento psíquico inconsciente do homem.”¹⁵² As pulsões de morte passam a interessar quando se fala de delinquência, pois podem ser relacionadas à condutas agressivas. Devemos lembrar que, para o pai da Psicanálise, os homens não são criaturas gentis, que desejam ser amados e que apenas se defendem quando atacados.

Pelo contrário, são criaturas com poderosas quotas de agressividade, possuem uma natural inclinação para a agressão. É justamente a civilização, o que inclui o Direito, que permite o convívio social, pois é construída sobre uma renúncia às pulsões ou com o estabelecimento de certos interditos à satisfação indiscriminada delas.¹⁵³

Por meio das atividades desenvolvidas no Projeto Banda Liberdade, busca-se canalizar/desviar tais pulsões até então destinadas à agressividade e à violência para dirigi-las às manifestações artísticas, como forma de promover uma simbolização/mediação dessas descargas energéticas pela cultura e pela linguagem, inclusive musical. Quer-se ultrapassar e enfrentar de forma diferenciada o interdito natural decorrente da limitação/privação da liberdade (que se constitui na resposta imediata, no ato, anteriormente citado). As reflexões proporcionadas com as oficinas, os ensaios e as apresentações são justamente a busca pela ressignificação e simbolização da resposta estatal.

A própria inclinação para a agressividade pode ser objeto de novos

¹⁵¹ KAUFMANN, Pierre (ed.). **Dicionário Enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

¹⁵² PLON, Michel e ROUDINESCO, Elisabeth. Ibidem. 1998.

¹⁵³ FREUD, Sigmund. **Mal estar na civilização [1929]**. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. XXI.

significados e caminhos a serem trilhados, compreensões distintas acerca das condutas presentes e futuras. Aqui, é importante novamente registrar que a intervenção dos profissionais de saúde mental, em especial da psicologia, assumem relevo, para proporcionar aos jovens um processo de autoconhecimento e compreensão de suas ações durante o tempo em que estão envolvidos com os projetos ou mesmo fora deles.

Indiretamente procura-se também agregar outros sentimentos importantes. Ensaïar, tocar e apresentar-se também seria uma oportunidade especial e diferenciada de “fala” desses jovens, ou seja, de se expressar mental e fisicamente não mais por meio da violência, mas pelo viés da música,¹⁵⁴ Ainda, uma oportunidade singular de participar de uma construção coletiva, refletir e lidar com a questão da alteridade, do reconhecimento e respeito pelo outro:

O enriquecimento, o amadurecimento da reflexão proporcionará ao adolescente em conflito com a lei uma revisão e reelaboração de sua escala de valores. Permitir-lhe-á redescobrir o valor da “construção”, que irá se sobrepondo ao da “destruição”, o valor do “doar-se” aos outros, enfim, o valor do outro.

Segundo Soares (1998), a reeducação do adolescente deve se basear num trabalho de reelaboração de sua escala de valores e deve passar por três etapas não necessariamente sucessivas: reflexão, elevação da autoestima e valorização de um projeto de vida. Construir o futuro é elaborar um projeto de vida e, portanto, é dar à vida um sentido.”¹⁵⁵

Acredita-se que a música pode, ademais, aliviar um pouco o estado de angústia típico da adolescência. Segundo alguns psicanalistas, as modificações corporais, sentidas no nível do desenvolvimento físico e sexual do adolescente, tornariam real a possibilidade de violação da proibição do incesto. A angústia é resultado, pois, desta mudança do corpo, além do reconhecimento de que esse corpo alterado poderá concretizar fantasias

¹⁵⁴ “Ao jovem infrator, no lugar de serem planejadas prioritariamente medidas repressivas e punitivas, como maciçamente quer a opinião pública, deveriam ser planejadas e oferecidas oportunidades para que ele tenha sua “fala”, para que ele seja um sujeito ativo e participante do bem social” (SÁ, op. cit., 2012).

¹⁵⁵ SÁ, op. cit., 2012.

incestuosas, sendo típico dessa etapa uma tentativa de afastamento e separação da figura dos pais, que sofrem um significativo desinvestimento por parte do jovem.¹⁵⁶

Tal angústia, considerada natural nessa fase da vida, é reforçada com a privação da liberdade decorrente do sancionamento estatal. Pensa-se, na esteira de alguns estudos da neurociência, que a liberação de dopamina decorrente da apreciação musical pode gerar algumas sensações tranquilizantes e relaxantes nos internos para contrastar com os estados angustiantes que estão vivenciando.¹⁵⁷ Por outro lado, tal estado de angústia pode constituir-se em fator de sofrimento psíquico acentuado, caso não seja adequadamente enfrentado durante a execução das medidas socioeducativas, podendo gerar problemas de comportamento. Manifestar-se artisticamente, conforme antes referido quando se tratou do tema da sublimação, é uma boa forma de lidar com tal angústia e sofrimento.

De outra banda, é importante reconhecer que muitos dos internos vivenciaram, em suas trajetórias de vida, desde muito cedo, dificuldades relacionadas à violências por eles sofridas, que já os tinham privado da certa liberdade, em especial do livre e adequado desenvolvimento de suas personalidades. Agora, fisicamente reclusos, pois usaram da violência contra terceiros, experimentam privações de outra ordem. Aliás, são inúmeros os autores que identificam a falta de condições básicas de sobrevivência (a fome, a falta de oportunidades etc.) como uma das mais relevantes causas da

¹⁵⁶ AZEVEDO, Berta Hoffmann; CASTAN, Juliana Unis; MACEDO, Mônica Medeiros Kother;. Ibidem.

¹⁵⁷ Segundo matéria veiculada no jornal Folha de São Paulo do dia 25/07/2015, “Não há uma explicação fácil para que a música tenha surgido em toda a sociedade humana. Parece que há algo no nosso cérebro que nos faz gostar de ritmo, de notas, de cantar. De fato, ouvir música, especialmente as que já conhecemos e gostamos, libera no nosso cérebro dopamina, como também fazem o sexo e as drogas – ou seja, em vez de dizer “sexo, drogas e rock and roll”, os transgressores poderiam economizar e bradar apenas “dopamina!”. A explicação evolutiva para isso é hipotética. Talvez a música promovesse coesão social – todo mundo lá, cantando junto.” conforme <http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2015/07/1660311-livro-explica-por-que-adolescentes-sao-chatos-veja-mais-fatos-o-cerebro.shtml>.

delinquência que esses jovens praticam.

Isso porque tais estados geram reflexos negativos na estrutura familiar, leia-se, no exercício das funções paterna e materna, razão pela qual se poderia reconhecer o ato delinquencial, nesses casos, tanto como resultado de problemas na internalização da autoridade paterna, como compreendida no âmbito das privações ocorridas durante as primeiras relações da criança com a mãe.

Os adolescentes (e as crianças) são as vítimas preferenciais desse tipo de violência social e familiar, já que são mais vulneráveis. Essa vulnerabilidade é perfeitamente compreendida, num primeiro momento, em face do vínculo de dependência das crianças e jovens aos pais para (sobre)viver: sem os pais o projeto de vida fica praticamente inviabilizado.¹⁵⁸

Conforme Cassorla, essa vulnerabilidade é decorrente, ainda, da invasão do ser criança e adolescente por estímulos internos ligados à sexualidade e à agressividade, que são de difícil controle, e que interagem com um ambiente externo que não lhes permite sua transformação adequada e gratificante.¹⁵⁹ Verifica-se, pois que o jovem vive numa espécie de “estado confusional”, em que não sabe o que deve ou não fazer, discriminar o que é certo do errado e, além de estar perdido, não tem a quem recorrer. Por meio dos diversos projetos desenvolvidos com os socioeducandos, nossa preocupação é de buscar incessantemente a reintegração social do adolescente que praticou o ato infracional

Poderíamos dizer que o segredo da recuperação do jovem delinquente está sem sua reintegração no seio da sociedade, da comunidade, da família. Sobretudo se se levar em conta que, na raiz da conduta delinquente encontram-se, via de regra, privações das mais diferentes ordens, as quais acabam acarretando alguma forma de marginalização. E, desse processo de reintegração, a família, a comunidade, a sociedade (esta por meio de seus mais diversos segmentos) devem participar

¹⁵⁸ LEGRENDE, Pierre. Poder genealógico do Estado. In: ALTOÉ, Sônia (Org.). **Sujeito do direito, sujeito do desejo. Direito e psicanálise**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

¹⁵⁹ CASSORLA, Roosevelt Moisés Smeke. Prefácio. In: LEVISKY, op. cit., 1998.

ativamente, cabendo-lhes igualmente o papel de se integrarem com o jovem. Ora, como promover a reintegração social do delinquente, se o mantemos segregado da sociedade. O Estado, ao segregar, por meio de sentença judicial, o jovem do meio social, está simplesmente oficializando e consagrando o estado de marginalização de que ele tem sido vítima.¹⁶⁰

Outro aspecto a ser registrado são as dificuldades enfrentadas para a implementação e manutenção do projeto, em decorrência de variados fatores. No início, como se tratava de algo completamente novo, as naturais preocupações com a segurança e os riscos de ingressar com instrumentos musicais no interior da Unidade foram levantados como possíveis obstáculos, tranquilamente vencidos no decorrer das oficinas. Os medos são importantes fatores de autopreservação, mas não podem paralisar e inviabilizar as esperanças. É preciso considerar que toda a mudança de e na cultura exige um certo tempo e experimentação para acomodar as novidades. De qualquer forma, não se tem conhecimento de quaisquer incidentes relacionados à segurança durante os anos de execução da proposta.

Ademais, outro aspecto que deve ser levado em conta diz respeito às dificuldades financeiras para a continuidade do projeto, com remuneração dos professores, manutenção dos equipamentos, deslocamentos e gastos com viagens etc. Relaciona-se, principalmente, às dificuldades enfrentadas por alguns estados federados, situação de notório conhecimento no Rio Grande do Sul, considerando, entre outros fatores, a distribuição de competências e recursos da Federação Brasileira.

Assim, mas não só por esse motivo, a realidade demonstra que os investimentos na área da socioeducação são insuficientes e bastante precários, situação que não difere muito do sistema prisional. Muitas vezes ouvem-se queixas quanto à falta de recursos para dar conta das necessidades básicas para o funcionamento da unidade de internação e semiliberdade.

Como consequência desta realidade, seguidamente faltam recursos

¹⁶⁰ SÁ, op. cit., 2012.

públicos para custear o Projeto Banda Liberdade. A solução é buscar doações e apoio na iniciativa privada e na disposição de particulares em prestar auxílio. Nesse sentido, em diversas ocasiões, foi necessário apelar para o sistema de voluntariado, em especial, nas oficinas de percussão, capitaneadas pelo talentoso professor e músico Marcelo Pimentel.

Por um lado, a contribuição de voluntários na privação da liberdade é oportuna e conveniente, na medida em que permite o contato com os internos de pessoas ainda não “contaminadas” pelo sistema.¹⁶¹ Por outro lado, no caso específico deste projeto, não se pode esquecer que são igualmente conhecidas as dificuldades enfrentadas por profissionais da música no Brasil, no que diz respeito à remuneração pelo seu ofício, o que deve ser levado em consideração para ponderar a participação voluntária. De qualquer forma, independentemente do regime de contratação dos professores e oficineiros, a exigência de dedicação, compromisso e competência especial para lidar com adolescentes privados de liberdade são requisitos essenciais para o bom andamento dos trabalhos, e motivo, a nosso sentir, de êxito do Projeto Banda Liberdade.

Por fim, uma das preocupações que move a presente pesquisa e o trabalho desenvolvido, e que não pode deixar de ser lembrada, diz respeito à relevância e necessidade de acompanhamento dos egressos, ou seja, daqueles que cumpriram a medida de internação e, por isto, são desligados da unidade. Todos os benefícios eventualmente conquistados com a participação dos internos nos projetos podem se perder quando eles são desligados e voltam para as mesmas condições e realidades que vivenciavam antes de serem recolhidos. Lamentavelmente, são poucas, senão inexistentes, as políticas

¹⁶¹ “A grande vantagem do voluntariado é que sua relação com os internos não é de poder. Trata-se de uma relação desinteressada. Seu interesse primeiro e central é o bem do outro, é a promoção do outro. Portanto, o voluntário é para o recluso antes de tudo um modelo vivo de doação, de valorização do outro, modelo este que se sobrepõe ao seu discurso, ao mesmo tempo em que lhe dá sustentação moral. O voluntariado é um modelo não contaminado pelas vicissitudes, pela rotina e pela cultura da prisão.” (SÁ, op. cit., 2012).

públicas de orientação e auxílio de egressos, tanto no sistema socioeducativo, como no sistema prisional.

O Projeto Banda Liberdade, mesmo depois de aproximadamente sete anos de existência e ampla divulgação na imprensa nacional, não conseguiu estabelecer-se a ponto de oferecer oficinas fora da Unidade de Internação, em especial para atender os egressos. A falta dessas políticas públicas, outrossim, pode ser suprida por meio do chamado terceiro setor, razão pela qual, alguns dos idealizadores do projeto objetivam constituir uma pessoa jurídica na forma de ONG ou OSCIP para oferecer tais oficinas, o que exigirá a busca de recursos nos mais diversos setores.

Eventual êxito na consecução dessa ideia poderá permitir, inclusive, que o ensino da música e os benefícios deste tipo de ação possam ser usufruídos por outras crianças, jovens e adolescentes que estão em regime de institucionalização, como é o caso dos acolhidos que foram afastados de suas famílias por terem seus direitos gravemente violados. Em anexo, junta-se uma proposta de estatuto como forma de ilustrar tal iniciativa. Frisa-se que tal investimento não pode deixar de ser feito pelo fato de o sujeito ter adquirido a maioridade ou a medida socioeducativa ter sido extinta pela implementação da idade de 21 anos, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente. A experiência da internação é vivida entre a adolescência e juventude vistas sob o olhar do Direito. Todavia, psicanaliticamente não existe essa divisão:

O léxico comum parece ter feito uma divisão entre adolescente e jovem, deixando para o segundo, o jovem, os atributos da força, da vitalidade e da sensualidade. Ficam para o adolescente os atributos da rebeldia, preguiça, indolência, enfim, “aqueles que dão trabalho”
Psicanaliticamente, não existiriam razões para tal divisão; o jovem-adolescente é portador de todas essas características, por isso a rebeldia é vivida com força e vitalidade, por isso há sensualidade na preguiça. É justamente essa conjunção que faz da adolescência uma etapa tão especial da vida.¹⁶²

¹⁶² WEINBERG, Cybelle. **Geração delivery**: adolescer no mundo atual. São Paulo: Sá, 2001.

Essa preocupação com os egressos, quiçá, pode estar verdadeiramente relacionada ao nome dado ao projeto: Banda Liberdade. Se os internos integram essa formação musical enquanto estão privados dela, porque não podemos proporcionar a eles a mesma inclusão quando dela efetivamente gozarem?

Por fim, dentro da prioridade dos direitos sociais na configuração da medida socioeducativa, explorou-se uma experiência prática de utilização do lazer, da cultura, em especial da música, como alternativa pedagógica na responsabilização juvenil. O Projeto Banda Liberdade, desenvolvido no Centro de Atendimento Socioducativo de Passo Fundo, tem como objetivo a inclusão social de adolescentes que cumprem medida de internação pela prática de diversos atos infracionais. Oficinas de música no interior da Unidade e apresentações musicais do projeto fora da instituição objetivam transformar a vida e a realidade destes jovens, proporcionando uma outra forma de identificação social (artista/músico), distinta daquela que os levou ao cárcere (delinquente/bandido).

Explorou-se, ainda, outras questões relacionadas ao projeto, como o conceito psicanalítico de sublimação, na medida em que a arte e a música podem ser uma forma de descarga das energias psíquicas e físicas que até então eram canalizadas para a agressividade e a violência. O alívio do sofrimento psíquico decorrente da angústia sentida na fase da adolescência, e que é reforçada com a privação da liberdade, também é uma das possibilidades exploradas no projeto. Por fim, o distensionsamento do ambiente onde a privação da liberdade executada e a preocupação com o acompanhamento dos egressos (que foram desligados por já terem cumprido a medida) encerra a presente pesquisa, deixando-se para os anexos alguns documentos que se pretendem ilustrativos: o projeto que foi utilizado no ano de 2015, entrevistas com pessoas relacionadas ao Projeto Banda Liberdade,

uma pequena resenha jornalística de cobertura das participações dos membros da banda e uma proposta de estatuto de OSCIP para dar continuidade ao projeto e, quiçá, proporcionar sua evolução.

Como exaltado no 'Planeta Atlântida', no dia 30 de janeiro de 2016, aproximadamente às 22h40min, para o público presente e para os telespectadores que assistiam ao show do Rappa ao vivo: “(...) o Projeto Banda Liberdade é um projeto que objetiva transformar a vida de adolescentes que cumprem medida socioeducativa pela prática de atos infracionais, correto?! Eles erraram na vida. Todos nós erramos na vida em algum momento. Eles foram sancionados pelo erro. Muitas vezes, eu sancionei eles pelo erro que eles cometeram. Mas eu acredito, sim, que eles podem se ressocializar. Eu acredito na juventude. Eu acredito que a vida pode ser transformada por meio da música. Então, eu faço questão do tocar com o Projeto Banda Liberdade, mesmo como juiz, em razão disso. O espaço não é curto no palco do Rappa. O Rappa não é a maior banda do Brasil só pela música que faz, e pelas letras que tem. É a maior banda do Brasil por esse tipo de postura e esse tipo de conduta: o espaço não é curto no palco d'O Rappa...”.

Espera-se, sinceramente, que o Estado brasileiro e sua sociedade amplie seus espaços para a inclusão das crianças, dos adolescentes e dos jovens, independentemente de suas condições, proporcionando cuidado, carinho, educação, amor, limites, com o que, entre outras coisas, almeja-se um futuro melhor para todos.

3 CONCLUSÃO

Primeiramente, não se pode esquecer que o artigo 227 da Constituição, na esteira do que se vem sustentando até aqui, deve ser conjugado com o artigo 228, garantindo-se ao adolescente e ao jovem infrator, com prioridade

absoluta, o direito fundamental especial de convivência familiar e comunitária.

Obviamente que, como todo o direito fundamental, esse não é absoluto. A privação da liberdade diminui bastante o seu âmbito de proteção, mas o núcleo essencial do direito não pode ser atingido. Assim, o direito do adolescente de receber visitas de seus familiares,¹⁶³ em especial dos pais, é sagrado. Ressalvas podem ser efetuadas, ainda, para algum fato extraordinário que contraindique tal visitação, caso a presença e o convívio com os pais seja prejudicial ao adolescente, o que deverá ser averiguado pelas equipes técnicas e decidido pela autoridade judiciária responsável pela execução.

No tocante ao tema da família, a Psicanálise, ainda pode nos auxiliar a compreender alguns fenômenos delinquenciais. Para tanto sugere-se a belíssima obra **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**, de Alvino Augusto de Sá. Ao tratar do tema das privações e da delinquência, com base nos ensinamentos de Winnicott e Bowlby, o psicólogo nos lembra da importância do exercício da função materna no atendimento das necessidades básicas do filho desde tenra idade. Privações emocionais nas primeiras fases da vida podem ser determinantes para atos de agressividade e condutas anti-sociais. O mesmo vale para o adequado exercício das funções paternas:

Zeiller e Couraud (1994), pesquisando, por meio de entrevistas psicológicas e provas de personalidade, um grupo de jovens delinquentes, menores de 18 anos, constataram terem eles tido figuras paterna e materna muito negativas. Os pais foram ausentes, enfraquecidos em sua autoridade, delinquentes, alcoólatras, não se comunicavam com os filhos. As mães foram figuras “vazias” ou onipotentes, ameaçadoras, “devoradoras”, possessivas.

Acredita-se que a presença e o convívio, mesmo que por pequeno período de tempo, com as pessoas que exerceram as funções materna e paterna na vida do jovem privado da liberdade poderá diminuir ou atenuar as

¹⁶³ O Estatuto e a Lei do SINASE tratam especificamente deste direito.

privações emocionais que o interno sofre no decorrer da execução da medida.¹⁶⁴ São bastante notadas as diferenças de comportamento dos internos que recebem visitas familiares em comparação com aqueles que não tem o mesmo tratamento por diversas razões. É bastante comum relatos de infrações disciplinares praticadas por socioeducandos que se dizem “abalados” por não terem recebido visitas.

Ainda, no tocante a essa questão, devemos lembrar que a Constituição de 1988 garante a toda criança, adolescente e jovem também o direito à convivência comunitária, tema pouco explorado, mas que também deveria ser objeto do direito de visitas, a nosso sentir.

Não se conhece a realidade de outras unidades de internação do restante do país. Na Unidade de Internação do CASE de Passo Fundo, as visitas aos internos resumem-se geralmente aos familiares próximos. Pensa-se que seria importante a ampliação do direito de visita para membros da comunidade do interno com quem eles tenha relação de afetividade e afinidade comprovada e estejam aptos a ingressar na unidade, em especial para aqueles que não recebem a visita da família, ressalvados eventuais malefícios referidos anteriormente quanto aos genitores. Ademais, atividades junto à comunidade, mesmo para os privados de liberdade, mantidos os cuidados com a segurança, viriam ao encontro da reintegração social.

Sabe-se o quão difícil é a tarefa de garantir a efetividade dos direitos sociais no Brasil, o que pode ser redobrado para aqueles sujeitos que violaram os direitos penalmente protegidos de outrem. Não se pode esquecer, aqui, da importância da assistência jurídica aos adolescentes condenados, muitas vezes prestada, no Rio Grande do Sul, pela combativa Defensoria

¹⁶⁴ A história da delinquência é uma história de privações das mais diferentes ordens, entre as quais a privação emocional ocupa posição de destaque, porém estando todas intimamente interligadas e interdependentes.

(...) torna-se muito mais difícil 'recuperar' um adolescednte que começa a trilhar o caminho da delinquência, privando-o das coisas que ainda lhe restam e que lhe são caras, como são caras a todo o ser humano: a liberdade, o convívio social, o convívio familiar, o contato com os amigos, entre outras. (SÁ, op. cit., 2012).

Pública do Estado.

Recorda-se que o acompanhamento pelo profissional do Direito, nesses casos, não deve se limitar aos aspectos jurídicos da sentença que aplicou a medida e do processo de execução. É importante que se faça uma avaliação do atendimento dos direitos sociais do executado para verificar se as políticas públicas estão sendo eficientes ou se é necessário o ajuizamento de ações individuais para torná-los realidade.

Conforme expressado no início do presente texto, os limites da responsabilização/punição dos adolescentes infratores estão igualmente ligados ao direito fundamental à prioridade absoluta, em especial, a busca pela máxima eficácia jurídica e social dos seus direitos, como forma de garantia do livre e adequado desenvolvimento de suas personalidades para, assim, alcançarem um melhor destino nos trilhos constitucionais estipulados no Estado nacional.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Sônia (Org.). **Sujeito do direito, sujeito do desejo. Direito e psicanálise**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013.

COSTA, Ana Paula Motta. Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREUD, Sigmund. **Mal estar na civilização [1929]**. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. XXI.

KAUFMANN, Pierre (ed.). **Dicionário Enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

LEVISKY, David Léo (Org.). **Adolescência: pelos caminhos da violência**, a Psicanálise na prática social. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

MELMAN, Charles. **Alcoolismo, delinquência, toxicomania: uma outra forma de gozar**. Tradução de Rosane Pereira. São Paulo: Escuta, 2000.

RANNA, Wagner. Violência no corpo – violência na mente. In: LEVISKY, David Léo (Org.). **Adolescência: pelos caminhos da violência – a Psicanálise na prática social**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

ROSA, Alexandre Moraes. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SÁ, Alvino Augusto de Sá. **Criminologia crítica e psicologia criminal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

WEINBERG, Cybelle. **Geração delivery: adolescer no mundo atual**. São Paulo: Sá, 2001.

Sites consultados:

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1616762-87-querem-reducao-da-maioridade-penal-numero-e-o-maior-ja-registrado.shtml>.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>.

<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>.

<http://guiadoestudante.abril.com.br/profissoes/saude/musicoterapia-687248.shtml>.

<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2015/07/1660311-livro-explica-por-que-adolescentes-sao-chatos-veja-mais-fatos-o-cerebro.shtml>.

O NÚCLEO INDISPONÍVEL DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL

Eleonora Laurindo de Souza Netto

Mestre em Direito Penal e Política Criminal - pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Especialista em direito civil pela Universidade Panthéon-Assas Sorbonne e Pós-Graduada em direito aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Professora de direito penal e ciências criminais da Fundação de Estudos Sociais do Paraná. – Disciplinas Direito Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente.

José Laurindo de Souza Netto

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. – Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutor pela Universidade Degli di Roma – La Sapienza. Professor do curso de Mestrado da Universidade Paranaense (UNIPAR) e do Curso de Especialização em Direito Aplicado da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP)..

RESUMO

Partindo do paradoxo dos direitos fundamentais, com o reconhecimento da tutela da eficácia penal como bem jurídico, o artigo investiga se a jurisdição pode admitir a prova ilícita vedada pela Constituição, mediante uma hermenêutica depuradora da ilicitude, fundada na teoria dos sopesamentos de princípios. A resposta ao problema foi posta na conclusão após a análise da natureza de regra e não de princípio, do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e a vinculação da jurisdição com a hermenêutica fenomenológica e a filosofia da linguagem.

Palavras-chave: Prova ilícita; Direito fundamental; Hermenêutica fenomenológica; Hermenêutica depuradora; Filosofia da linguagem.

ABSTRACT

From the fundamental rights paradox, with the recognition, protection of criminal effectiveness as a legal right, the article investigates if the court may admit the illegal evidence prohibited by the Constitution through a "purifying hermeneutics" of illegality, based on the theory of sopesamentos principles. The answer to the problem was put at the conclusion after analyzing the rule of nature of Article 5, paragraph LVI of the Federal Constitution and the linking of jurisdiction with the phenomenological hermeneutics and the philosophy of language.

KeyWords: illicit proof; fundamental right; hermeneutics phenomenological; hermeneutics purifying; philosophy of language.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal sempre esteve preso na tensão entre o controle do crime e o devido processo legal, ou seja, da escolha entre a necessidade de lutar contra certas formas de delinquência e o respeito aos direitos e liberdades fundamentais.

Historicamente os direitos fundamentais nasceram como proteção contra os excessos potenciais do Estado, configurando-se como instrumento de contração do âmbito de sua atuação repressiva. No iluminismo por exemplo, a intervenção penal era limitada sob o ponto de vista normativo, sancionador e processual, assumindo assim uma *“função de escudo”*, ou seja, uma espécie de barreira frente ao ímpeto criminalizador do Estado.

Entretanto os avanços de um Estado penal e sua perspectiva de segurança pública acabaram por fazer da repressão não mais um meio em busca de um fim (supostamente bom), mas um fim em si mesmo.

A preocupação da sociedade contra as ameaças reais, imaginárias e potenciais da criminalidade realçou a dimensão de segurança dos direitos fundamentais, privilegiando sua função de *“braço armado”* no dizer de Mirrelle Delmas Marty (2007).

Neste sentido, destaca-se então função inversa, que transforma os direitos fundamentais como *“espada”* da repressão, contribuindo para a legitimação da via penal como único meio de prevenir condutas indesejadas e tutelar direitos.

Amplia-se assim a doutrina da dupla natureza e dimensão dos direitos fundamentais, ideia de Niklas Luhmann (2003), segundo a qual os direitos fundamentais emergem também como valores ou fins do moderno Estado de Direito, a serem tutelados pelo recurso processual/penal. Como bens jurídicos, aparece de um lado o interesse de perseguição encabeçado pela comunidade ofendida pela infração criminal e de outro a ideia de Estado de direito e o imperativo de um processo conforme as exigências da Constituição.

As proibições da prova ilícita surgem neste contexto, como instrumento de defesa de direitos fundamentais contra a atividade de perseguição criminal.

No Brasil o tema da prova ilícita encontra-se potencializado em relação aos outros países, em virtude do fato de estar inserido na Constituição como direito fundamental e como cláusula pétrea (art. 60, § 4^a, da CF). Tal previsão constitucional envigora o sistema brasileiro de proteção de direitos fundamentais em relação ao direito comparado.

O estabelecimento deste direito fundamental como princípio e não como regra tem, entretanto, conduzido a uma arbitrária discricionariedade judicial, lastreada em possíveis sopesamentos e manejada por uma hermenêutica depuradora da ilicitude da prova.

A problemática desse estudo, diante deste contexto, consiste em se perguntar se esta relação ambivalente de direito processual/penal e direitos fundamentais, legitima a jurisdição para admitir aquilo que a Constituição Federal veda, no que diz respeito ao direito fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita prevista no art. 5º, inc. LVI.

Tendo em vista a natureza paradoxal nas relações entre direito penal processual e direitos fundamentais, a questão que se coloca é o alcance do sopesamento de valores no que diz respeito a análise do direito a uma prova ilícita. Existe ou não uma obrigação constitucional capaz de levar a relativização da norma do art. 5º, inciso LVI, uma restrição de direito fundamental, tendo em vista uma maior eficácia do Estado no combate movido contra a criminalidade grave?

O objetivo do artigo é reafirmar a legalidade constitucional, sua normatividade e a vinculação da jurisdição aos comandos inerentes ao Estado de Direito.

Neste percurso será necessário analisar seis aspectos, são eles: I. Natureza paradoxal da relação entre direitos fundamentais e direito processual/penal; II. Inadmissibilidade da prova ilícita no Brasil e no direito comparado; III. A natureza de regra da norma que garante a proibição da prova ilícita no Brasil (art. 5º, inc. LVI, CF); IV. A vinculação da jurisdição

com a Filosofia da Linguagem e a Hermenêutica Fenomenológica; V. Hermenêutica depuradora da ilicitude; VI. A ponderação principiológica;

2 A NATUREZA PARADOXAL DA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PROCESSUAL/PENAL

Com a passagem do Estado liberal para aquele social democrático, emergindo a constitucionalização dos direitos, transparece o paradoxo da relação entre direitos fundamentais e direito processual/penal, pois aqueles, antes encarados como direito de carácter negativo, ou seja, contra o Estado, passam a ter uma concepção positiva, considerando a intervenção penal como meio mais importante para a defesa e tutela preventiva.

Este carácter dicotômico dos direitos fundamentais foi apontado por Alessandro Baratta (1999), quando definiu o garantismo:

no solamente em sentido negativo com limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como garantismo positivo. La respuesta a las necesidades de seguridad de todos os derechos, también de los prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales e culturales) y non sólo de aquella parte de ellos, que podríamos denominar derechos de prestación de protección, en particular contra a agresores provenientes de comportamientos delictivos de determinadas personas.

É como bem jurídico que a Constituição Federal reconhece e protege os direitos fundamentais, como a integridade física e moral, a liberdade, a privacidade, o direito a honra e a imagem, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência e sobretudo a proibição da utilização da prova ilícita. É também como bem jurídico que a Constituição tutela a eficácia funcional do sistema penal.

A eficácia funcional do sistema penal surge então como um bem jurídico de dignidade constitucional. Os delitos que devem ser penalizados (com maior rigor) são exatamente aqueles que de uma maneira ou outra

obstaculizam a concretização dos objetivos do Estado Social Democrático. Cabe então, ao direito penal uma função de proteção dos bens fundamentais na comunidade, das condições sociais básicas necessárias a livre realização da personalidade de cada um e cuja violação constitui crime. (DIAS, 1999)

Neste paradoxo, a inflicção de uma pena constitui uma espada de dois gumes tutelando bens jurídicos mediante lesão aos mesmos. (LISZT, 2003)

Desse modo o bem jurídico implica uma dupla proteção como ensina Roxin: “através do direito penal e ante o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente a situação que se pretende combater”. (ROXIN, 1998, p. 28)

O paradoxo dos direitos fundamentais reside na possibilidade de um bem (a promoção de direitos fundamentais) gerar um mal (repressão) quando deste mal possa surgir um bem superior. Assim os fins (bons) justificam os meios contestáveis os quais deixam de possuir este caráter quando operem em favor de uma causa incontestável.

Esta relação ambivalente entre direito penal e direitos fundamentais é descrito por autores franceses como “*escudo ou espada*”. Reconhece-se além da função humanista dos direitos fundamentais uma função inversa dos direitos fundamentais, que os transformam nesta vez em *espada*, com instrumento da repressão criminal, contribuindo assim para a legitimação dos direitos penais como uma verdadeira penalização dos direitos fundamentais. (OST, 2002)

O caráter reversível se estabelece na medida em que o direito penal pode ser considerado não só como escudo dos direitos fundamentais, mas também como seu *braço armado* (OST, 2007). Yves Cartuyvels fala dos direitos fundamentais como “*freio e amplificador*” da criminalização. Fr. Tulkens et M. van Kerchove (2007) evocam os direitos fundamentais como boa ou má consciência do direito penal. Mireille Delmas-Marty também fala em *braço armado* do direito penal. (DELMAS-MARTY, 2007)

3 INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL

A proibição de prova ilícita configura uma das áreas da experiência jurídica onde mais se conflitam os interesses que estão em jogo no processo penal. Para o cidadão as proibições de prova em geral aparecem como instrumento de defesa de direitos individuais contra a atividade do Estado de perseguição criminal.

No ordenamento brasileiro, a inadmissibilidade penal de provas obtidas ilicitamente origina-se, diretamente da Constituição. Desse modo o sistema brasileiro se une àqueles de outros países, em que se optou em buscar uma tutela reforçada, estabelecendo a prova ilícita na Constituição.

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal Brasileira estabelece peremptoriamente como cláusula pétrea “são inadmissíveis no processo, a provas obtidas por meios ilícitos”. Não foi sem razão a sua inserção no Capítulo I dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Com o dispositivo o legislador albergou a corrente que sustentava não ser possível ao juiz fundamentar uma decisão numa prova obtida ilicitamente.

Assim são inadmissíveis no processo penal e civil tantos as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas obtidas com a violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com a captação não autorizada judicialmente das conversações telefônicas (art. 5º, inc. XII, da CF), com violação de domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou mediante determinação judicial (art. 5º, inc. XI, da CF), com violação da intimidade, de fitas gravadas de contados em encontros de caráter privado e sigiloso (art. 5º, inc. X, da CF), com abuso de poder, como a tortura por exemplo.

O status constitucional conferido pelo legislador constituinte limita o princípio da liberdade na busca da verdade real. Como ensina Paulo Rangel:

O legislador constituinte a estatuir como Direito e Garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial acusatória pelo titular da ação penal pública, porém esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito. (RANGEL, 2013, p. 451).

No mesmo sentido o código de processo penal em seu artigo 157 com redação dada pela lei 11.690/08, determina que são inadmissíveis, devendo ser desentranhados do processo, as provas ilícitas assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Além da prova ilícita em si, também a que decorre da chamada prova ilícita por derivação, consistente na inadmissibilidade da prova, ainda que produzida lícitamente, mas que decorra de uma prova considerada ilícita. Tal teoria encontra-se positivada no parágrafo 1^a do art. 157 do CPP que dispõe “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Não será aplicada esta teoria dos frutos da árvore envenenada quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das ilícitas, nos termos do §2º, do Art. 157, “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A doutrina também elenca a teoria da descoberta inevitável para a qual se a prova, que circunstancialmente decorre da prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A prova ilícita que deu ensejo a descoberta de

uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la.

Assim no sistema brasileiro, a normatividade da Constituição traduz-se como princípio da legalidade, emprestando sentido ético-axiológico e teleológico nas proibições da prova. É desde modo que a inadmissibilidade da prova ilícita emerge como direito fundamental e autêntico bem jurídico, cujo conceito surge no iluminismo criminal como reação contra a arbitrariedade da justiça criminal do período absolutista.

Para Von List (2003),

todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, cria-o a vida; mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o segredo da correspondência, eram interesse vitais (...), muitos antes de chegarem a estar garantidos pela Constituição contra as intervenções arbitrárias do poder do Estado, ou pela lei penal contra as violações procedentes dos indivíduos.

4 A PROVA ILÍCITA NO DIREITO COMPARADO

Os países que seguem a tradição jurídica europeia atrelam a ilicitude probatória com a busca da verdade, reconhecendo, entretanto, que ela está vinculada a critérios legalmente estabelecidos.

A Constituição Portuguesa de 1976 estabelece em seu artigo 32, “a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio ou na correspondência ou telecomunicações”. (ANDRADE, 1992, p. 192)

Do mesmo modo a Constituição Colombiana de 1991 inseriu a cláusula de que “é nula de pleno direito a prova obtida com violação do devido processo legal”.

A Constituição Mexicana recentemente incorporou a ilicitude da prova no artigo 20, inciso XI, prescrevendo que qualquer prova obtida com violação aos direitos fundamentais será nula.

No direito italiano a *inutilizzabilità* da prova ilícita limita o livre convencimento do juiz, impossibilitando-o de formar sua convicção sobre fatos demonstrados através de tais provas ilícitas. Configura-se como uma forma de invalidez que desencadeia uma sanção que afeta seu valor probatório, impedindo a fundamentação de uma decisão judicial.

Na Espanha a previsão da ilicitude da prova se encontra no artigo 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário que dispõe “não terão efeito as provas obtidas direta ou indiretamente, com vulneração dos direitos ou das liberdades fundamentais”.

Diversamente do sistema brasileiro, no direito alemão, francês e italiano a matéria não possui dignidade constitucional. Possibilita-se assim, com a discricionariedade judicial a produção e avaliação da prova ilícita, com fundamento na razoabilidade.

Nesta matéria a questão da proporcionalidade assume grandes dimensões. A França e Inglaterra já normatizaram a admissibilidade da prova obtida ilicitamente no processo, punindo os responsáveis pela sua produção.

O sistema americano, baseando-se no critério da razoabilidade, também admite as provas ilícitas em caráter excepcional.

O direito “*exclusionary rules*” próprio do sistema da *common law*, privilegia a dimensão processual de direitos fundamentais, como garantias contra a intervenção abusivas das instâncias de controle de persecução penal criminal. Num primeiro propósito o sistema visa prevenir e reprimir as manifestações da ilegalidade da autoridade policial na interação com o cidadão e suas garantias constitucionais. Visa-se com isso assegurar a estrita legalidade processual. A imposição de deveres formais de esclarecimento e informação, quando da prisão, é emblemática. Nos *Miranda-warnings*

estabelecidos pela Suprema Corte no caso *Miranda x State of Arizona*, exige-se que o acusado tenha sido informado: a) que tem o direito de não responder; b) que tudo que disser pode ser utilizado contra ele; c) que tem assistência de defensor escolhido ou oficiosamente nomeado. A mera violação desta formalidade será bastante para macular as declarações do acusado.

No direito alemão, o § 136, da StPO, exclui toda prova obtida por meio de tortura. Proíbe-se não só a produção da prova, limitando-se a busca da verdade como a valoração, relativas aos fatos (*Beweisthemaverbote*), aos métodos de obtenção (*Beweismethodenverbote*), aos meios de prova (*Beweismittelverbote*).

Do regime dos *Beweisverbote*, revela-se uma essência preponderantemente material, com uma fundamentação em enunciados substantivos de direitos inerentes a personalidade e privacidade. As proibições de prova apresentam-se assim como mecanismos processuais de tutela do direito material, principalmente da dignidade da pessoa, pouco importando se produzidas de forma ilícita ou não.

Admite-se a existência de um conflito entre as proibições de prova e os interesses de persecução penal, conduzindo a decisões de ponderação que se exteriorizam tendo em vista a gravidade do fato e o peso da ilicitude.

A violação de uma proibição de produção não acarreta necessariamente, uma proibição de utilização. Para chegar a uma proibição de utilização precisa-se de uma disposição legal expressa ou então uma fundamentação legal teórica.... (ARMENTA, 2009, p. 55)

No processo penal francês os meios de prova e as regras de valoração não estão revestidos de normatividade expressa. A valoração da prova não se encontra limitada, sendo que sua ilicitude é considerada em um sentido amplo contrário ao direito. O fundamento se encontraria na ideia de que, em um Estado de Direito, existem limites inerentes aos direitos a submissão ao princípio de lealdade e às normas estabelecidas.

Essa configuração permite acentuar que nem toda a prova ilícita acarreta a infração de um direito fundamental, na medida em que ela existirá quando se incorra em deslealdade, mas nem toda prática desleal supõem uma infração aos direitos fundamentais.

O princípio de lealdade na obtenção da prova, refere-se a um princípio geral do direito, de origem jurisprudencial, em virtude do qual se incorpora um conceito jurídico indeterminado, permitindo-se excluir do processo aquelas provas obtidas com utilização de mecanismos desleais, armadilhas ou estratégias, que fariam a justiça perder a dignidade com a qual se deve lutar contra a delinquência. (BOUSIER, 2003)

Como ensina Bousier, se fosse necessário estabelecer uma definição de prova ilícita no direito francês, ela se referiria àquela cuja obtenção tenha violado a uma norma legal específica ou, na falta de tal norma, tenham sido cometidas violações a direitos fundamentais ou a princípio de lealdade. (BOUSIER, 2003)

A Lei 2004/204 de 09 de março de 2004 estabelece poderes coercitivos a polícia francesa, referente a buscas sem consentimento do morador e também sobre transcrição de interceptação telefônicas

O sistema argentino por sua vez não possui previsões legais expressas recorrendo-se a teoria das nulidades. O art. 168.2 do Código de Processo Penal da Nação (CPPN) dispõe: “Somente deverão ser declarados de ofício em qualquer estado e estágio do processo penal, as nulidades previstas no artigo anterior¹⁶⁵ que impliquem violação às normas constitucionais, ou quando assim se estabeleça expressamente”.

¹⁶⁵ Art. 167. Enterder-se-á sempre prescrita, sob pena de nulidade, a observância das disposições concernentes: 1.º) à nomeação, capacidade e constituição do Tribunal, do Juiz ou do representante do Ministério Público; 2.º) à intervenção do juiz; Ministério Público e querelante no processo e sua participação nos atos em que ela seja obrigatória; 3.º) à intervenção, assistência e representação do imutado, nos casos e formas em que a lei estabelece

5 A NATUREZA DE REGRA E NÃO DE PRINCÍPIO DA NORMA QUE GARANTE A PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL (ART. 5º, LVI, CF)

Em que pese seja corrente na linguagem da jurisprudência cotidiana a referência ao citado dispositivo constitucional como princípio, certo é que ali o constituinte instituiu regra de direito fundamental, um direito de defesa que confere ao titular a certeza de que o Estado não se utilizará de provas ilícitas para sua condenação.

Em linhas gerais, as regras são enunciados deônticos que não comportam sopesamentos e tem sua aplicabilidade restrita apenas pelos critérios de aferição de validade. Conforme Alexy “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras tem o caráter de mandados definitivos”. (ALEXY, 1997, p. 162)

Como exemplo de direito fundamental que se traduz em regra, apresenta-se o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O dispositivo trata de prescrição específica que estabelece pressuposto e consequência determinados. Foi formulado para ser aplicado em uma situação determinada, não contendo caráter generalista, pois não abriga uma ampla série de aplicações. Neste conteúdo não se permite avaliações relativas ou flexíveis, dado seu caráter excludente do dispositivo colidente.

Não há margem para o pesamento algum na interpretação da norma, já que o Estado observa a vedação contra ele dirigido, ou não observa e assim pratica o ilícito. A observação ou não do mandamento é aferível por critério puro e simples subsunção do fato a norma.

O artigo 5º, disciplina assim, uma determinada situação, qual seja: quando ocorre a prova ilícita, a sua inadmissibilidade incide, quando não

ocorre não incide. No dizer de Dworkin, “vale a lógica do tudo ou nada” (2001, p. 130). Muitas vezes a discussão se dará no âmbito de ser prova ilícita ou não. Entretanto não há dissenso sobre o conceito de prova ilícita, pois até mesmo a lei 11.960/2008 tratou da matéria como sendo aquelas que contrariam normas de direito material e constitucional ou normas de direito processual.

Trata-se aqui de regra e não de princípio, subtraída da dogmática da ponderação. Ao referir-se a expansão do papel da jurisdição Ferrajoli (2007) diz ser

inaceitável a orientação das normas constitucionais, incluindo os direitos fundamentais, não como regras, cujas as violações não são passíveis de controle judicial e sim como princípios objetos de ponderação, porque consistentes no enunciado de objetivos políticos e não em prescrições ou proibições de conduta submissíveis sob essas normas.

O artigo 5º, inciso LVI, é regra aplicada por subsunção que serve para limitar a amplitude decisória do julgador e também a reduzir a discricionariedade na interpretação. A jurisdição encontra-se vinculada com a norma constitucional, limitando-se a gama das opções interpretativas, com o único significado compatível com a Constituição, qual seja, o cânone da inadmissibilidade da prova ilícita.

O modo pelo qual se desenvolve a sua admissibilidade/inadmissibilidade é constitucionalmente pré-determinado, com um limite insuperável. Isto não significa uma verdade menos verdadeira; porque de modo contrário, desprezando a sua vinculação com as fórmulas constitucionais, elimina-se a indispensável certeza subjetiva de que os elementos coligidos no processo traduzem esta mesma verdade. Pouco ou nenhuma credibilidade pode merecer a prova resultante de violações constitucionais.

A leitura de normas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais como princípios e não como regras leva, de fato a uma

indevida discricionariiedade judicial que ultrapassa e muito as margens de incerteza presentes em qualquer atividade interpretativa.

O seu cumprimento independe das contingencias do caso concreto, não se tratando de um modo de otimização que terá efetividade na medida do possível.

Não obstante a plasmação constitucional expressa, do artigo 5º, inciso LVI, como ensina Zafaroni “os *processos* penais se desenvolvem em um mundo real, no qual se violam direitos humanos todos os dias, ainda que as leis estabeleçam garantias formais que, na prática não são observados por diversas razões”. (ZAFFARONI, 2001, p. 18)

Apesar da previsão expressa, a prova ilícita vem sendo considerada em alguns casos excepcionais. Percebe-se a ocorrência de uma mitigação da garantia constitucional estabelecida no art. 5º, inc. LVI, quando se afirma que a ordem social deve prevalecer em detrimento dos direitos individuais.

6 A VINCULAÇÃO DA JURISDIÇÃO COM A FILOSOFIA DA LINGUAGEM E A HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA

A falsa compreensão das estruturas de significação impossibilitou a perspectiva normativa de realizar a sua principal incumbência, qual seja, a segurança jurídica. As ponderações principiológicas também não foram satisfatórias para controlar o raciocínio do julgador e o sentido normativo, que oscilam sensivelmente de acordo com a visão de mundo e os condicionamentos ideológicos do aplicador.

A constatação de ineficiência de juízos ponderativos e a efemeridade da visão da existência de uma só resposta correta reclamam a individualização das garantias pelas quais a jurisdição opera sua própria discricionariiedade.

A atribuição de poderes mais amplos no espectro cognitivo desencadeia a exigência cada vez mais intensa de racionalidade e cientificidade, como forma de agastar o arbítrio.

Segundo Taruffo, na maioria das vezes, o raciocínio do juiz não é guiado por normas nem estabelecido por critérios ou fatores de caráter jurídico, omitindo-se o direito, em grande medida, em relação aos modos como juiz raciocina ou deveria raciocinar. Por isso, “na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por direito”. (TARUFFO, 2001, p. 7)

Diferentemente dos outros poderes, aquele jurisdicional apresenta um caráter cognitivo da constatação tanto dos pressupostos fáticos como dos seus significados normativos. Trata-se de um poder vinculado cujos atos consistem na aplicação substancial das normas substantivas. Assim é que, o poder jurisdicional “é um poder saber, tanto mais legítimo quanto mais seja o saber, tanto mais ilegítimo quanto mais seja o poder” (FERRAJOLI, 2007, p. 214). Na hermenêutica fenomenológica, os decisionismos podem ser controlados pelo círculo hermenêutico e a diferença ontológica, e no processo de escolha de significantes (ROSA, 2012, p. 5) a linguagem serve para revelar como o juiz imuniza a decisão com elementos retóricos.

A circularidade hermenêutica se configura como uma ferramenta indispensável para o controle das arbitrariedades. Hilton Japiassu (1996, p. 45) define círculo hermenêutico como “o método hermenêutico ou interpretativo” segundo o qual “toda compreensão do mundo implica a compreensão da existência e reciprocidade”.

O esgotamento do paradigma da filosofia da consciência ou da razão fulcrada no sujeito conduz a uma transformação em direção ao paradigma da filosofia da linguagem. A partir da terceira década do século XX, a filosofia

da linguagem configura-se como um novo paradigma da filosofia, ocorrendo o giro linguístico pragmático.

Levinson (2007, p. 6) divide a semiótica em sintática ou sintaxe, que trata do “estudo das propriedades combinatórias das palavras e suas partes”; em semântica que aborda o “estudo do significado”; e em pragmática que cuida do estudo linguístico.

A sintaxe limita-se, assim, a dimensão significativa da linguagem, ou seja, a uma abordagem meramente linguístico-gramatical, importando o conjunto de palavras significativas que expressam uma ideia. A semântica se preocupa com a dimensão proposicional da linguagem, ou seja, o significado de um enunciado. A pragmática preocupa-se com o uso dos signos, isto é, com a relação entre os signos e os sujeitos da linguagem, ou com o intérprete e sua relação contextual com os signos.

No âmbito da jurisdição, a pragmática cuida das formas de comunicação e dos procedimentos utilizados na decisão jurídica, fornecendo critérios para a determinação do significado da regra jurídica.

Por sua vez, o termo *fenomenologia* designa, observa de Waelhens:

simplesmente a vontade de excluir da filosofia os conceitos insuficientemente esclarecidos ou mal fundados, as construções gratuitas ou prévias, os falsos problemas que dizem respeito mais aos preconceitos dos pensadores e as disputas de escolas do que à natureza das coisas. (WAELEHENS, 1954, p. 13)

A fenomenologia tem o significado de fazer ver as coisas em si mesmas, deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra.

A filosofia é ontologia fenomenológica universal, que parte da hermenêutica do ser-aí; esta, enquanto analítica existencial, dá o fio condutor de toda a problemática filosófica, fundamentando-a sobre a existência de onde brota toda a problemática e sobre a qual ela repercute. (STEIN, 2001, p.173).

Na fenomenologia, é a existência que precede a essência, ou seja, primeiro as coisas existem para depois se formular juízos sobre elas.

7 HERMÊNUTICA DEPURADORA DA ILICITUDE

A hermenêutica depuradora da ilicitude da prova é uma proposta neoconstitucionalista que ao apregoar um retorno metafísico, ao modelo jusnaturalista, acaba por acarretar o descumprimento de preceitos constitucionais com justificativas de cunho axiológicas em detrimento da previsibilidade e a certeza do direito. Operando nesta perspectiva e imersa pelo juízo de proporcionalidade, propicia o imperativo de tutela penal dos direitos fundamentais, pelo qual em determinados casos admite-se a prova obtida de forma ilícita levando-se em conta a relevância do interesse público a ser protegido.

Para esta corrente de pensamento, o problema jurídico da admissibilidade da prova não estaria relacionada à maneira pela qual ela foi obtida. O importante seria verificar se sua introdução no processo é consentida, sendo irrelevante a consideração dos meios utilizados.

Arelados na busca da verdade real, esta hermenêutica acredita que se a prova ostentar esta característica, deve ser aceita. Nesse sentido, Pedroso afirma que

Se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o estado da persecução criminal contra o agente que restringiu as disposições legais e direitos do réu. (PEDROSO, 1986, p. 163)

O surgimento deste modelo de interpretação ocorre no interior de uma profunda crise que afeta o paradigma mínimo do direito penal, a defesa social em face da criminalidade grave e a defesa do indivíduo tendo em vista a imposição da pena. Busca-se uma eficácia simbólica para atender a demanda social de pena e segurança, para modificar a imagem da realidade de maneira que o déficit real de tutela dos direitos de bens jurídicos seja compensado por

uma criação da sociedade e uma ilusão de segurança, um sentimento de confiança. (BARATA, 1991, p. 3)

A hermenêutica depuradora da ilicitude confere certa maleabilidade a vedação constitucional sobre o pretexto de impedir distorções que poderiam ser causados em casos excepcionais. O argumento seria de que a prova ilícita poderia ser admitida, em casos excepcionais de criminalidade grave, visando a proteção de valores considerados mais relevantes do que os violados quando da colheita da prova.

Sobre esta flexibilização reconhece Alexandre de Moraes, com

base no princípio da proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, devendo permitir-se a sua utilização. (MORAIS, 2006).

O cotidiano mais recente tem sido marcado por um “*estado de necessidade de investigação*”, apresentando-se como justificação, como um espaço ambíguo e incerto, onde as práticas antijurídicas se transformam em direito. Com a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente, a Jurisdição vem negligenciando sua função eminentemente ética, se situando num limiar (portanto), onde o fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis”. (AGAMBEN, 2004, p. 45-6) confirmando-se o brocado francês *necessite fait loi*.

O conceito de necessidade apresenta-se como justificação política por meio de uma exceção, como um espaço ambíguo e incerto onde práticas antijurídicas transformam-se em direito.

Agamben denuncia “que a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”, apresentando-se, na perspectiva

histórica, como um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”. (AGAMBEN, 2004, p. 11)

Entretanto, é certo que nesta seara, operando nesta perspectiva a jurisdição abandona a sua função protetora de direitos fundamentais para assumir um papel retórico com a maximização de uma resposta punitiva com a degradação de garantias penais.

A dimensão normativa do direito previsto no artigo 5º, inc. LVI, e não meramente retórica leva ao reconhecimento da existência de um núcleo básico já definido pelo constituinte, portanto, vinculante. Vieira de Andrade (1998), asseverando o valor da dignidade da pessoa humana nos direitos de defesa, defende a teoria da existência em cada direito fundamental, de um núcleo intangível, no qual não se pode intervir em hipótese alguma.

Eventuais restrições não poderão comprometer a própria fundamentalidade do direito constitucionalmente assegurado. No dizer de Sarlet “O núcleo essência prescreve que a restrição de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia, sob pena de esvaziar sua própria fundamentalidade constitucional”. (SARLET, 2009)

Como aduz o Ministro Celso de Melo:

ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do poder público, também neste domínio está subordinado a estrita observância dos parâmetros de caráter ético-jurídico, cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente do nosso sistema normativo na absoluta ineficácia dos meios produzidos pelo Estado. (Autos RE n.º 251.445).

De qualquer forma, nenhuma hermenêutica está autorizada a negar vigência a Lei constitucional com base em raciocínios consequencialistas que derivam de mera insatisfação pessoal com o efeito prático resultante da aplicação de direito fundamental de dignidade constitucional. O argumento prático moral não pode intervir no juízo sobre aplicação de regra constitucional, pois o caráter compromissório da Constituição impede que a

jurisdição viole aquele mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena, pois sobre um ilícito acabaria por cometer um outro.

8 A PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

A atribuição de carácter principiológico ao conteúdo do artigo 5º, inciso LVI, conduz a uma hermenêutica depuradora da ilicitude, com o enfraquecimento da Constituição naquilo em que é essencial para a manutenção do Estado Democrático. O largo espaço aberto da discricionariedade quando do sopesamento, no tange a atribuição de peso aos direitos, leva a falta de previsibilidade das expectativas normativas.

A teoria dos princípios presente na hermenêutica depuradora da ilicitude fundamenta-se a partir de uma argumentação consequencialista, a ideia é: o direito a proibição da prova ilícita assim como aquele outro da vítima, se apresentam em conflito, que se resolvia mediante um juízo de ponderação sobre o “peso relativo de cada direito”, em vista das circunstâncias relevantes. Como resultado desse sopesamento, todos os direitos seriam relativos e revogáveis, isto excepcionáveis diante da prevalência do direito que tem mais peso.

Resta assim, moral e justificada a lesão a uma garantia quando eventualmente se considere que sua vigência implicaria um mal maior para a tutela do direito. O sacrifício de uma garantia estaria justificado quando “quanto maior o grau de não satisfação de um princípio maior tem que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 1986, p. 16), ou também quanto maior a lesão de uma garantia tanto maior há de ser a importância, urgência ou necessidade de tutela do bem jurídico ameaçado pelo crime.

À luz do princípio da ponderação de interesses, identifica-se uma área extensa em que os direitos individuais são sacrificados em sede de

ponderação e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais intoleráveis da criminalidade.

A utilização da dialética erística¹⁶⁶ na argumentação consequencialista do juízo de ponderação, baseada na sensação da impunidade, distancia-se dos limites semânticos na norma constitucional prevista no art. 5º, inc. LVI. Esse tipo de técnica tem sido utilizada a partir de um discurso justificador de uma emergência, de modo a permitir a imposição peremptoriamente da restrição do direito fundamental da garantia, pois o interesse preponderante será sempre uma emergência permanente. Entrincheirada em pontos de vista irreduzíveis, a hermenêutica depuradora da ilicitude atua mediante concepções pessoais, com a prevalência de suas opiniões em relação àqueles do direito, configurando o que Streck denomina de *jurisdição solipsista*.

9 CONCLUSÃO

Se por um lado o direito penal vê-se contingenciado pelo princípio da intervenção mínima, por outro não há renunciar-se ao direito penal na zona onde sua atuação é necessária.

Entretanto esta relação paradoxal não legitima a jurisdição admitir a produção e valoração das provas ilícitas.

A escolha valorativa da Constituição restringe o âmbito de decisão política criminal, configurando-se um critério constitucional orientador da jurisdição. Esta potencialização constitucional, conduz a impossibilidade de sopesamento de interesses no qual o direito fundamental de proibição da prova ilícita poderá ser sacrificado em nome da prevenção e repressão das manifestações mais intoleráveis da criminalidade.

¹⁶⁶ Trata-se de técnica argumentativa utilizada para vencer um debate a qualquer custo e que não contribui para a evolução da ciência. O opúsculo póstumo de Schopenhauer intitulado *Eristik* foi publicado pela primeira vez em 1864.

A teoria da ponderação é um mecanismo que na hora das necessidades legitima a violação de direitos e princípios que constituem os fundamentos em que se assentam o Estado Democrático de Direito. Nem sempre o interesse da perseguição de um acusado terá por si só, a força bastante para diminuir a ilicitude material da valoração da prova.

A Constituição não deixa margem de escolha ou possibilidade de compreensão do direito fundamental, apontando a resposta adequada, pois não permite se recorrer ao cotejo de direitos que se encontram em confronto para afastar o caráter peremptório da norma Constitucional, admitindo a conduta violadora, tendo em vista a necessidade de se coibir a criminalidade grave.

Como regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a admissão, valoração de provas ilícitas, no art. 5º, inc. LVI, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico. Atribui-se a essa norma uma natureza de regra e não de princípio.

Não se pode transigir com a violação dos preceitos constitucionais de lisura na apuração de condutas delitivas, pois, desse modo se desestrutura o sistema ético axiológico de credibilidade da jurisdição.

A vinculação da jurisdição com o paradigma da linguagem e a hermenêutica fenomenológica possibilita o desmascaramento ideológico, apresentam-se, via de consequência, como instrumentos hábeis para o combate dos decisionismos, visando a legitimidade da decisão judicial.

Ao Estado não se pode admitir a violação da lei constitucional, com a colheita de elementos probatórios ilícitos para a condenação da criminalidade grave. Os fins não justificam os meios, o direito de punir não se sobrepõe as garantias de natureza substantiva.

Desse modo, se o Estado tiver que recorrer ele próprio a um ilícito criminal para a perseguição do crime, a legitimidade da pena resta abalada,

carecendo de legitimação, segundo critérios éticos, pois a resposta penal deixa de aparecer como meio de pacificação.

A alta densidade normativa do direito fundamental da prova ilícita, implica uma necessária proteção do seu núcleo essencial, uma vinculação judicial ao conteúdo substancial pré-estabelecido, revelando-se como pedra angular de proteção do justo processo.

Trata-se assim de um núcleo essencial do direito fundamental de proibição da prova ilícita, pois a escolha constitucional foi de um modelo com coeficiente de indisponibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa**. 1976. COIMBRA: ALMEDINA. 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de Prova em processo penal**. COIMBRA. 1992.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARMENTA DEU, Teresa. **La prueba ilícita (Un estudio comparado)**. Tradução: Nereu José Giacomolli. 2. ed. São Paulo: Marçal Pons, 2009.
- BARATTA, Alessandro; **Revista de La Facultad de Derecho de La Universidad de Granada**. n. 2, 1999.
- _____. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução: Ana Lúcia Sabadell. Revista Brasileiras de Ciências Criminais. Ano 2, número 5, Janeiro/março. São Paulo: RT, 1994.
- BOUSIER, Marie-Emma. Le principe de Loyauté en droit processuel. In: ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita (um estudo comparado)**. Tradução: Nereu José Giacomolli. 2. ed. São Paulo: Marçal Pons, 2009.
- CARDOSO, Helena Schiessl. **“O retrato da “questão criminal” nos meios de comunicação**: um discurso de alarme social a serviço do controle social repressivo e violento”. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson. Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70^a aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; DROOGHENBROECK, Michel van de Kerchove Sébastien Van. **Les droits de l'home, bouclier ou épée du droit pénal?** Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxeles, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Dúm paradoxe láutre.** In: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; DROOGHENBROECK, Michel van de Kerchove Sébastien Van. **Les droits de l'home, bouclier ou épée du droit pénal?** Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxeles, 2007.

DIAS, FIGUEIREDO. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas.** Revistas dos Tribunais, 1999.

DWORKIN, R. M. É o direito um sistema de regras?. **Estudos Jurídicos,** São Leopoldo, RS, V.34, n. 92, p. 119-158, set./dez. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. V.I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Coleção Os Pensadores.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HERMANN, Nadja. **Hermenêutica e Educação.** Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris II: teoria della democrazia.** Roma-Bari: Laterza, 2007b.

_____. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo.** In: Anais do Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 20 a 22 de maio de 2010. Tradução de André Karam Trindade. Conceito Editorial. 2010.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SOUZA, José Laurindo. **A Evolução da Jurisdição para uma perspectiva transformadora:** A necessária compreensão crítica da realidade por meio da filosofia da linguagem e da hermenêutica fenomenológica. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b706835de79a2b4e>>.

Acesso em: 20 de junho de 2016.

LISZT, Franz, von. **A teoria finalista no direito penal.** Tradução: Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2003.

_____. **Tratado de direito penal alemão.** Tradução e comentários: José Higino Duarte Pereira; atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. 1 ed. Campinas: Russel, 2003b.

OST, François et van de Kerchove, Michel. **De la pyranude au réseau?** Pour une théorie dialectique du droit, 2002.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado.** Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

- PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa** – repercussão, amplitude e limites. RJ: Forense, 1986.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos, Luís Natshertz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Veja, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STEIN, Ernildo. Compreensão e Finitude? **Estrutura e Movimento da Interpretação Heideggeriana**. Rio Grande do Sul: Ed. Unijui, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. E o juiz decretou a prisão marcando um "X"! Sentença ou quiz show? 26 de março de 2015. Portal Conjur. Coluna Senso Incomum. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>>. Acesso em 29 de junho de 2015.
- _____. **Hermeneutica Jurídica e (m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2ª Edição revista e ampliada. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (orgs.). **Estudos Críticos sobre o sistema penal**: Em homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: Ledze, 2012.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito (Vols. I e II). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; ALCOVER, Pilar Giménez. **El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993; e JAKOBS, Günther. Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- _____. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS E A DUALIDADE DE REGIME JURÍDICO DE SEUS SERVIDORES

Maria Cecília Sanches Soares Vannucchi

Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora da Graduação do Curso de Direito da Faculdade Mater Dei de Pato Branco – PR.

RESUMO

O artigo vai falar sobre o tratamento legal dos Consórcios Públicos e a opção pela sua natureza jurídica no ato de criação, sobre os reflexos da escolha da Modalidade de Consórcio e o regime jurídico administrativo; os reflexos da escolha da Modalidade de Consórcio no regime jurídico firmado com seus servidores e por fim o regime trabalhista do Consórcio de Direito Público e a derrogação da CLT.

Palavras-chave: Consórcios Públicos; regime jurídico administrativo.

1 INTRODUÇÃO

Desde o advento da Emenda Constitucional 19/98, que deu nova redação ao artigo 241¹⁶⁷ da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ansiavam por instrumento legislativo apto a legitimar a cooperação federativa para a realização de objetivos de interesse comum.

Trata-se da figura dos consórcios públicos, cuja base infraconstitucional surgiu com a Lei Federal nº 11.107/05, regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 7 de janeiro de 2007, estabelecendo mecanismos de gestão associada de serviços públicos.

Por meio dos consórcios, entes políticos, limitados em recursos, criam uma nova entidade, com personalidade jurídica própria e autonomia, com especial finalidade de prestar um serviço público, no que se passou a denominar “gestão associada do interesse comum”, praticando atos em seu nome e participando diretamente das relações jurídicas.

Da Justificativa do respectivo Projeto de Lei nº 1.071/99, de autoria do Deputado Federal Rafael Guerra do PSDB/MG, extrai-se que o

¹⁶⁷ Art. 241 da CF. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

estabelecimento de normas gerais pertinentes aos Consórcios Públicos visava a solucionar os problemas já verificados, sobretudo na área da saúde, como forma de racionalizar “investimentos, recursos humanos e gastos de custeio através da elaboração de uma escala de produção de serviços, evitando duplicação e desperdício”, uma vez que “melhoram substancialmente a capacidade resolutiva de seus partícipes”.

Isso porque, a despeito dos muitos deveres de prestar serviços públicos essenciais, de forma direta, o Poder Público se via, circunstancialmente, restringido pelos insuficientes fatores materiais necessários a atender à demanda coletiva.

Obviamente, a prestação positiva dos serviços essenciais à sociedade não é facultativa à Administração Pública, que, por fatores econômicos, vê-se circunstancialmente obstada de realizá-los a contento, com drástica redução de projetos e investimentos em áreas imprescindíveis ao desenvolvimento social e intersubjetivo.

A concretização eficiente de competências materiais constitucionais ainda é impraticável, principalmente, aos Municípios mais carentes, de arrecadação e orçamento limitados.

A união de esforços e recursos, pela via dos Consórcios Públicos, mostrou-se uma alternativa otimizadora, adequada, eficiente e, desde 2005, lícita, de cooperação interfederativa, na consecução de políticas públicas e implantação de melhoria das condições de vida da população local, em qualquer área.

Segundo Vargas, “os consórcios públicos se tornaram uma importante ferramenta para a gestão associadas de serviços comuns na medida em que trouxeram a possibilidade da administração pública obter economias de escala e redução de custos operacionais, além de criar um espaço suprapartidário que permite uma atuação conjunta em regiões específicas,

como por exemplo bacias hidrográficas ou zonas de desenvolvimento regional”.¹⁶⁸

Organizados em Consórcios Públicos, os entes políticos menos abastados melhor gerenciam os problemas cotidianos da população por eles beneficiada, na medida em que são buscadas soluções harmoniosas, em contribuição a um modelo fortalecido de desenvolvimento sustentável.

Para Odete Medauar e Gustavo Oliveira, surgiu nesse contexto legislativo e político a "Administração Pública Consensual",¹⁶⁹ contrapondo-se à figura clássica e própria do modelo norte-americano, de Estado centralizador, concluindo que “a nova disciplina legal dos consórcios públicos está afinada com um perfil contemporâneo de Administração Pública, em que há destaque para atividades e procedimentos negociais que culminem com a conciliação e a compatibilização de todos os interesses envolvidos em torno de uma causa comum”.¹⁷⁰

Contudo, a aplicação cotidiana e reiterada da Lei Federal nº 11.107/2005, e respectivo Decreto, descortinou algumas de suas fragilidades, as quais serão brevemente apontadas no presente estudo, a partir do entendimento dos Tribunais pátrios.

2 TRATAMENTO LEGAL DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS E A OPÇÃO PELA SUA NATUREZA JURÍDICA NO ATO DE CRIAÇÃO

Por expressa determinação da Lei nº 11.107/2005, havendo vontade comum de mais de um ente político em atingir um mesmo fim, é possível o

¹⁶⁸ VARGAS, Guilherme Pereira de. **Os consórcios públicos no planejamento e gestão regionalizada do território brasileiro**: as experiências mineiras do COM10 e CODAP – 2012. 176 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Geografia, Belo Horizonte.

¹⁶⁹ Essa expressão é utilizada por Odete Medauar e Gustavo Oliveira In: MEDAUAR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos**: Comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: RT, 2006, p. 30.

¹⁷⁰ Idem.

estabelecimento dos Consórcios Públicos, que podem ser constituídos de duas formas distintas: associação pública ou associação civil, com personalidade jurídica de direito público e de direito privado, respectivamente, conforme constar do seu ato criador.

O artigo 6º da Lei Federal nº 11.107/2005 assim estabelece:

Art. 6º. O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – **de direito público**, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público;

II – **de direito privado**, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§1º O consórcio público com **personalidade jurídica de direito público** integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§2º No caso de se revestir de **personalidade jurídica de direito privado**, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

O Decreto Federal nº 6.017, de 7 de janeiro de 2007, por sua vez, consigna que:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

I - consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída **como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica**, ou como pessoa jurídica de **direito privado** sem fins econômicos.

Os Consórcios Públicos dotados de personalidade jurídica **de direito público** se consideram constituídos mediante a vigência das leis que ratifiquem o protocolo de intenções e se equiparam às autarquias, merecendo disciplina jurídica idêntica, além de integrar a Administração Indireta dos entes consorciados.

Sendo de **direito privado**, sujeitar-se-á às regras da legislação civil, de modo que a aquisição da personalidade ocorrerá com o registro dos atos constitutivos no registro público.

Ainda assim, deverá observar as ressalvas do artigo 6º, inciso II, §2ª da Lei de Regência, em especial quanto à necessidade de realizar licitação, celebração de contratos, prestação de contas, e expresse dever de admissão de pessoal pelas regras da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A Lei dos Consórcios Públicos é severamente criticada em razão da não inserção, expressa, dos consórcios que ostentam personalidade jurídica de direito privado na administração pública indireta. A propósito, é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Embora o artigo 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade jurídica de direito privado. Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixa-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado tem que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou Indireta (se for instituído com personalidade jurídica). Até porque o desempenho dessas atividades dar-se-á por meio de descentralização por serviços”.¹⁷¹

Entretanto, para Maria Tereza Dias, “consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração pública indireta dos entes consorciados, ficando excluídos os consórcios públicos criados como pessoa jurídica de direito privado”.¹⁷²

Também é objeto de debates, a faculdade legal de o Ato de criação do Consórcio optar por conferir-lhe natureza pública ou privada.

Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira entendem não ser adequado permitir que o Consórcio Público ostente natureza jurídica de direito privado, pois composto por pessoas políticas de direito público, senão

¹⁷¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

¹⁷² DIAS, Maria Tereza Fonseca. Consórcios Públicos e organizações administrativas, em face da Constituição da República de 1988. In: **Consórcios Públicos: Instrumento de Federalismo Cooperativo**. Organizado por Maria Coeli Simões Pires e Maria Elisa Braz Barbosa. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-121.

vejamos: “desperta estranheza a modelagem de pessoa jurídica de direito privado, pois o consórcio agrega pessoas jurídicas de direito público, reunidas para realizar fins de interesse comum”.¹⁷³

Importante mencionar que a pretensão inicial do legislador, constante do Projeto de Lei, era a de que os Consórcios Públicos tivessem, tão somente, personalidade jurídica de direito público.

Não é diverso o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Seria um verdadeiro pleonasmo constitucional (não admitido na boa hermenêutica, pois, não se pode ver na norma constitucional palavras inúteis ou rebarbativas) entender que o constituinte quis que fossem públicos os consórcios que já naturalmente o seriam! Ao contrário, o constituinte recorreu ao adjetivo público exatamente porque, pretendendo que eles assumam personalidade jurídica (já que os consórcios se prestarão para exercer de forma contínua função pública – gestão associada de serviços públicos - e receberão um plexo de direitos e obrigações, v.g., encargos, bens, serviços), quis afastar a hipótese de serem eles constituídos como pessoas jurídicas de direito privado (mesmo que fossem sociedades de economia mista, empresas públicas ou mesmo fundações). Emerge a terceira nota: o adjetivo “*públicos*” pós-posto ao conceito de consórcios obriga que estes entes estejam submetidos ao regime de direito público não só na sua gestão, mas na sua constituição. Mais ainda, predica que os entes consorciais criados com vistas ao cumprimento do preceito contido no art. 241 sejam dotados de personalidade jurídica de direito público. Em verdade, a adjetivação em referência opera uma significativa distinção em relação aos comezinhos consórcios administrativos de que há muito temos conhecimento”.¹⁷⁴

A adoção de regime de direito público **ou** privado importará em impactantes distintos tratamentos jurídicos, uma vez que, para cada uma das modalidades consorciais é relevante, senão imprescindível, a perfeita subsunção ao regime jurídico apropriado.

Percebe-se que a escolha da natureza jurídica do consórcio público incumbe aos entes federados que, em consenso, decidem criar o Consórcio, levando-se em conta o regime que melhor atender ao interesse público e os objetivos do consórcio.

¹⁷³ MEDAUAR; OLIVEIRA, 2006, op. cit., p. 76.

¹⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.3, jul./set. de 2005, p. 16.

Contudo, a Lei nº 11.107/2005 não foi feliz em tal mister.

Ao permitir que os entes federados, no ato de constituição do Consórcio, elejam a forma associativa pública ou privada, referida Lei também avalizou a possibilidade de adoção de regimes diametralmente opostos, cujas consequências jurídicas e econômicas nem sempre são de conhecimento dos pequenos Municípios que optam por se reunir em Consórcios Públicos.

3 OS REFLEXOS DA ESCOLHA DA MODALIDADE DE CONSÓRCIO E O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A necessidade de identificar a natureza jurídica do Consórcio, como Pública ou Privada, e se o mesmo integra a Administração Pública Indireta não é mera digressão teórica.

Como visto, a escolha pela natureza pública ou privada é discricionária, senão política.

Sendo de natureza privada, é evidente que o Consórcio suportará maiores limitações de competências, mormente as de execução exclusiva ou direta pelos entes de direito público.

Por esta razão, Meirelles destaca que “quando o consórcio público for constituído sob a natureza jurídica de direito privado, tal fato deve ser considerado na fixação das competências a serem transferidas ao consórcio, o que implica inferir uma menor capacidade de atuação pública pelos consórcios públicos de direito privado”.¹⁷⁵

Dentro da problemática criticada pela Doutrina sobre os Consórcios Públicos de direito privado integrarem, ou não, a Administração Pública Indireta, reside outro problema maior: o do regime jurídico a ser aplicado.

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

Como visto, pela literalidade do artigo 6º, II, §1º da Lei Federal nº 11.107/2005, somente os Consórcios Públicos dotados de personalidade jurídica de direito público, compõem a Administração Pública dos entes que dele fazem parte.

E ainda que o §2º do mesmo inciso II, artigo 6º estabeleça que, independentemente da personalidade jurídica que manifeste, o consórcio público deve observar as normas de direito público quanto à licitações e contratos; prestação de contas e admissão de pessoal, muitos outros pontos pendem de análise.

A consequência jurídica inexorável de integrar a Administração Pública é a necessidade de sujeição a um regime jurídico diferenciado – administrativo - dotado de prerrogativas e limitações próprias, por expressa previsão constitucional, insculpida no artigo 37 e seguintes:

Art. 37. A administração pública direta e **indireta** de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Sobre o tema, Di Pietro expõe que:

ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração. O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo. Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo”.¹⁷⁶

Assim, mostra-se evidente que o Consórcio Público em processo de criação deve ponderar sobre qual o melhor caminho a ser seguido, já que as

¹⁷⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 66.

exigências do regime jurídico administrativo vão além da necessidade de licitar, prestar contas e realizar concurso público.

4 OS REFLEXOS DA ESCOLHA DA MODALIDADE DE CONSÓRCIO NO REGIME JURÍDICO FIRMADO COM SEUS SERVIDORES

Conforme afirmando anteriormente, seja qual for a espécie de Consórcio Público, a contratação do pessoal que compõem o quadro efetivo deve ser precedida de concurso público.

Entretanto, a Lei Federal 11.107/2005 estabelece nova distinção nesta seara, a partir da modalidade de Consórcio.

Aos Consórcios Públicos de **direito público**, além da sujeição irrestrita, integral e incontestável ao regime jurídico administrativo, foi criada outra possibilidade pela lei regente.

Pela literalidade do artigo 6º, inciso II, §2º da, o Consórcio público com personalidade jurídica de **direito privado** terá regime de pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A interpretação *contrario sensu* deste dispositivo revela que a admissão de pessoal pelo regime da CLT **não é obrigatória, senão facultativa**, aos consórcios de natureza autárquica, assim considerados os de personalidade jurídica de **direito público**.

Vale dizer, os Consórcios Públicos de natureza autárquica, poderão optar pelo seu regime de pessoal. Assim, não há obrigatoriedade legal de adoção do regime Celetista para reger as relações mantidas com seus funcionários, que serão administrativas, se estatutárias ou contratuais, se celetistas.

Assim, a escolha sobre o regime funcional deve ser criteriosa e cautelosa, a fim de não só atender ao interesse público, mas resguardar a saúde financeira da nova entidade, numa visão a longo prazo.

É certo, ainda, que a adoção de um ou outro regime também reflete na fixação de competência do Poder Judiciário: para o regime celetista de seus empregados públicos, competirá à Justiça do Trabalho a análise das controvérsias decorrentes do Contrato de Trabalho; para os servidores de regime estatutário, a Justiça Comum, Federal ou Estadual, conforme os entes que compuserem o Consórcio, nos termos do art. 114¹⁷⁷ da CF/1988, com redação dada pela EC n. 45, de 2004.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS TRABALHISTA E ESTADUAL. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO NO REGIME CELETISTA POR FORÇA DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. A Primeira Seção desta Corte Superior, em recente precedente, firmou o entendimento no sentido de que a "Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as reclamações trabalhistas propostas por servidores públicos municipais contratados sob o regime celetista, instituído por meio de legislação municipal própria "(excerto da ementa do AgRg no CC 116.308/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 17.2.2012). 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no CC 115.769/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 27.6.2012, DJe 3.8.2012.)

Outros fatores devem ser ponderados quando da criação dos Consórcios Públicos de Direito Público, no que tange ao regime funcional de seus servidores. O regime celetista possui características próprias, que, muitas vezes, antagonizam com as do regime estatutário.

¹⁷⁷ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - **as ações oriundas da relação de trabalho**, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A título de ilustração, o artigo 7º¹⁷⁸, *caput* da Constituição Federal de 1988 estabelece 34 incisos de direitos dos trabalhadores em oposição aos apenas quatorze previstos no artigo 39, § 3º¹⁷⁹ da Constituição Federal, destinados aos servidores estatutários.

5 O REGIME TRABALHISTA DO CONSÓRCIO DE DIREITO PÚBLICO E A DERROGAÇÃO DA CLT

A questão que resta pendente de análise no presente trabalho é se, uma vez adotado o regime celetista para reger seus empregados públicos, o Consórcio Público com personalidade de direito público, deve se inclinar, irrestritamente, às regras da Consolidação do Trabalho.

Partindo-se da premissa legal de que o Consórcio de personalidade jurídica de direito público tem natureza autárquica e integra a Administração Indireta dos entes que o compõem, deve-se primar pelo respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, tais como a legalidade, a impessoalidade, a eficiência e, acima de tudo, a supremacia do interesse público, que muitas vezes se opõe à proteção individual do trabalhador, pela lógica celetista.

Nessa condição, antes de atender às disposições previstas na CLT, deve o ente consorcial autárquico se inclinar aos deveres impostos pela Constituição Federal, mormente quanto aos princípios antes mencionados, apesar de seus funcionários serem regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, cuja aplicação deve ser, sem sombra de dúvidas, mitigada.

É que a lógica privatista das leis do trabalho não se sobrepõe, de forma absoluta, às relações de emprego mantidas entre os Consórcios Públicos que

¹⁷⁸ "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)”

¹⁷⁹ "Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”.

optaram pelo regime celetista e seus empregados públicos, por uma questão de hierarquia normativa constitucional.

Tais relações também não se sujeitam ao disposto no artigo 173¹⁸⁰ da Constituição Federal, como tentativa de legitimar a aplicação da CLT às relações ora analisadas, uma vez que se destina a regular as Empresas Estatais na exploração de atividade econômica, ao passo que os Consórcios Públicos são entes prestadores de serviços públicos, de forma direta e especializada.

Em que pese a possibilidade de adoção do regime celetista, sua incidência cede espaço a um regime jurídico maior: aquele previsto na Constituição e na Lei especial (a 11.107/2005), em consonância com as regras da hermenêutica jurídica estabelecidas na Lei de Introdução às Normas Brasileiras (Decreto-lei nº 4657/42):

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A **lei posterior** revoga a anterior quando expressamente o declare, **quando seja com ela incompatível** ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A **lei nova**, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

A própria Lei nº 11.107, no artigo 6º, inciso II, §2º, derroga expressamente o direito privado, ao determinar que os consórcios públicos de direito privado também se sujeitarão a uma série de limitações legais inerentes ao setor público.

Da mesma forma, entende-se que, por força do princípio da legalidade e das regras orçamentárias da Administração Pública, não se pode impor aos Consórcios e obediência absoluta aos ditames da CLT, tais como o

¹⁸⁰ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

pagamento de pisos de categoria de funcionários, acordos e convenções Coletivas de Trabalho, ante a submissão a outras regras específicas da Administração Pública.

Corroborar tal afirmação o disposto no artigo 9º da Lei 11.107/2005:

Art. 9º A execução das receitas e despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas.
Parágrafo único. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

Nesse sentir, estabelece a Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices

(...)

Art. 167. São vedados:

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta.

Outrossim, consta do artigo 8º da Lei Federal nº 11.107/2005 que nenhuma despesa ordinária pode ser realizada fora das estipulações do Contrato de Rateio firmado entre os entes públicos que compõem o ente consorcial:

Art. 8º Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.

§ 1º O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano

plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

Ademais, a Lei dos Consórcios Públicos - Lei 11.107/2005 - atribui ao seu Protocolo de Intenções e respectivo Estatuto força normativa para reger seu funcionamento: “Art. 7º Os estatutos disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos do consórcio público”.

Por fim, o entendimento de que a CLT não se aplica de forma absoluta aos Consórcios Públicos tem sido aderido pelos Tribunais pátrios, a exemplo de importante julgado do TRT de Minas Gerais, senão vejamos:

EMENTA: CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS DE SAÚDE - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - DISSÍDIO COLETIVO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - PN 67 TRT 3ª REGIÃO. O art. 6º, inciso I, da Lei 11.107/2005 deu personalidade jurídica de direito público aos consórcios intermunicipais de saúde, cuja finalidade é desenvolver ações e serviços de saúde de forma conjunta, sendo depende de orçamento público para sua manutenção e sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas do Estado (art. 9º, parágrafo único, da mesma lei). Embora seus profissionais sejam contratados pelo regime da CLT, são admitidos por concurso público e por isso são servidores públicos, e conforme entendimento pacificado na Orientação Jurisprudencial nº 05 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do C. TST, não têm assegurado o direito ao ajuizamento de ação coletiva, pois não é juridicamente possível a propositura de ação dessa natureza em face de pessoa jurídica de direito público. (Processo: 0118500-70.2010.5.03.0000 DC - Seção Especial de Dissídios Coletivos - Rel. Des. Joao Bosco Pinto Lara - DJMG de 08/09/2011).

No mesmo sentido:

“**Ementa:** CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS DE SAÚDE - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - DISSÍDIO COLETIVO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - PN 67 TRT 3ª REGIÃO. O art. 6º, inciso I, da Lei 11.107 /2005 deu personalidade jurídica de direito público aos consórcios intermunicipais de saúde, cuja finalidade é desenvolver ações e serviços de saúde de forma conjunta, sendo depende de orçamento público para sua manutenção e sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas do Estado (art. 9º, parágrafo único, da mesma lei). Embora seus profissionais sejam contratados pelo regime da CLT, são admitidos por concurso público e por isso são servidores públicos, e conforme entendimento pacificado na Orientação Jurisprudencial nº 05 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do C. TST, não têm assegurado o direito ao ajuizamento de ação coletiva, pois não é juridicamente possível a propositura de ação dessa natureza em face de pessoa jurídica de direito público. TRT-3 - DISSIDIO

6 CONCLUSÃO

A figura dos Consórcios Públicos se mostrou como uma saída legítima a permitir que entes políticos obrigados a executar uma série de competências administrativas constitucionais, mas limitados por questões financeiras e de gestão, pudessem atender, de forma compartilhada, solidária e consensual, às demandas coletivas nas mais diversas áreas.

Com isso, implantou-se no cenário brasileiro de organização dos entes políticos um novo mecanismo de descentralização e cooperação administrativa, permitindo-se que Municípios, Estados, Distrito Federal e União se associem, uns aos outros, criando novas pessoas jurídicas voltadas ao efetivo desenvolvimento social e intersubjetivo.

Atendendo à previsão constante do artigo 241 da Constituição Federal, foi publicada a Lei Federal nº 11.107/2005, que instituiu os Consórcios Públicos, atribuindo-lhes personalidade de direito público ou privado, conforme decisão dos entes que o compõem e previsão em seu ato constitutivo.

A adoção de um modelo ou outro importa em radical distinção quanto ao regime jurídico a que se sujeitará a nova entidade, que, a depender de sua natureza, poderá integrar a Administração Pública Indireta, gozar de status de autarquia e se submeter a um regime jurídico peculiar – o administrativo.

Aspectos pertinentes ao dever de licitar, celebrar contratos administrativos, realizar concurso público e prestar contas é uma constante nos Consórcios Públicos, sejam de direito público ou privado, mas são as diferenças de cada um dos regimes é que devem ser observadas com atenção, especialmente as regras que disciplinam os servidores que integram o quadro funcional.

Sendo de direito privado, o Consórcio deverá aplicar a Consolidação das Leis do Trabalho; o que, no entanto, é uma faculdade aos Consórcios Públicos de Direito Público, que poderão ter pessoal regido pela CLT ou por regras previstas, integralmente, em Estatuto Próprio.

Defendeu-se, no presente artigo, que na hipótese de o Consórcio Público de natureza autárquica optar pelo regime celetista, sua aplicação cede espaço às exigências do regime jurídico administrativo, às regras Constitucionais próprias da Administração Pública e às particularidades da Lei Federal nº 11.107/2005, pela sua especialidade, em evidente derrogação do regime trabalhista puro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28/09/2017.

BRASIL. Decreto nº 6.017 de 17 de janeiro de 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 28/09/2017.

BRASIL. Lei nº 11.107 de 6 de abril de 2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 28/09/2017.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Consórcios Públicos e organizações administrativas, em face da Constituição da República de 1988. In: **Consórcios Públicos: Instrumento de Federalismo Cooperativo**. Organizado por Maria Coeli Simões Pires e Maria Elisa Braz Barbosa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer Elaborado sobre a Proposta Legislativa de criação de Consórcios Público”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia**. n. 3 jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 28/09/2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.3, jul./set. de 2005.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos: comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VARGAS, Guilherme Pereira de. **Os consórcios públicos no planejamento e gestão regionalizada do território brasileiro: as experiências mineiras do COM10 e CODAP – 2012**. 176 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Geografia, Belo Horizonte.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA E SUA RELATIVIZAÇÃO PELA INFILTRAÇÃO POLICIAL

Pablo Almeida de Barros Pereira

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, servidor público, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelas Faculdades Curitiba, especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e aluno de Pós-Graduação lato sensu em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná.

RESUMO

O trabalho a seguir consiste em uma revisão bibliográfica acerca das teorias de direitos fundamentais com o objetivo de delimitar o campo de abrangência destes direitos constitucionalmente garantidos – da inviolabilidade da intimidade e da vida privada –, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em situações em que o cidadão é suspeito de integrar uma organização criminosa. Por imperativo de ordem metodológica, esclarece-se o que os juristas entendem por crime organizado e qual o seu tratamento pelo direito internacional, pela legislação infraconstitucional e pelas obras acadêmicas que discorrem sobre o tem. A análise ingressa na questão processual penal com o objetivo de explanar os usos, características e hipóteses legais da infiltração policial, a partir de sua conceituação doutrinária e de seu regramento legal no plano internacional e nacional. Por fim, são expostas as possibilidades de atuação do sistema penal, submetido ao controle judicial, dentro das restrições – confrontadas com as considerações de teóricos do Direito Constitucional – que o Estado pode impor aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais; crime organizado; infiltração policial.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira tem como uma de suas características a relevância atribuída aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, oponíveis ao Estado.

O Poder Constituinte revestiu os direitos fundamentais, previstos na Constituição que marcou a chamada redemocratização do Brasil, de significativa proteção jurídica.

A liberdade, a vida e a segurança constam das garantias elencadas no caput do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa Brasileira, promulgada em 1988. Gozam, portanto, estes bens jurídicos, do abrigo constitucional. Adiante, no inciso X deste mesmo artigo, há a previsão da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como da honra e da imagem.

Este artigo se propõe a opor, de um lado, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, de outro, a infiltração policial. As primeiras gozam de fundamento constitucional, a segunda é meio especial de investigação, previsto nas Leis Nº 11.343/06 e 12.850/13.

O método, qualitativo, é a revisão bibliográfica; partindo das teorias dos direitos fundamentais de doutrinadores dedicados ao tema, como ALEXY, CANOTILHO e SARLET; segue-se a busca pela delimitação do conceito de organização criminosa e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro para, ao final, à luz do princípio da proporcionalidade, confrontar a inviolabilidade da intimidade e da vida privada com o método especial de investigação criminal.

2 DIREITO FUNDAMENTAL: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Em seu artigo 5º, onde concentra boa parte dos direitos e garantias do cidadão, a Constituição Federal de 1988 preceitua:

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:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nota-se, neste mesmo artigo 5º da Constituição Federal, inciso XII, há a previsão da inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, mas é feita uma ressalva pelo Constituinte. Vejamos:

Art. 5º (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último

caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...)

É notável o tratamento diverso que o constituinte deu, de um lado, à vida privada e à intimidade, de outro, do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas.

No caso da vida privada e da intimidade, não houve uma ressalva constitucional a respeito da inviolabilidade. No caso do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas, a ressalva está presente.

Como tratar, então, da hipótese de um método especial de investigação criminal, previsto na legislação processual penal, quando este adentra à esfera da intimidade e da vida privada do investigado? De início é preciso delimitar o conceito de direito fundamental e suas consequências.

É sabido que há uma pluralidade de termos utilizados sinonimamente, mas, como já defendido na doutrina¹⁸¹, por uma otimização de ordem técnico-jurídica, os sinônimos usados indiscriminadamente para fazer referência aos direitos fundamentais serão evitados.

Dentre os critérios utilizados para conceituar e delimitar os Direitos fundamentais, o critério formal é considerado por Robert Alexy como mais adequado no contexto da Constituição alemã. Deste critério resulta que “são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado ‘Os Direitos Fundamentais’(arts. 1º a 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido”.¹⁸²

Ingo Sarlet, na mesma linha, em sua obra sobre o tema, defende que “os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, e é sob este

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 33-34.

¹⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 68.

ângulo (não excludente de outras dimensões) que deverão ser prioritariamente analisados ao longo deste estudo.”¹⁸³

Mais adiante, Sarlet redige um conceito mais detalhado de direito fundamental:

(...) Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹⁸⁴

A utilização do critério formal no contexto da Constituição vigente no Brasil, certamente colocaria os direitos arrolados no art. 5º da nossa Lei Maior dentre os direitos fundamentais, sem menosprezo do que preceitua o § 2º deste artigo 5º.¹⁸⁵

Sem negar a importante ligação da dignidade da pessoa humana¹⁸⁶ com os demais direitos fundamentais e as reflexões acerca de como e em que medida se dá essa influência, e sem negar a existência de direitos fundamentais em outros dispositivos, conforme previsão constitucional, o critério formal servirá de marco teórico neste estudo.

Inserto neste conceito de direito fundamental norteados pelo critério formal e pelo plano de sua positivação (constitucional), está o direito de defesa (*Abwehrrecht*), como espécie de direito fundamental. Para Canotilho, “um direito fundamental de defesa é um *direito* cujo conteúdo se traduz

¹⁸³ SARLET, op. cit., p. 42.

¹⁸⁴ Ibid., p. 91.

¹⁸⁵ “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹⁸⁶ SARLET, op. cit., p. 85.

fundamentalmente em exigir que o próprio Estado (poderes públicos) se abstenha de intervenções coactivas na esfera jurídica do particular”¹⁸⁷.

Situar cronologicamente os chamados direitos de defesa não foi tarefa difícil para a doutrina. Há relativo consenso de que a primeira geração de direitos fundamentais, pertinentes ao começo do constitucionalismo que se desenvolveu no Ocidente, tem em seu bojo os direitos de defesa. Sobre o sítio histórico, Paulo Bonavides escreveu:

Os direitos de da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.¹⁸⁸

Estes direitos de defesa, conforme Robert Alexy, são divisíveis em três tipos:

Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito.¹⁸⁹

Discorrendo sobre o segundo grupo, Robert Alexy usa a inviolabilidade do domicílio como exemplo e chega ao seguinte enunciado: “(7) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a característica *A* (a situação *B*) de *a*.”¹⁹⁰ A exemplo da inviolabilidade do domicílio, as inviolabilidades da vida privada e da intimidade constituem uma situação que exige abstenção do Estado.

As inviolabilidades da intimidade e da vida privada constam do Capítulo I do Título II da Lei Maior brasileira. Este Título II intitula-se “Dos

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Editora Coimbra, 2008. p. 76.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 563-564.

¹⁸⁹ ALEXY, op. cit., p. 196.

¹⁹⁰ Ibid., p. 199.

Direitos e Garantias Fundamentais”, de modo que, salvo melhor juízo, é de direito fundamental a natureza jurídica dos direitos ali elencados.

Uma vez definidas como direitos fundamentais segundo o critério formal, as inviolabilidades da intimidade e da vida privada devem, então, ter seu objeto e alcance delimitados.

3 DIREITO À INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA E DA INTIMIDADE

Os direitos à inviolabilidade da vida privada e da intimidade têm guarida no ilustre rol do art. 5º da Constituição cidadã. É indubitável que se trata de dois direitos. A doutrina, em geral, não menciona um caráter principiológico destes direitos, figurando apenas como direitos fundamentais. Seguindo o pensamento de Paulo Bonavides, não são “garantias constitucionais”, vez que na acepção estrita de garantia constitucional, esta tem o condão de “(...) estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.”¹⁹¹

A fundamentalidade formal pertinente aos direitos à inviolabilidade da vida privada e da intimidade reside na sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹², uma vez que a violação daqueles implica numa violação desta.¹⁹³

Em obra de Alexandre de Moraes encontramos alguns esclarecimentos acerca destas inviolabilidades. Para este Autor, a intimidade encontra-se no âmbito de incidência da vida privada. A vida privada “envolve todos os relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações

¹⁹¹ BONAVIDES, op. cit., p. 533.

¹⁹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 53.

¹⁹³ Ibid., p. 53.

comerciais,, de trabalho, de estudo etc.”¹⁹⁴, enquanto a intimidade envolve relações subjetivas de maior intimidade, como família e amizades.¹⁹⁵

Diverso é o posicionamento de José Afonso da Silva, para quem a vida privada abrange o que chama de vida interior – a faceta oposta à vida externa, referente à relações sociais e atividades públicas – e refere-se às relações com família e amigos.¹⁹⁶ A divulgação e a investigação seriam os atentados emblemáticos à vida privada.¹⁹⁷

Com relação à intimidade, José Afonso da Silva entende que esta abrange a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional, que se desdobram na proteção da liberdade das relações familiares, da intimidade sexual, da expressão de pensamento, do exercício da profissão e, também, da preservação de segredos da intimidade de terceiros obtida no exercício desta profissão.¹⁹⁸

No entender deste Autor, a intimidade é mais abrangente.

Paulo José da Costa Júnior faz um relato da secção do direito à intimidade. Este autor explica que

(...) O diritto allá segretezza (ou diritto al rispetto della vita privata) consiste no direito de impedir que a atividade de terceiro venha a conhecer, ou descobrir, as particularidades da vida alheia. Tem, assim, o cidadão o direito de impedir que os intrusos venham a intrometer-se na sua esfera particular.¹⁹⁹

Assim, no que podemos chamar de uma “primeira barreira” às intrusões no âmbito da vida privada, está o *dirito allá segretezza*, impedindo o ingresso do terceiro estranho na área constitucionalmente protegida da *Privatsphäre* (esfera da privatividade ou privacidade).

¹⁹⁴ MORAES, op. cit., p. 53.

¹⁹⁵ Ibid., p. 53.

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 208.

¹⁹⁷ Ibid., p. 208.

¹⁹⁸ Ibid., p. 207.

¹⁹⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 25.

Há, entretanto o que Paulo José da Costa Júnior relata ser um direito sucessivo; para ele “O *diritto allá riservatezza* (*riserbo, privatezza*) é sucessivo ao *diritto allá segretezza*; consiste em a pessoa defender-se da divulgação de notícias particulares, mas legitimamente conhecidas pelo divulgador.”²⁰⁰ Esta seria uma segunda barreira pertinente à proteção da vida privada e, conseqüentemente, da intimidade. Este *diritto allá riservatezza* é “o direito de manter afastados dessa esfera de reserva os olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera de intimidade.”²⁰¹

Delimitado está, portanto, o objeto de proteção do direito às inviolabilidades aqui tratadas e suas duas etapas: a intromissão na vida privada e/ou intimidade e a divulgação ilegítima de informações obtidas nessa esfera, mediante intromissão ou não.

É imperioso dar prosseguimento ao estudo no sentido de conceituar as organizações criminosas.

4 CRIMINALIDADE ORGANIZADA: MEIOS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

4.1 CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Dentre as pautas de discussão na esfera da política criminal, a criminalidade organizada tem sido uma constante.²⁰² Largamente noticiadas

²⁰⁰ COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 25.

²⁰¹ Ibid, p. 49.

²⁰² Como exemplo mais célebre, a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional).

na mídia, as ações das organizações criminosas²⁰³ preocupam as autoridades pelas engenhosas articulações e pela brutalidade usual.²⁰⁴

Nos anos 1990, Carlos Alberto Marchi de Queiroz escreveu que “os conceitos de ‘crime organizado’, de ‘organização criminosa’, e de ‘organizações criminosas’ permanecem em zona cinzenta, dependendo, atualmente, de conceitos culturais, mais ou menos arbitrários.”²⁰⁵

No que diz respeito ao Direito Penal, a polêmica surgia já na conceituação de criminalidade organizada. Bitencourt afirmava que “os especialistas ainda não chegaram a um consenso para definir o que representa efetivamente a criminalidade organizada”.²⁰⁶

O Superior Tribunal de Justiça recorreu ao *Federal Bureau of Investigation*, dos Estados Unidos, para difundir o seguinte conceito: “qualquer grupo que tenha uma estrutura formalizada e cujo objetivo primário seja a obtenção de lucro por meio de atividades ilegais”²⁰⁷ e, mais adiante, cita o cientista político Guaracy Mingardi, destacando as seguintes características da atividade criminosa organizada; “a simbiose com o Estado, a hierarquia organizacional, a divisão do trabalho, a previsão de lucros, o monopólio e o uso da violência, o controle territorial e a presença da lei do silêncio”.²⁰⁸

²⁰³ GLOBO.COM. Nove são mortos em chácara de Várzea Paulista onde haveria tribunal do crime. Disponível em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2012/09/sp-9-sao-mortos-em-chacara-de-varzea-paulista-onde-haveria-tribunal-do-crime.htm>>. Acesso em: 12 set. 2012.

²⁰⁴ Outro caso recente e emblemático, o episódio conhecido como “Chacina de Chatuba”. O Estadão. Chacina no rio foi demonstração de poder dos traficantes, diz delegada. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,chacina-no-rio-foi-demonstracao-de-poder-de-traficantes-diz-delegada,928577,0.htm>>. Acesso em: 13 set. 2012.

²⁰⁵ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime Organizado no Brasil**: comentários à Lei 9.034/95 : aspectos policiais e judiciários : teoria e prática. São Paulo: Iglu, 1998. p. 36.

²⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 295.

²⁰⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Crime organizado: para combater o inimigo é preciso conhecê-lo. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96530> Acesso em: 02 mai. 2010.

²⁰⁸ Ibid.

Sobre a hierarquia e a divisão de tarefas, características elementares das organizações criminosas, é importante atentar à lição de Bitencourt:

Nessa criminalidade, as associações, instituições, as organizações empresariais não agem individualmente, mas em grupo, realizando a exemplar divisão de trabalho de que nos fala Jescheck. Normalmente, as decisões são tomadas por diretoria, de regra, por maioria. Assim, a decisão criminosa não é individual, como ocorre na criminalidade de massa, mas coletiva, embora por razões estatutárias haja adesão da minoria vencida. E mais: punido um ou outro membro da organização, esta continuará sua atividade, lícita ou ilícita, através dos demais.²⁰⁹

Já a simbiose com o Estado, inerente à criminalidade organizada, dá-se principalmente pela corrupção, intrinsecamente ligada ao crime organizado em perfeita simbiose.²¹⁰

Carlos Alberto Marchi de Queiroz dá um panorama concreto da atuação da criminalidade organizada a partir desta simbiose com o Estado:

A corrupção, ativa e passiva, nas áreas do jogo do bicho e dos estabelecimentos clandestinos de jogos, principalmente nos cassinos e chalés, é real, sendo notória a política de aliciamento dos grandes banqueiros em relação a maus policiais, civis e militares, atitude que facilita o crescimento da atividade contravencional, a despeito das freqüentes descobertas de cassinos, pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, na região do Morumbi, principalmente, e cujas documentações apreendidas permitiram à Corregedoria da Polícia Civil localizar os pontos existentes em áreas divididas pelos grandes banqueiros na Capital.²¹¹

Por fim, a respeito do fator corrupção no funcionamento das organizações criminosas, é imprescindível mencionar a situação do sistema penitenciário brasileiro. A respeito do quadro de corrupção de agentes públicos nos complexos prisionais, cada vez mais grave, Roberto Porto ressalta que:

No Brasil encontramos freqüentes casos de corrupção que envolvem agentes penitenciários. Com a atribuição de fiscalização dentro dos

²⁰⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 299.

²¹⁰ PACHECO, Rafael. **Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007. p.151.

²¹¹ QUEIROZ, op. cit., p. 40.

estabelecimentos prisionais, os agentes penitenciários são apontados como os grandes responsáveis pelo ingresso de aparelhos celulares, drogas e armas dentro dos presídios.²¹²

No Brasil, há três leis de extrema importância que fazem menção à criminalidade organizada. A primeira delas é a Lei 11.343/06 que, em seu art. 33, § 4º, usa a expressão “organização criminosa”.

A segunda é a Lei Nº 12.694/2012, que institui o julgamento colegiado em primeira instância.

A terceira é a Lei Nº 12.850/13. A referida lei, preceitua em seu artigo 1º que “Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”.

Meios de investigação seguem-se nos incisos I a VIII do art. 3º; a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais (eletromagnéticos, ópticos ou acústicos), a ação controlada, a quebra dos sigilos telefônico e telemático, o acesso aos dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e informações eleitorais ou comerciais, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, a quebra dos sigilos financeiro, fiscal e bancário, a infiltração de agentes e a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Até o ano de 2012, “organização criminosa” ou “associação criminosa” não se achava definida pelo legislador em lugar algum. Parte da doutrina voltava-se, então, para a Convenção de Palermo. A referida Convenção traz, em seu artigo 2º, a seguinte redação:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

²¹² PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25.

Com a promulgação da Convenção de Palermo pelo Decreto Nº 5.015/2004, havia quem defendesse a sua utilização como solução para o problema do conceito legal.²¹³

Então, foi promulgada e publicada para pôr fim à suposta lacuna legislativa a Lei Nº 12.850/13, que trouxe em seu bojo a conceituação de organização criminosa, em seu artigo 1º, § 1º:

Considera-se organização criminosa a associação, de 4 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.²¹⁴

Dando seguimento ao estudo, analisa-se a ferramenta legal especial de investigação de organizações criminosas.

4.2 A INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Conforme anteriormente relatado, dentre os meios de investigação especiais da Lei Nº 12.850/13, está a infiltração de agentes da força policial.

A infiltração policial consiste, conforme Antônio Scarance Fernandes:

no ingresso de alguém em uma organização criminosa, com ocultação de sua identidade, objetivando descobrir os seus membros, principalmente de atuação mais relevante na estrutura daquela organização, e colher elementos para a prova de suas infrações. O fato de alguém penetrar na organização, agindo como se a ela pertencesse, permite-lhe conhecer o

²¹³ PONTES, Evandro Fernandes de; DEZEM, Guilherme Madeira. **Crime organizado e devido processo legal**. In: CHOUKR, Frauzi Hassan (coord.). Estudos de processo penal: o mundo à revelia. Campinas: Agá Juris, 2000. p. 249-260.

²¹⁴ BRASIL. Lei 12.694 de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 25 de julho de 2012.

seu funcionamento e possibilita o acesso a informações e dados relevantes.²¹⁵

Por força deste diploma legal, será realizada nas tarefas de investigação por agentes de polícia ou inteligência mediante circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial. O Parágrafo 2º do art. 12 prevê a manutenção do sigilo da identidade do agente, ainda que seja relatado inquérito em que as informações da operação embasem Ação Penal.

A importância da infiltração de agentes para a investigação de organizações criminosas é imensa, sendo essencial para a coleta de todo o conjunto probatório, tanto que à época de sua ausência em nosso ordenamento jurídico, Carlos Alberto Marchi de Queiroz escreveu que “(...) sem a infiltração, torna-se praticamente impossível a observação e o conseqüente acompanhamento objetivando-se o monitoramento da ação controlada mencionada no início.”²¹⁶

Uma vez deferida a infiltração policial é de extrema dificuldade exercer o controle das atitudes do agente infiltrado, posto que se trata de procedimento investigatório investido de indispensável sigilo. Há a comunicação mínima, obviamente, do agente infiltrado com a autoridade policial, mas esta não pode comprometer a operação, vez que, logicamente, a infiltração se dá em apoio à Ação Controlada (Lei Nº 12.850/13, art. 8)²¹⁷. Antônio Carlos Lipinski sintetiza a maneira viável de controle do Estado durante a investigação nos moldes da antiga Lei Nº 9.034/95:

É mister trabalhar em conjunto: a autoridade policial requer a autorização para a diligência, o Ministério Público acompanha para que não haja excessos durante a violação destas garantias, e assim fica assegurado o direito do investigado de que os desmandos serão igualmente punidos.²¹⁸

²¹⁵ FERNANDES, 2009, p. 18.

²¹⁶ QUEIROZ, 1998, p. 22.

²¹⁷ “Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações..”

²¹⁸ LIPISNKI, Antônio Carlos. **Crime organizado e a prova penal**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 71.

Dentre as possíveis formas de infiltração policial, quando o enfoque é na inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a atenção se volta às possibilidades operacionais definidas como *deep cover* (cobertura profunda ou disfarce profundo); a *sting operation*, a *honey-pot operation* e a *undercover operation*.

As operações mencionadas são mais profundas, o agente penetra na organização criminosa, tentando ter acesso à sua cadeia de comando e de informação. A *sting operation* se dá mediante atividade empresarial, cria-se uma empresa ou viabiliza-se um arrendamento de comércio para ingressar em práticas criminosas possíveis somente mediante um artifício de cunho empreendedor²¹⁹, tendo potencial para violar a vida privada no espectro das relações de trabalho.

Por sua vez, a *honey-pot operation* consiste em ingressar em ambiente frequentado pelos membros e colaboradores da organização criminosa, por exemplo, um bar, esperando detectar atividade criminosa espontânea²²⁰.

A *undercover operation*, por fim, é a que tem maior potencial danoso à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, pois consiste na retirada de informação de dentro da organização criminosa, integrado à sua cadeia de comando.²²¹

Assim como os demais meios de investigação especiais previstos na Lei N° 12.850/13, é indubitável o potencial sacrifício da proteção constitucional da intimidade e da vida privada nas operações de infiltração uma vez que entre o agente e o suspeito, cria-se uma relação direta e pessoal,

²¹⁹ LEONG, Angela Veng Mei. **The disruption of international organised crime: an analysis of legal and non-legal strategies.** Ashgate: Aldershot, 2007. pp. 171-172.

²²⁰ DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy.* Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 132.

²²¹ PALMIOTTO, Michael J. *Criminal Investigation.* 3. ed. Lanham: University Press of America, 2004. p. 113.

através de uma situação fictícia, com a finalidade de angariar a confiança do membro da organização criminosa.²²²

Por essa razão, Eduardo Araujo da Silva²²³ e Mário Sérgio Sobrinho²²⁴ sugerem que à infiltração policial, por carecer de regulamento procedimental, seja aplicada a Lei Nº 9.296/96, que disciplina a interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, uma vez que “igualmente pode resultar em restrição ao direito à privacidade.”²²⁵ A utilização das informações coletadas para lastrear a ação penal seria a única “causa legítima capaz de fundamentar a violações e a intimidade e outros direitos fundamentais que implicam a atividade de infiltração.”²²⁶

A autorização da infiltração e a posterior utilização de informações, no entanto, ainda que superados os demais percalços relatados, submete-se à disciplina constitucional dos direitos fundamentais.

5 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA PELO MEIO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ESPECIAL DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

5.1 PRINCÍPIOS: COLISÃO E SOPESAMENTO

A questão da colisão de princípios, por sua importância e inevitabilidade, foi objeto de larga reflexão por Alexy. Antes de adentrar na questão, Alexy esclarece a distinção entre princípio e regra:

²²² SILVA, 2009, p. 74.

²²³ Ibid., p. 74.

²²⁴ SOBRINHO in: FERNANDES, 2009, p. 45.

²²⁵ SILVA, op. cit., p. 77.

²²⁶ PACHECO, 2007, p. 115.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²²⁷

Os direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada guardam relação com o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio fundador da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).²²⁸

O direito à segurança, expresso no caput do art. 5º da Lei Maior, por outro lado, com força de princípio, norteia também a produção legislativa e pode vir a colidir com o princípio da liberdade.

Quando tratou da colisão de princípios, Alexy escreveu:

(...) Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.²²⁹

A precedência constitui em um maior peso do princípio, verificado no caso concreto, sendo que a verificação das condições de precedência se dá em três etapas; reconhecimento de uma situação de tensão entre dois princípios, reconhecimento da precedência geral de um deles e decisão se essa precedência geral persiste no caso concreto.²³⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana, no Brasil, encontra-se em um status de prestígio normativo semelhante ao que o Tribunal Constitucional Federal Alemão lhe atribui; nenhum princípio lhe é

²²⁷ ALEXY, 2011, p. 90.

²²⁸ MORAES, 2009, p. 53.

²²⁹ ALEXY, op. cit., p. 93.

²³⁰ Ibid, pp. 94-99.

precedente.²³¹ E em matéria penal isso se torna evidente em disposições como a vedação das penas de morte – em tempo de paz –, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e cruéis (art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal), bem como o inciso XLIX, do mesmo artigo, que preceitua que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Ocorre que, quando tratamos da esfera penal, da chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais²³², estamos diante de outra faceta dos direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, oponíveis ao Estado, como direito de defesa, com lastre no princípio da liberdade.²³³

Sobre o tema, em sua obra, Sarlet explica que:

De acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. (...) Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.²³⁴

Está posto, portanto, por trás das regras que impõem os meios de investigação especiais e as inviolabilidades da intimidade e da vida privada, um conflito entre os princípios da segurança e da liberdade.

O que a doutrina trouxe do Tribunal Constitucional alemão como solução lógica para a resolução deste tipo de conflito foi o princípio (ou máxima) da proporcionalidade²³⁵, atuando através das suas “três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento em sentido estrito)”.²³⁶

²³¹ ALEXY, op. cit., pp. 94-99.

²³² CANOTILHO, 2008, op. cit., p. 77.

²³³ BONAVIDES, 2005, op. cit., p. 563-564.

²³⁴ SARLET, 2007, op. cit., p. 197.

²³⁵ BONAVIDES, 2005, op. cit., p. 420.

²³⁶ ALEXY, 2011, p. 116-117.

A primeira delas, a adequação ou aptidão (*Geeignetheit*), consiste em verificar a idoneidade da ação que implica na colisão dos princípios, ou seja, se ela é apta pra atingir o que se elegeu como objetivo.²³⁷

A segunda máxima parcial é a necessidade (*Erforderlichkeit*) que, obviamente consiste na indagação de se a medida se faz realmente necessária.²³⁸

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito consiste em eleger o meio ou meios que de fato levem em consideração os interesses contrapostos, indagando se o meio é proporcional para o fim almejado.²³⁹

Este é o acervo jurídico conhecido para a solução do conflito entre os princípios da liberdade e da segurança, direitos fundamentais. Consequentemente, norteará o embate entre o direito de defesa que protege a intimidade e a vida privada e o direito à segurança pública.

5.2 REGRAS: A CLÁUSULA DE EXCEÇÃO

No caso das regras, Alexy assevera que os conflitos ocorrem na dimensão da validade²⁴⁰ e devem ser solucionados de duas maneiras; com a declaração de invalidade de uma regra ou com a constatação de que há uma cláusula de exceção, contendo uma situação excepcional em que a regra atua de maneira diversa da usual.²⁴¹

O artigo 5º, inciso XII, traz, na perspectiva das regras, uma cláusula de exceção explícita, vez que preceitua que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal

²³⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 396-397

²³⁸ Ibid., p. 396-397.

²³⁹ Ibid., p. 398.

²⁴⁰ ALEXY, op. cit., p. 94.

²⁴¹ Ibid., p. 92.

ou instrução processual penal”. Em uma perspectiva de norma, seria uma “cláusula restritiva” escrita.²⁴²

A cláusula de exceção (ou restritiva) estabelece a “violabilidade” do sigilo das comunicações telefônicas, com a ressalva das autorizações legal e judicial, voltadas para fins de direito penal. O inciso X, do mesmo artigo, porém, não contém qualquer ressalva, não contém a cláusula de exceção explícita e desperta a dúvida se há espaço para, ainda que com a pertinência penal, a “violabilidade” da intimidade e da vida privada que a infiltração policial pode acarretar.

Sem um procedimento determinado para regulamentar a infiltração policial, no entanto, é difícil vislumbrar uma cláusula de exceção. Diante de um caso concreto, porém, no deslinde processual penal, é possível ponderar acerca da efetiva colisão entre a regra da não violação da intimidade e da vida privada e a infiltração policial, face à utilização de informações obtidas em circunstâncias abarcadas pelas inviolabilidades aqui tratadas. Seria, pois, uma restrição aos direitos de defesa da intimidade e da vida privada, que deve ser analisada sob o prudente crivo do princípio da proporcionalidade, em vista dos bens jurídicos tutelados.

5.3 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão da restrição aos direitos fundamentais passa pela discussão da teoria externa e da teoria interna. Enquanto uma defende que existe o direito em si e a restrição, a outra defende que a questão está na delimitação do conteúdo do direito²⁴³. Em seus estudos, Alexy opta pela teoria externa, enxergando a existência de um excesso no direito fundamental *prima facie*,

²⁴² ALEXY, 2011, op. cit., p. 286.

²⁴³ Ibid., p. 277-278.

excesso este que pode ser restringido²⁴⁴, concluindo o autor que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. (...) restrições a direitos fundamentais são *normas*.”²⁴⁵

Estas restrições, segundo os constitucionalistas voltados aos estudos dos direitos fundamentais²⁴⁶, devem respeitar o chamado núcleo essencial, que figura como limite até mesmo para o legislador constitucional, em matéria de leis de revisão.²⁴⁷

As restrições são, portanto, possíveis, e se justificam na medida em que “proteção ilimitada da liberdade em face da lei (...) não é a intenção da Constituição alemã e de qualquer Constituição de um Estado Democrático de Direito”.²⁴⁸ É preciso que haja uma configuração, no sentido amplo, dos direitos fundamentais. Assim, “quando o legislador penal age de forma a garantir os direitos fundamentais de um contra os mesmos direitos fundamentais de outros, ele configura os direitos fundamentais como um todo, independentemente do fato de também determinar o conteúdo do direito fundamental do indivíduo”.²⁴⁹

Adotando-se a teoria externa, a previsão legal da infiltração policial, que tem como consequência lógica possível a violação da vida privada e intimidade dos membros de suposta organização criminosa investigada, atua como restrição aos direitos de defesa que implicam na inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Como ocorre com os outros direitos fundamentais, conexos com o princípio da dignidade da pessoa humana – podemos citar a liberdade, como exemplo –, é possível que acabem indo de encontro a este próprio princípio fundante.

²⁴⁴ ALEXY, op. cit., p. 280.

²⁴⁵ Ibid., p. 281.

²⁴⁶ CANOTILHO, 2008, p. 144. SARLET, 2007, p. 461.

²⁴⁷ Ibid., p. 144.

²⁴⁸ RÜFNER, 1976 apud ALEXY, 2011, p. 318.

²⁴⁹ HÄRBELE, sem ano apud ALEXY, 2011, p. 334.

Dessa forma, a estruturação e manutenção de uma organização para contínua prática de ilícitos, sob a égide da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, não encontra, obviamente, guarida, em nenhuma análise, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim tem-se que entre as referidas inviolabilidades estão englobadas num conjunto de liberdades dos cidadãos, impondo um não embaraço por parte do Estado.

Em respeito à ordem constitucional, para validade e licitude da infiltração policial, é imperativo que o juiz proceda, com os elementos que o caso concreto proporcionar, ao sopesamento.

Na desarticulação de uma organização criminosa para posterior exercício do poder-dever de punir estatal, a infiltração policial é adequada, apta, portanto, obedece à primeira máxima do princípio da proporcionalidade (*Geeignetheit*).

O problema encontrar-se-á, sempre quando da análise da necessidade (*Erforderlichkeit*) e da proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade implica na constatação da impossibilidade da obtenção da prova por qualquer outro meio menos gravoso²⁵⁰. Essa máxima limita consideravelmente, no plano teórico, a utilização da infiltração policial, tendo em vista os recursos tecnológicos à disposição do estado-persecutor.

Quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, Eduardo Araujo da Silva cita quatro critérios na sua aplicação; a consequência jurídica, a importância da causa, o grau de imputação e o êxito previsível da medida.²⁵¹ Merece destaque o critério da consequência jurídica, que impõe que “a restrição de qualquer direito ou garantia individual deve ser proporcional à pena prevista para a infração penal apurada”²⁵²

²⁵⁰ SILVA, 2009, p. 47.

²⁵¹ Ibid., p. 48.

²⁵² SILVA, op. cit., p. 48.

Esgotado todo este exercício hermenêutico imprescindível, não há autorização jurídica para exposição total da vida íntima dos sujeitos investigados, ficando o Estado restrito unicamente à utilização de informações pertinentes aos ilícitos penais apurados²⁵³, cabendo ao magistrado manter os autos saneados nesse sentido, apurando, neutralizando e coibindo possíveis desvios de função.²⁵⁴

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa realizada, conclui-se que há um caminho, já apontado pela doutrina nacional, a ser percorrido pelo legislador, para que os direitos de defesa, constitucionalmente garantidos, sejam respeitados no diuturno combate às organizações criminosas.

A primeira delas, a garantia da observância do princípio da legalidade, exige que haja uma tipificação fechada, nos termos das diretrizes da Convenção de Palermo; um conceito que obedeça à tipicidade fechada, sem obliterar parte do que foi convencionado no referido diploma de Direito Internacional. É imperativo definir a organização criminosa, considerada na sua forma sofisticada e cominando-lhe sanção autônoma, para que os meios especiais de investigação sejam utilizados de maneira constitucionalmente adequada.

A segunda delas, a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, dependerá não apenas de uma regulação do procedimento de infiltração policial – para o fim de delimitar objetivamente o campo de atuação do agente – como também do controle judicial e da atuação do Ministério Público também na fiscalização da atividade instrutória.

²⁵³ PACHECO, 2007, p. 138.

²⁵⁴ SILVA, op. cit., p. 80.

O controle judicial deverá, quando *a priori*, aplicar o princípio da proporcionalidade, atentando aos subprincípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, objetivando o menor risco às garantias constitucionais do investigado. Quando *a posteriori*, o magistrado deverá atuar no sentido de sanear o processo penal de quaisquer informações impertinentes aos ilícitos penais compatíveis com a excepcionalidade da infiltração policial.

O Ministério Público não deverá furtar-se, em momento algum, da fiscalização do respeito à ordem constitucional.

Dentro desses parâmetros – catalogados em nosso ordenamento jurídico –, e somente dentro desses parâmetros, é possível a relativização das inviolabilidades da intimidade e da vida privada de investigados por participação em organizações criminosas sem que o Estado atente contra o seu núcleo essencial e, por conseguinte, sem que atente contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Crime organizado: para combater o inimigo é preciso conhecê-lo. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96530> Acesso em: 02 mai. 2010.

BRASIL. Lei 12.694 de 24 de julho de 2012. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 25 de julho de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra, 2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

LEONG, Angela Veng Mei. **The disruption of international organised crime: an analysis of legal and non-legal strategies**. Ashgate: Aldershot, 2007.

LIPISNKI, Antônio Carlos. **Crime organizado e a prova penal**. Curitiba: Juruá, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PALMIOTTO, Michael J. *Criminal Investigation*. 3. ed. Lanham: University Press of America, 2004.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007.

PONTES, Evandro Fernandes de; DEZEM, Guilherme Madeira. **Crime organizado e devido processo legal**. In: CHOUKR, Frauzi Hassan (coord.). *Estudos de processo penal: o mundo à revelia*. Campinas: Agá Juris, 2000.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime organizado no Brasil: comentários à Lei 9.034/95**. São Paulo: Iglu, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

O TRATAMENTO JURÍDICO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO SUPERENDIVIDADO

Heloise Soraya da Silva Chin Lemos

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2013. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Paraná em 2016.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a questão do tratamento jurídico do consumidor brasileiro superendividado, a partir de uma análise da origem social do fenômeno do superendividamento, por meio do qual será abordado seu conceito, sua classificação, assim como as causas e as consequências que levam os consumidores ao superendividamento. O estudo discorrerá acerca das experiências destacadas no direito comparado, considerando as experiências resultantes, com a finalidade de reinserção do devedor no mercado de consumo. Pretende ainda, enfatizar a necessidade de aprimoramento do Código de Defesa do Consumidor pelo conteúdo do Projeto de Lei nº 283/2012 do Senado Federal, a fim de regulamentar efetivamente a questão da prevenção e o tratamento do consumidor superendividado. Para tanto, foi realizada pesquisa, com o intuito de demonstrar a importância em combater este fenômeno do superendividamento, como forma de garantir o mínimo existencial vital, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, assegurar o desenvolvimento econômico sustentável, através de uma educação financeira.

Palavras-chave: direito do consumidor; superendividamento; sociedade de consumo; mínimo existencial; PL nº 283/2012.

1 INTRODUÇÃO

A questão do tratamento jurídico do consumidor brasileiro superendividado tornou-se um tema de grande importância nos dias atuais, que apesar de não ser novidade, inclusive nas sociedades mundiais, tal cenário evidencia-se desde a pós-modernidade.

Isto porque, a tendência contemporânea ao fenômeno do superendividamento está relacionado à nossa sociedade de consumo, que está diante de uma realidade de crédito fácil, ainda mais quando concedido em grande escala, de forma descomplicada, mediante os cartões de crédito, os empréstimos consignados e os cheques, trazendo por consequência o excesso

de dívidas, somada a grave crise econômica atual no país, que tornou o consumidor, ora vulnerável, na condição do homem superendividado.

Se por um lado o crédito constituiu um ponto positivo para a economia de mercado, a democratização do crédito, contudo, é um ponto negativo para a sociedade de consumo diante da concessão irresponsável de empréstimos e financiamentos, que de fato, desencadeou o superendividamento do consumidor.

Aliado a esse fato, a falta de educação financeira faz com que os consumidores vulneráveis e leigos, estejam a mercê da publicidade de bens/serviços, fabricados, até então desconhecidas pelo consumidor, e desta forma, acabam tornando-se reféns dos hábitos de consumo inconscientes, criando-se a cada dia, novas necessidades de consumo.

Nesse sentido, o superendividamento transformou-se em um problema social que tem por consequência a exclusão social dos consumidores nessas condições, ao passo que o endividamento tornou-se uma celeuma em nossa sociedade de consumo, comprometendo a subsistência das famílias.

Para tanto, além do aparato constitucional nesta matéria, que assegura a todos a exigência digna da defesa do direito do consumidor na ordem econômica e financeira, consoante o artigo 170, caput e inciso V, um grande passo dado em favor da proteção do consumidor brasileiro foi a promulgação, em 11 de setembro de 1990, da Lei ° 8.078/90, que é o Código de Defesa do Consumidor, definida como matéria de ordem pública.

Entretanto, embora o Código de Defesa do Consumidor tenha garantido avanços no tratamento das relações de consumo, não contemplou especificadamente a situação dos consumidores superendividados.

Portanto, ausente no ordenamento jurídico previsão legal que regulamente a prevenção e o tratamento deste fenômeno, que tem se tornado cada vez mais reincidente em nossa sociedade de consumo.

Diante de tal panorama, o Projeto de Lei ° 283 de 2012²⁵⁵, elaborado por uma Comissão de Juristas instituída pela Presidência do Senado Federal, propõe o aprimoramento do Código de Defesa do Consumidor, com a inserção de diversos artigos que tratam da prevenção e do tratamento do superendividamento, embasado em leis estrangeiras que já regulamentaram tal fenômeno, a exemplo da França e dos Estados Unidos da América.

Deste modo, a busca por medidas visando a implementação de uma educação financeira com vistas ao restabelecimento ao atual desequilíbrio, é medida que se impõe.

2 A TUTELA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO SUPERENDIVIDADO

A preocupação com a tutela do consumidor superendividado, se faz cada vez mais presente na atualidade em virtude da preocupação decorrente do excesso de dívidas contraídas pelos consumidores, parte vulnerável na relação consumerista, e por tal motivo, merece proteção especial do Estado.

Nesse sentido, urge salientar o dever do Estado em zelar pelas políticas sociais e públicas, com o intuito de garantir e concretizar condições mínimas de sobrevivência, no sentido de viabilizar os elementos integrantes do mínimo existencial por meio do acesso à justiça, aliada a necessidade de uma legislação específica no nosso ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema o superendividamento, de modo a viabilizar soluções adequadas e eficientes.

A despeito de todo o esforço legislativo, amadurecimento doutrinário e a crescente recepção na jurisprudência, no sentido do reconhecimento da existência e aplicação imediata do direito fundamental social do mínimo existencial, há de se considerar a necessidade de aprimoramento do Código de Defesa do Consumidor, pelo conteúdo do Projeto de Lei nº 283/2012 do

²⁵⁵ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>

Senado Federal, o qual propõe a inserção de artigos no Código de defesa do Consumidor objetivando regulamentar a questão da prevenção e o tratamento do consumidor superendividado.

2.1 A CONSTATAÇÃO DO ENDIVIDAMENTO

A partir de uma análise cronológica do consumidor brasileiro, é possível afirmar que a facilidade de acesso ao crédito teve sua plena ascensão na era pós-moderna, impulsionada pelo estímulo do consumidor brasileiro ao consumo, que hoje, se vê na dependência da manutenção do crédito no mercado.

Entretanto, ao passo que o aumento do consumo contribuiu para potencializar a economia, por outro lado, esse aumento descontrolado na oferta de crédito aos consumidores de todas as classes, levou milhares de famílias brasileiras a se endividarem além do limite de suas possibilidades.

A inadimplência ganhou evidência depois do Plano Real (1994), quando o Brasil registrou aumento no volume de crédito, e ao mesmo tempo, crescimento da inadimplência, ante a falta de planejamento financeiro.

Há de se considerar ainda, que a própria sociedade exerce enorme influência no comportamento financeiro dos consumidores, que por muitas vezes, diante da maior acessibilidade aos bens de consumo, recaem na modelação dos padrões de comportamento para se sentirem inseridos no contexto social admirado.

O que se observa em nossa sociedade consumista é a irresponsabilidade por parte das instituições financeiras ao concederem crédito aos consumidores, sem ao menos exigir uma garantia de pagamento, ou ao mesmo averiguar com a devida cautela a possibilidade do consumidor em honrar com o pagamento, especialmente associados à oferta desmedida de cartões de crédito, limite de cheque especial, facilidade na contratação do

crédito consignado, levando o consumidor à sua insolvência, ou seja, transformando grande parte dos consumidores endividados, em superendividados.

A propósito, o uso indiscriminado do cartão de crédito constitui potencial agravamento da situação do consumidor superendividados, posto que os juros praticados nesta modalidade são os maiores do mercado no país. Embora seja uma ferramenta que flexibiliza as possibilidades de pagamento, em caso de atraso no pagamento, o consumidor entra no crédito rotativo, cuja taxa de juros é a mais alta, conforme relatório mensal do Banco Central.

A partir disso, considerando ainda o atual período de crise, a massa de consumidores endividados, hipossuficientes e vulneráveis, transformaram-se em superendividados, que podem ser definidos como aqueles consumidores, pessoas físicas, leigos e de boa-fé, que se veem impossibilitados de pagar suas dívidas atuais e futuras de consumo.

2.2 O TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDADO

A questão do superendividamento deixou de ser um problema individual, tornando-se em um fenômeno social e jurídico, cada vez mais crescente tanto em nossa sociedade, quanto nos países estrangeiros.

Logo, o superendividamento se apresenta como um novo foco para a intervenção do Estado e da Sociedade em busca da proteção e do tratamento ao consumidor superendividado, que diante da ausência de legislação específica que a regulamente, necessitam de respostas para um tratamento eficaz como forma de garantir a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

2.2.1 Experiências destacadas no direito estrangeiro

Como já mencionado, o fenômeno do superendividamento não é preocupação apenas no Brasil, mas no mundo todo, dada sua característica de fenômeno mundial. Isso porque a democratização do crédito, agravou os problemas relativos ao superendividamento do consumidor que se veem impossibilitados de pagar suas dívidas atuais e futuras.

Enquanto em nosso país ainda se busca uma tutela legal ao tratamento das situações de superendividamento, outros países já instituíram normas nesse sentido em seu ordenamento jurídico, cujo resultado tem sido positivo.

Esse problema social impulsionou muitos países a se conscientizarem da necessidade em mudar este panorama por meio de tutela legal apta a oferecer o amparo necessário ao consumidor, uma vez que a legislação instituída é o meio pelo qual o direito se materializa.

A legislação norte-americana de tutela do superendividamento, é denominada como *fresh start*, a qual previu, historicamente, a possibilidade de o devedor receber o benefício legal de um novo começo, conferindo o direito à remissão de dívidas.

Por meio da expressão falência (Bankruptcy), o diploma legal dos Estados

Unidos é previsto no Bankruptcy Code de 1978 (Capítulos 7º, 11 e 13), nos casos de falência pessoal, advinda de uma tradição religiosa.

A crítica deste modelo, cinge-se no prejuízo dos credores, pois faculta a concessão do perdão a devedores que poderiam ao menos pagar uma parte das suas dívidas.²⁵⁶

²⁵⁶ CARPENA, Heloisa. Uma lei para consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, p. 76, jan. 2007.

Ainda porque existem dívidas que são não suscetíveis de perdão, a exemplo das dívidas por alimentos, dívidas fiscais, as resultantes de multas e entre outras.

Portanto, apesar de mais célere, apresenta maior complexidade, se comparado com o modelo francês, por exemplo, como passo a expor.

Por outro lado, o modelo francês responsabiliza os devedores pelos seus atos, a qual prevê um plano de reestruturação do superendividamento.

O tratamento do consumidor na França, assim como na maioria dos países da Europa Continental que possui tutela ao superendividamento, adota um caráter social, mais conservador, baseado na ideia de que o consumidor errou e precisa ser “reeducado”. O crédito ao consumo não é considerado uma situação normal, é antes visto com cautela, devendo ser mantido a todo o custo a níveis mínimos de risco. A origem desta filosofia pode ser atribuída à tradição civilista do direito romano que defendia a total responsabilização dos devedores, salvo em situações excepcionais, em que o perdão da dívida poderia ser cogitado.²⁵⁷

Conforme se extrai da leitura do artigo L.330-1 “*del Code de la Consommation*”, se compreende por superendividamento a situação das pessoas físicas caracterizada pela impossibilidade manifesta do devedor de boa-fé, de fazer frente ao conjunto de suas dívidas, não profissionais, exigíveis ou vencidas, assim como, aos compromissos de garantir ou satisfazer solidariamente a dívida de um empresário individual ou de uma sociedade, desde que não tenha sido, de direito ou de fato, dirigente desta.

Deste modo, vislumbra-se que o modelo francês contempla o tratamento eficaz com vistas ao pagamento total das dívidas contraídas pelos devedores, e quando possível, parte dela, com participação efetiva do Estado

²⁵⁷ SANTO, Liliana Bastos Pereira. **Da concessão de crédito ao sobre-endividamento dos consumidores**. (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais). Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal, p. 91, 2009.

nas conciliações e mediações, devidamente supervisionados pelo Juízo a fim de diminuir os juros e o parcelamento da dívida.

Desse modo, forçoso reconhecer que a França desenvolveu uma política legislativa em favor da proteção do consumidor superendividado, integrando em seu Código de Consumo, medidas concretas a solucionar a situação do devedor.

2.3 O PROJETO DE LEI BRASILEIRO (PL 283/2012)

A fim de suprir a lacuna existente na legislação brasileira, tramita hoje no Senado Federal o Projeto de Lei nº 283/2012 que visa o aprimoramento do Código de Defesa do Consumidor, objetivando prevenir o fenômeno do superendividamento, a fim de promover o acesso ao crédito responsável, a educação financeira do consumidor, a garantia do mínimo existencial, assim como a previsão de elaboração de um plano de pagamento para o consumidor superendividado com vistas à sua reinserção no mercado de consumo.

Para Cláudia Lima Marques, integrante da comissão de aprimoramento do Código de Defesa do Consumidor no Senado e pioneira na pesquisa do superendividamento no Brasil, o foco do projeto está na informação como prevenção do superendividamento e, para tanto, aposta no combate às práticas de promoção do endividamento, na informação detalhada ao consumidor sobre os principais elementos do crédito, também no que se refere aos riscos da operação e ao comprometimento futuro de sua renda.²⁵⁸

Inspirado no modelo francês, o projeto de lei tem como base o projeto-piloto desenvolvido Pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, sob coordenação de Cláudia Lima Marques, que tem por objeto a reinserção

²⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 75. São Paulo: RT, jul-set. p. 27-28, 2010.

social do consumidor superendividados, por meio de conciliação obtida em audiências de renegociação com seus credores.

2.3.1 Classificação

A doutrina classifica os consumidores superendividados em duas modalidades, de acordo com as suas causas, em ativos e passivos. Senão vejamos.

A primeira categoria, do superendividamento ativo²⁵⁹, refere-se aos consumidores que de forma inconsciente, consumiram além da sua renda, geralmente aquelas vítimas da facilidade do crédito e da falta de gestão financeira.

A definição do superendividamento ativo é equiparada ao consumidor “vítima da “febre” compradora”, capaz de provocar gastos para os quais não terá condições de pagar, multiplicando as dívidas.²⁶⁰

Neste ponto, importante salientar que boa-fé é requisito para sua caracterização, de modo que se ausente a boa-fé, o consumidor não possui auxílio estatal, uma vez que tinha consciência da sua incapacidade de adimplir suas obrigações, com a intenção de enganar o credor.

Por sua vez, a segunda categoria denominada de superendividados passivos, é caracterizada pelos consumidores que por situações alheias à sua vontade, se endividaram pelos chamados “azares da vida” tais como: desemprego, separação, doença.

Ou seja, esta categoria de consumidores não contribuiu de forma ativa para a situação de insolvência, mas foram vítimas de acidentes da vida,

²⁵⁹ Para o aprofundamento da classificação do superendividamento em ativo consciente, ativo inconsciente e passivo, veja: MARQUES, Maria Manuel Leitão et al. **O endividamento dos consumidores**, p. 237.

²⁶⁰ JULIEN, Jérôme. 2009. p. 418 apud BARTONCELLO, Káren Rick Danilevich, 2015, p.43.

externos e imprevistos, sendo este grupo de devedores os principais destinatários da tutela estatal.

Para Cláudia Lima Marques “no caso do superendividamento passivo, a causa não é o abuso ou má administração do orçamento familiar, mas um “acidente da vida como desemprego, redução de salários, divórcio, doenças, nascimentos, acidentes, mortes”²⁶¹

3 A PROPOSTA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, bem como o Código de Defesa do Consumidor permitem o início de uma tutela do devedor superendividado, eis que contemplam a base para a proposta de proteção do consumidor superendividado no Brasil.

3.1 DA NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A consequência do superendividamento contribui para o aumento do incidente da exclusão social, em decorrência da inadimplência dos consumidores, que cada vez mais se veem impossibilitados de pagar as suas dívidas.

Daí surge a necessidade de garantir o mínimo vital para a sobrevivência do consumidor, pessoa física, que de boa-fé contraiu dívida na ilusão errônea de que daria conta de adimplir o crédito, ou seja, acreditou honestamente que conseguiria honrar com as suas obrigações, porém, sem intenção premeditada de se endividar, considerando a presunção da boa-fé, e por razões alheias à vontade, não consegue pagar suas dívidas, ante a situação de insolvência.

²⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006, p. 329.

A nossa Constituição Federal confirma a existência e a previsão do mínimo existencial e sua concretização é uma forma de realização do Estado Democrático de Direito, como objetiva nossa Carta Magna, por meio do qual prioriza-se a realização do bem estar do ser humano, cujo maior fundamento é a preservação da dignidade da pessoa humana, consoante artigo 1º, inciso III, combinado com o artigo 170, caput e inciso V, que assegura a todos a existência digna da defesa do direito do consumidor na ordem econômica e financeira do país.

Portanto, pode-se dizer que o mínimo existencial está contemplado nos direitos fundamentais sociais que garante a todos, o direito a um mínimo vital à dignidade da pessoa humana, que por meio da intervenção do Estado, tem o dever de oferecer o direito à educação, à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação e à segurança.

3.2 O APRIMORAMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Após 26 anos da edição do Código de Defesa do Consumidor, o panorama mudou, ao passo que as relações comerciais, sociais, políticas e econômicas se transformaram e, por conta disso, a legislação que regulamenta as relações de consumo necessita adaptar-se à nova realidade.

Nesse ponto, é importante ressaltar que o Projeto de Lei nº 283/2012, visa tão somente o aprimoramento do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que estabelece deveres aos fornecedores de crédito na oferta e na contratação, bem como institui mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção ao consumidor pessoa natural, sempre visando a garantia do mínimo existencial e da dignidade humana.

3.3 DA ATUAÇÃO DOS CENTROS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná possui um projeto denominado Tratamento de Superendividamento dos consumidores, implantado pela Dra. Sandra Bauermann, Juíza de Direito em 2º Grau, que tem por objetivo mediar a renegociação de dívidas decorrentes de relação de consumo (não profissionais), do devedor pessoa física, de boa-fé, que se vê impossibilitado de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (superendividado), com todos os seus credores, de acordo com seu orçamento familiar, de modo a garantir a subsistência básica de sua família.

A orientação é para que os interessados compareçam a uma das sedes para preencher o formulário de cadastro inicial (também disponível via internet: <http://www.tjpr.jus.br/superendividamento>), para confirmá-lo e saber da data de sua audiência. Em seguida serão convidados os credores para a audiência, mediante carta-convite. As audiências de conciliação/renegociação do Projeto são realizadas nas salas de audiências da Escola da Escola da Magistratura. Os conciliadores do Projeto, em sua maioria, são cursistas do Curso de Preparação à Magistratura realizado pela Escola da Magistratura.

Na audiência, são tentadas renegociações entre as partes. Havendo acordo, o mesmo é homologado judicialmente. Não havendo, o procedimento é arquivado.

De acordo com os dados estatísticos fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de maio de 2010 à agosto de 2016, cadastraram-se no Projeto um total de 4.352 consumidores, sendo que parte deles pela internet, portanto, dependentes de confirmação com comparecimento ao setor de atendimento do Projeto para agendamento da audiência. Do total de cadastros, 4.324 foram efetivamente confirmados e prestado o atendimento.

Os credores foram convidados através de remessa de carta-convite padrão, preferencialmente por meio eletrônico²⁶², para a audiência de renegociação a todos os credores arrolados pelo consumidor devedor (superendividado), sendo que de maio de 2010 à agosto de 2016, o Projeto enviou 8.662 cartas-convites aos credores, das quais 4.536 foram por meio eletrônico.

Dentre as audiências exitosas, ou seja com a presença do consumidor e pelo menos um credor, resultou-se num percentual de 49,36% de acordos.

Para tanto, a pesquisa do projeto do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná conta com gráficos, os quais demonstram os perfis dos consumidores cadastrados no Projeto de Tratamento do Superendividamento do Consumidor. Senão vejamos.

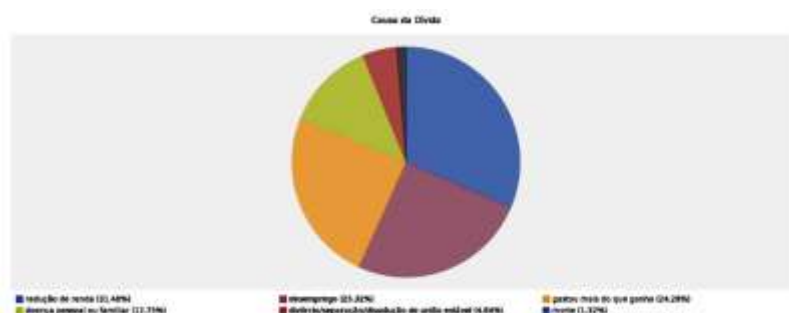


Figura 1 – Pesquisa sobre o perfil do consumidor, quanto a causa da dívida, no projeto de tratamento do superendividamento do consumidor, 2010 – 2016

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, 2016.

A partir da figura 1, percebe-se que a maior causa das dívidas é a redução da renda do consumidor, representada por 31,48%, seguido do desemprego com 25,32%. O terceiro lugar é ocupado por 24,28% dos consumidores que gastam mais do ganham, seguido da doença pessoal ou familiar (12,75%), divórcio, separação, dissolução de união estável (4,84%) e a morte (1,32%).

²⁶² O cadastro dos endereços dos credores é feito por meio de termo de adesão, disponível no portal do TJPR, no link do Projeto. No termo de adesão os fornecedores cadastram o endereço eletrônico para receber os convites. Com base nesses cadastros são enviadas as cartas-convites.

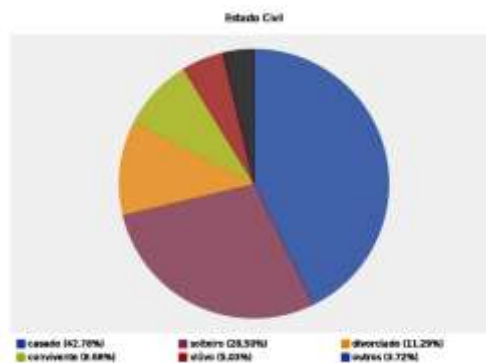


Figura 2 – Pesquisa sobre o perfil do consumidor, quanto ao estado civil, no projeto de tratamento do superendividamento do consumidor, 2010 – 2016
 Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, 2016.

Apesar de ocupar a quinta posição da pesquisa quanto à causa da dívida do consumidor, vislumbra-se que o estado civil do consumidor muito interfere no perfil do consumidor superendividado, de acordo com a figura 2.

Veja-se que os consumidores casados são os maiores endividados representando 42,78%, seguido dos solteiros com 28,50%, os divorciados com 11,29%, convivente com 8,68%, viúvo com 5,03% e outros (3,72%).

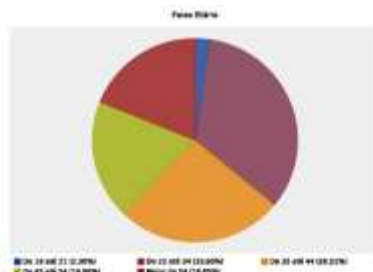


Figura 3 – Pesquisa sobre o perfil do consumidor, quanto à faixa etária, no projeto de tratamento do superendividamento do consumidor, 2010 – 2016
 Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, 2016.

No tocante à faixa etária, em análise a figura 3, denota-se grande desproporcionalidade entre a menor e a maior porcentagem de consumidores superendividados, sendo que dos 18 até 21 anos conta com 2,36%, e dos 22 até os 34 anos, com 33,60%.

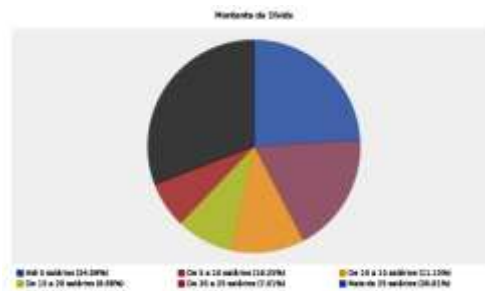


Figura 4 – Pesquisa sobre o perfil do consumidor, quanto ao montante da dívida, no projeto de tratamento do superendividamento do consumidor, 2010 – 2016
Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, 2016.

Da análise do gráfico acima, resta evidente que montante da dívida dos consumidores é superior à 25 (vinte e cinco) salários mínimos, conforme o maior índice de 30,81%.

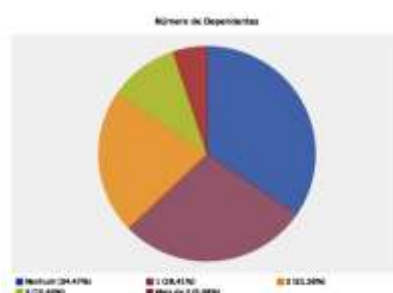


Figura 5 – Pesquisa sobre o perfil do consumidor, quanto ao número de dependentes, no projeto de tratamento do superendividamento do consumidor, 2010 – 2016.
Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, 2016.

Quanto ao número de dependentes, extrai-se da pesquisa constante da figura 5 que a maior porcentagem de 34,47% não possui dependentes, sendo o menor percentual de 5,08% representados pelos consumidores que possuem mais de 3 (três dependentes).

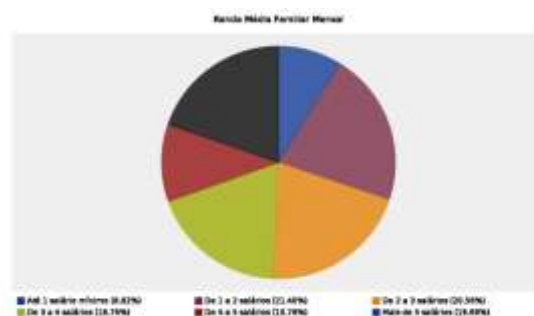


Figura 6 – Pesquisa sobre o perfil do consumidor, quanto à renda média familiar mensal, no projeto de tratamento do superendividamento do consumidor, 2010 – 2016.
Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, 2016.

O gráfico supra colacionado demonstra, conforme se pode observar, que a renda média familiar mensal do maior percentual representado por 21,40% do perfil dos consumidores superendividados é de 1 a 2 salários mínimos, sendo a menor porcentagem de 8,82%, os consumidores que possuem renda familiar mensal até 1 salário mínimo.

Por sua vez, a figura 7 (abaixo) revela que consumidores do sexo feminino assumem mais compromissos financeiros em relação ao sexo masculino, o que torna as mulheres mais superendividadas do que os homens.

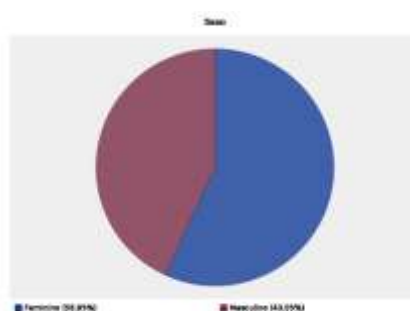


Figura 7 – Pesquisa sobre o perfil do consumidor, quanto ao sexo, no projeto de tratamento do superendividamento do consumidor, 2010 – 2016.

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, 2016.

Por fim, o último gráfico abaixo demonstra o perfil do consumidor quanto à sua situação, que segundo a pesquisa, demonstra que a maioria de 69,40% possui situação ativa, seguido dos desempregados com 16,22%, e por último, a classe dos aposentados (14,38%).

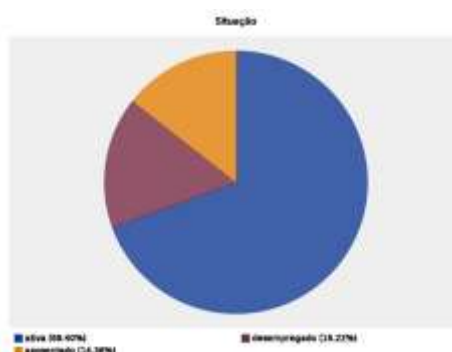


Figura 8 – Pesquisa sobre o perfil do consumidor, quanto à sua situação, no projeto de tratamento do superendividamento do consumidor, 2010 – 2016

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, 2016.

Da análise dos gráficos acima, insta salientar que, embora na pesquisa realizada tenham sido contemplados tão somente os consumidores cadastrados no Projeto de Tratamento de Superendividamento do Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o que não representa a realidade da população brasileira, foi possível ter uma ideia do perfil dos consumidores superendividados.

Entretanto, embora louvável o presente projeto de tratamento de situações de superendividamento do consumidor, destaca-se que o conteúdo do Projeto de Lei nº 283/2012 contribuirá de forma mais satisfatória ao tratamento do superendividamento, com a regulamentação de forma eficaz deste fenômeno atual, uma vez que aumenta consideravelmente a quantidade de inadimplentes em nosso país.

Ainda mais porque o projeto de lei também prevê a instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos visando a repactuação de dívidas, garantindo ao consumidor o mínimo existencial.

Com a aprovação do Projeto de Lei, será criado um processo de repactuação de dívidas de forma conciliatória, a fim de que seja possível que o consumidor estabeleça um plano de pagamento das dívidas em conjunto com os credores.

Entretanto, ficam excluídas desse processo de repactuação, as dívidas de caráter alimentar, fiscais e parafiscais, bem como as oriundas de contratos celebrados ausentes de boa-fé.

Com ressalvas, o processo de repactuação somente poderá ser repetido pelo consumidor depois de decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contados do pagamento total do último plano de pagamento. O processo de repactuação poderá ser judicial ou extrajudicial, por meio do Ministério Público, Defensorias e Procons, por exemplo.

Ademais, caso o credor aceite a conciliação, o Juiz poderá estipular um plano de pagamento, o que se mostra plenamente benéfico ao problema do superendividamento.

CONCLUSÃO

Ao realizar o presente estudo, restou claro a crescente preocupação da sociedade brasileira com o fenômeno do superendividamento em virtude da democratização do crédito nos dias atuais.

A partir disso, considerando a evolução das relações de consumo, identificou-se que embora a Constituição Federal de 1988 contemple princípios norteadores aplicáveis ao fenômeno do superendividamento, vislumbra-se a necessidade de aprimoramento do Código de Defesa do Consumidor a fim de instituir no ordenamento jurídico brasileiro previsão legal específica, com vistas à prevenção e o tratamento do consumidor superendividado.

Isso porque no Brasil, o superendividamento do consumidor é um fenômeno previsto ainda doutrinariamente, posto que ausente uma tutela jurídica específica para o tratamento do superendividamento, fenômeno o qual, vem sendo reconhecido e aplicado, timidamente, pela jurisprudência brasileira.

Nesse diapasão, verifica-se que o tema já recebeu atenção de grandes legisladores brasileiros, uma vez que o Projeto de Lei nº 283/2012 de reforma e aprimoramento do Código de Defesa do Consumidor, estabelece normas que regulamentam a oferta de crédito e de prevenção ao superendividamento.

Pode-se dizer que tal iniciativa é considerado um grande avanço nas normas consumeristas brasileiras. Ainda mais porque o projeto destaca a criação de um procedimento especial, que será uma tentativa de negociação da dívida entre o devedor e o credor com a elaboração de um plano de

pagamento, sem prejuízo de reserva de recursos para o mínimo existencial da sua família.

Conclui-se, que ainda há muito o que avançar nesta área do conhecimento jurídico, ainda mais porque a Constituição Federal consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma nas relações de consumo, sendo dever do Estado oferecer a defesa do bem-estar do homem, garantindo-se o mínimo existencial para a sobrevivência digna do consumidor.

Neste contexto, desenvolveu-se o presente artigo, a partir de um estudo do tratamento jurídico ao do consumidor brasileiro superendividado, a necessidade de uma tutela jurídica específica que regulamente, efetivamente, a questão da prevenção e do tratamento ao fenômeno do superendividamento, que por sua vez, leva a perda da dignidade da pessoa humana e a ameaça à garantia do mínimo existencial ao consumidor brasileiro superendividado.

REFERÊNCIAS

BARTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos**. São Paulo: RT, 2015.

BERTOCELLO, Karen. LIMA, Clarissa Costa. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **Prevenção e tratamento do superendividamento**. ENDC. 2010.

CARPENA, Heloisa. **Uma lei para consumidores superendividados**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, v. 61, 2007.

EFING, Antônio Carlos.; OYAGUE, Olenka Woolcott ; POLEWKA, Gabriele. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 101, 2015.

FELLOUS, Beyla Esther. **Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia**. São Paulo: RT, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 75. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTO, Liliana Bastos Pereira. **Da concessão de crédito ao sobreendividamento dos consumidores**. (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais). Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal, 2009.

SOBRE A TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL

Leonardo Ferreira dos Santos

Pós-graduando em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Pós-graduando em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.

RESUMO

O presente trabalho versará sobre a teoria do bem jurídico penal. Será abordado para tanto, temas concernentes à construção teórica relativos à temática. Desta maneira, iniciaremos este estudo a partir de uma síntese histórica da referida teoria, passando pelo seu surgimento, atribuído a Birnbaum, até chegarmos nos dias atuais, onde a discussão se concentra nos problemas trazidos pelos bens jurídicos de caráter supraindividual. Estudaremos também o conceito, as funções e as críticas que essa teoria recebe. Dogmaticamente, em seu surgimento no contexto do liberalismo e do iluminismo, tal teoria se legitimava como limitação ao poder punitivo estatal, porém, na contemporaneidade alguns teóricos apontam para um conflito entre os valores advindos do Direito Penal surgido do iluminismo e os “novos” bens jurídicos, como os de caráter supraindividual.

Palavras-chave: Direito Penal; Bem Jurídico Penal; Legitimidade do Direito Penal.

ABSTRACT

This paper will deal with the theory of criminal legal good. It will be approached topics related to theoretical construction related to the subject. In this way, we will start this study from a historical synthesis of this theory, passing through its emergence, attributed to Birnbaum until we reach the present day, where the discussion focuses on the problems brought about by legal goods of a supraindividual nature. We will also study the concept, functions and critiques of the criminal legal good.

Dogmatically, in its emergence in the context of liberalism and the iluminism, such a theory legitimized itself as a limitation to the punitive power of the state, however, in the present day some theorists point to a conflict between the values derived from the Criminal Law emerged from the iluminism and the "new" legal goods, like supraindividual ones.

Keywords: Criminal Law; Good Legal Jurisdiction; Legitimacy of Criminal Law

1 INTRODUÇÃO

Já é antiga no Direito Penal a discussão sobre a Teoria do Bem Jurídico. Sua criação atribuída a Birnbaum no século XIX, conquistou vários adeptos e vem sendo utilizada até hoje em nosso ordenamento.

Na atualidade, a posição majoritária da doutrina da dogmática penal, é de que o Direito Penal cumpre a função de tutela dos bens e valores sociais fundamentais, indisponíveis para a vida em sociedade, diante dos constantes conflitos da contemporaneidade.

Não obstante, a teoria em questão também recebe várias críticas, principalmente em relação a imprecisão de sua definição, que não é uníssona na doutrina.

Sendo assim nos seguintes tópicos passaremos a estudar o Bem Jurídico de forma mais profunda, analisando sua evolução histórica, seu conceito e suas funções.

2 SÍNTESE HISTÓRICA

No presente tópico passaremos a analisar de forma sucinta, porém clara, como aconteceu a evolução do entendimento sobre o bem jurídico.

2.1 PRÉ-ILUMINISMO E ILUMINISMO

Em épocas passadas, crime e pecado se confundiam, o Direito Penal era utilizado para tutelar a religião e seus interesses, sendo que as penas eram nitidamente desproporcionais. Nesse momento anterior a ilustração, devido a associação entre Estado e Igreja, ao soberano era reconhecido um direito divino, fazendo com que se acreditasse que sua vontade era a própria vontade

de Deus. Sendo assim o crime era considerado um pecado divino, um atentado contra a vontade de Deus.

A Revolução Francesa que difundiu a tríade “*liberdade, igualdade e fraternidade*” e os ideais iluministas de modo geral, contribuíram em muito na evolução do Direito Penal. Nesse momento, o crime passou a ser visto como uma lesão à um direito subjetivo. Para Luiz Regis Prado “na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva”.²⁶³

2.2 FEUERBACH E BIRNBAUM

Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, assim como os iluministas, também baseava sua teoria no contrato social e considerava que o crime era uma lesão à direitos subjetivos, porém tentou aprofundar a discussão. Segundo o autor o Estado somente deveria incriminar condutas que violassem os direitos subjetivos dos cidadãos e que gerassem dano social.

Sua teoria não visava a proteção de bens coletivos em razão do forte individualismo da época, sendo esta uma das maiores críticas a sua teoria, pois existem delitos que não atacam o direito subjetivo dos cidadãos e mesmo assim ferem ou colocam em risco outros bens jurídicos.

Johann Michael Franz Birbaum criticava a ideia de que o delito seria uma lesão à um direito subjetivo. Para o autor, seria necessário a existência de um objeto material importante para o indivíduo ou para a coletividade, que pudesse ser protegido de ataques. Birbaum não foi o criador da expressão

²⁶³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2 ed. São Paulo: RT, 1997. p. 27.

“bem jurídico”, porém para a doutrina majoritária, ele foi o responsável por sua origem.

No entendimento de Luiz Flávio Gomes:

Como se vê, Birnbaum não falou diretamente em ‘bem jurídico’ (*Rechtsgut*), mas indiscutivelmente foi o primeiro autor a introduzir no Direito penal a idéia de ‘bem’ (um bem material) como objeto de tutela, em contraposição com a doutrina do Iluminismo, que via na *danosidade social* e na *violação de direitos subjetivos* (*Rechtsverletzung*) os fundamentos da punição estatal.²⁶⁴

Birnbaum deu passos importantíssimos para a evolução do Direito Penal ao considerar que o crime seria uma ofensa à bens jurídicos, rompendo assim com o pensamento iluminista e ao afirmar que a conduta delituosa poderia atingir também os interesses coletivos, ao contrário do que afirmava Feuerbach e os iluministas.

Segundo Luiz Regis Prado:

Em um momento ulterior, Birnbaum (1843) – que introduziu o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo – observa ser decisivo para tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva.²⁶⁵

2.3 POSITIVISMO: BINDING E VON LISZT

O advento do positivismo trouxe para o Direito Penal uma fase racionalista e sem visão crítica, tornando a norma a fonte exclusiva do bem jurídico. Karl Binding, defensor do positivismo, tinha em seu pensamento, a ideia de que a norma defini os bens jurídicos, sendo estes tudo aquilo que na opinião do legislador é importante para a coletividade. Nesse contexto histórico-jurídico, o Estado não mais tutelava o indivíduo e a liberdade (valores iluministas), e sim enaltecia o referencial sistêmico-social. Desta

²⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: RT, 2002. p.75.

²⁶⁵ PRADO, op. cit., p. 29.

maneira, a intervenção estatal aumentou, pois, o legislador poderia criminalizar tudo o que entendesse relevante.

Nesse sentido Juarez Tavares afirma que:

Segundo o positivismo jurídico, somente a lei expressa os objetos jurídicos, porque encerra a vontade declarada do Estado. O bem jurídico se reduz aqui, a um elemento da própria norma, que tanto pode ser sua finalidade quanto a *ratio* de seu sistema. Representante deste posicionamento é BINDING.²⁶⁶

Franz Von Liszt assim como Binding, concebia o bem jurídico na visão positivista, porém, diferentemente de Binding, Von Liszt afirmava que o interesse tutelado era preexistente a norma.

Analisando o pensamento de Von Liszt, Luiz Regis Prado nos mostra que:

Como reação contrária ao tratamento científico formal da norma, origina-se a dimensão material do conceito de injusto penal e o bem jurídico desenvolve toda sua capacidade de limite à ação legiferante, com os estudos de Franz Von Liszt. O bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente). Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra.²⁶⁷

Diz-se que o pensamento de Von Liszt tem conteúdo sociológico, pois para ele, os bens jurídicos eram concebidos a partir da realidade social e não da norma jurídica.

2.4 A VISÃO NEOKANTIANA

A visão neokantiana surge no início do século passado e compreende o direito como algo que se encontra entre os mundos do ser e do dever ser. Nesse contexto o bem jurídico é concebido como um valor abstrato.

²⁶⁶ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 187.

²⁶⁷ PRADO, op. cit., p. 32.

Luiz Regis Prado ao citar o pensamento de Gomez Benitez, nos mostra em sua clássica obra *Bem Jurídico-Penal e Constituição* que “conforme a diretriz do neokantismo, é o bem jurídico entendido como valor cultural, sendo que ‘sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao valorativo, em vez de situá-lo diretamente no terreno do social’”.²⁶⁸

Segundo Juarez Tavares:

Com o neokantismo se inaugura, porém, uma outra fase de evolução política, em que a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma.²⁶⁹

Esse período foi marcado por uma concepção metodológica que transformou os bens jurídicos em meras formulas interpretativas dos tipos legais de crime. Sendo assim o conceito de bem jurídico foi totalmente desprezado e somente foi recuperado após a Segunda Guerra Mundial por um grupo de penalistas alemães e suíços que contemplavam o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

2.5 TEORIAS SOCIOLOGICAS

De acordo com as teorias sociológicas o Direito Penal deve tutelar o sistema social, sendo este, um conjunto de funções e o crime uma disfuncionalidade social. Para os adeptos desse modo de pensar, o delito seria uma conduta socialmente danosa. Como defensores dessas teorias temos nomes como Knut Amelung, Günther Jakobs, Harro Otto, J. Habermas, Winfried Hassemer, Mir Puig, entre outros.

²⁶⁸ PRADO, op. cit., p. 34.

²⁶⁹ TAVARES, op. cit., p. 189.

Para a maioria desses autores, a noção de bem jurídico se situa na realidade social e se integra com as demais ciências sociais. Luiz Regis Prado nos ensina que em relação as teorias sociológicas, “o Direito é tido como um subsistema do sistema social geral. E o delito vem a ser um comportamento disfuncional, quer dizer, um obstáculo ao funcionamento do sistema social.”²⁷⁰

2.6 TEORIAS CONSTITUCIONAIS

As teorias constitucionais são aquelas que tratam da ideia de que o legislador no momento da elaboração dos tipos penais, deve sempre ter como ponto de partida os valores consagrados pela Constituição. Para essa corrente o conceito de bem jurídico deve ser extraído e delimitado segundo os princípios e valores constitucionais, pois é esta a responsável por regular os poderes do Estado e as garantias fundamentais do cidadão. Deve a Constituição atuar como limite na elaboração das leis. Para Regis Prado, “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normativização de diretivas político-criminais.”²⁷¹

Claus Roxin, o maior expoente dessa vertente teórica ao tratar dos limites impostos ao legislador nos ensina que:

Em primeiro Lugar, é claro que são inadmissíveis as normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentem contra Direitos fundamentais e humanos. A punibilidade de, por exemplo, expressões críticas a um regime, de uniões matrimoniais de pessoas pertencentes a distintas raças atentaria contra o princípio da liberdade de expressão ou contra o princípio da igualdade, respectivamente. Estes dois princípios estão contidos na Constituição alemã e são também reconhecidos internacionalmente. Isto é, obrigam o legislador.²⁷²

²⁷⁰ PRADO, op. cit., p. 39.

²⁷¹ Ibid., p. 51.

²⁷² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

2.7 O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

As sociedades modernas, frutos do pós industrialismo passaram a se deparar com novas realidades conflitivas. O capitalismo trouxe novas relações socioeconômicas, juntamente com a globalização e avanços tecnológicos que deram origem a novos interesses e valores, os quais o Direito Penal Clássico não podia prever nem garantir.

Pierpaolo Cruz Bottini adverte:

Os resultados desencadeados pela utilização de novas tecnologias afetam, ou têm o potencial de afetar um volume crescente de bens jurídicos. A energia nuclear, a utilização de organismos geneticamente modificados, o desenvolvimento de novos medicamentos em larga escala, sem as necessárias precauções quanto a seus efeitos, são exemplos de inovações científicas que podem desencadear graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos fundamentais.²⁷³

Com a evolução dos Estados modernos, a proteção de bens jurídicos individuais passou a ser deficiente para resguardar as situações que ferem ou colocam em perigo esses novos interesses decorrentes das mudanças econômicas, sociais, políticas e ambientais. Seria necessário então, o reconhecimento dos bens jurídicos supraindividuais.

A expansão do Direito Penal através do reconhecimento desses interesses, traria a impossibilidade da manutenção dos princípios penais liberais, como também a classificação dos interesses exclusivamente individuais e coletivos. Sendo assim seria necessário uma mudança de enfoque, da perspectiva individual para a coletiva.

Ocorre que o ordenamento jurídico penal pátrio não dispõe dos meios necessários para tutelar esses interesses, que são importantíssimos para a convivência em sociedade. É claro que foi dado passos importantes nesse sentido, com o surgimento de legislações referentes aos denominados Direito

²⁷³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da Precaução, Direito Penal e Sociedade de Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 61. n. 49, p. 44, Jul. 2006.

Penal Ambiental e Direito Penal Econômico, porém é através dos crimes de perigo abstrato que os bens jurídicos supraindividuais veem sendo tutelados. Segundo Pierpaolo Cruz Bottini “a expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco.”²⁷⁴ Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco. Aqui também se encontra uma polêmica, pois esse tipo de incriminação causa grande desconforto aos postulados do Direito Penal liberal.

3 CONCEITO

O aspecto mais controverso a respeito do bem jurídico é o seu conceito. Observando-se a doutrina pátria e internacional, verifica-se a dificuldade de conceitua-lo de forma precisa. Como visto nos tópicos anteriores a noção de bem jurídico passou por grande evolução. Desde um primeiro momento quando concebia a ideia de crime como pecado, até o momento atual da dogmática penal. Segundo a doutrina atual, deve o legislador extrair da Constituição o teor do bem jurídico. Trata-se, como explicado anteriormente, das teorias constitucionalistas, que a grosso modo, defendem que a Lei Maior deve ser o limite para a fixação do conceito do bem jurídico Penal. Porém, ainda assim, a conceituação do bem jurídico permanece uma tarefa muito difícil.

Juarez Tavares nos adverte o seguinte:

Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da

²⁷⁴ BOTTINI, op. cit., 2006.

linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.²⁷⁵

Para Luiz Regis Prado “o bem jurídico penal é um ente material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.”²⁷⁶

Claus Roxin nos traz a concepção de que bens jurídicos são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.²⁷⁷

4 FUNÇÕES

Neste tópico trataremos de algumas das inúmeras funções atribuídas ao bem jurídico, que na visão de Luiz Regis Prado são tidas como mais relevantes. São elas: *Função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado*, *Função teleológica ou interpretativa*, *Função individualizadora e Função sistêmica*.²⁷⁸

A função de garantia é aquela que limita o *ius puniendi* estatal. Assim, só haverá tipificação das condutas tidas como mais graves, que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídicos. Esta função tem caráter claramente político-criminal. É ela que limita o legislador no momento da produção da norma penal.

²⁷⁵ TAVARES, op. cit., p. 181.

²⁷⁶ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 225.

²⁷⁷ Ibidem. p. 225.

²⁷⁷ ROXIN, op. cit., p. 16.

²⁷⁸ PRADO, *Bem jurídico*, op. cit., p. 48.

Segundo a função teleológica ou interpretativa, para que se interprete determinada norma penal, é necessário que se atente para o bem jurídico protegido por ela. Desta maneira, o bem jurídico constitui importante instrumento de interpretação, levado em conta como elemento central do núcleo da norma e do tipo.

O grau de ataque ao bem jurídico protegido deve ser levado em conta no momento da condenação. A função individualizadora segundo Regis Prado, funciona “como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico.”²⁷⁹

A função sistêmica é aquela que trata do critério de organização e classificação dos tipos penais na parte especial do Código Penal. É feita de forma sistemática, facilitando a estruturação do sistema Penal.

5 CRÍTICAS À TEORIA DO BEM JURÍDICO

A maior crítica que a teoria do bem jurídico recebe está na dificuldade de definição de seu conceito material. Como estudado em tópicos anteriores, a doutrina da dogmática penal ainda não chegou em um consenso da definição de bem jurídico. Seria impossível apresentar um conceito que abrangesse todos os bens que podem ser violados.

Outra crítica à teoria em questão, é de que ela não se adaptaria ao novo panorama trazido pelos bens jurídicos supraindividuais. Nesses casos os princípios penais clássicos limitadores da atividade estatal não teriam aplicação fidedigna. Existe o argumento de que se a proteção de bens jurídicos atua como limite ao poder punitivo estatal, não deveria ela criminalizar os casos relativos a bens supraindividuais.

A teoria do bem jurídico também recebe reprovação por parte da doutrina em relação ao fato de existir incriminações sem bem jurídico. A

²⁷⁹ PRADO, *Bem jurídico*, op. cit., p. 49.

maior parte da doutrina não reconhece a existência de leis penais que não protejam bens jurídicos, como é o caso da crueldade contra animais. Incriminações sem bem jurídico seriam uma afronta ao princípio da intervenção mínima.

Luís Greco ao tratar do assunto nos diz:

O bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social.²⁸⁰

Apesar de sofrer várias críticas, a teoria do bem jurídico se encontra fortemente enraizada em nosso ordenamento e segue sendo aplicada sem qualquer esvaziamento.

6 CONCLUSÃO

O Direito Penal deve possuir como principal dever a proteção de bens jurídicos, que são valores e interesses necessários para a coexistência pacífica do ser humano em sociedade.

A intervenção punitiva estatal se limita e se fundamenta na exclusiva proteção de bens jurídicos. Nesse contexto, deve-se entender o delito como uma ofensa à um bem jurídico relevante ou a colocação desse bem em perigo, como ocorre na maioria das vezes quando se trata dos bens jurídicos supraindividuais.

Essa proteção deve acontecer tendo a Constituição Federal como limite. A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, desta maneira, a Lei Penal, desde seu surgimento até o momento de sua aplicação, deve estar subordinada aos princípios fundamentais e sociais presentes em

²⁸⁰ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 12. n. 49, p. 111, Jul/ago. 2004.

nossa Constituição. Por exemplo, no momento de aplicação da pena, temos que pode haver uma imposição que resulte em restrições de direitos fundamentais que estão consagrados em nossa Constituição, assim para um verdadeiro Direito Penal que atue conforme a nossa Lei Maior, somente os bens jurídicos dotados de relevância constitucional devem ser protegidos através deste tipo de penas.

Os limites impostos pela constituição podem se dar de forma expressa, como um mandado de criminalização ou de forma implícita, dentro dos princípios e valores que regem nosso modelo de Estado.

Não podemos admitir, nesse sentido, a incriminação de condutas que atentem apenas contra ideologias ou comportamentos que não ofendam bens jurídicos indispensáveis para a vida em sociedade. Como exemplos, podemos citar o adultério que no passado já foi considerado crime em nosso ordenamento, bem como alguns países que punem pessoas por serem homossexuais.

REFERÊNCIAS

- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da Precaução, Direito Penal e Sociedade de Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 61. n. 49, p. 44, Jul. 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: RT, 2002.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 12. n. 49, p. 111, Jul/ago. 2004.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2 ed. São Paulo: RT, 1997.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: RT, 2014.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.
- TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.