REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade & Sociedade

Volume 1 | Edição Especial

ISSN 2965-7695

SENTENÇA DO ZERO

Copyright © 2024 Sentença do Zero

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser fotocopiada, reproduzida ou armazenada num sistema de recuperação ou transmitida sob qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico sem o prévio consentimento do autor.

EQUIPE EDITORIAL

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero, Brasil.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero, Brasil.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Alcelyr Valle da Costa Neto, Instituto Superior do Litoral do Paraná - ISULPAR, Paranaguá/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Andréa Grandini José Tessaro, Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Joinville/SC, Brasil

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.
Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil
Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, CamposGrande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepien Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Beliña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Acciolly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.

Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.
Dr Mauricio lópez Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.
Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.
Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.
Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.
Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO
Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero, Brasil.
Capa e Diagramação:
Di'Artes

ÍNDICE

CAIO TRISTÃO DE ALMEIDA FRANCO

1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÃO AO SÓCIO QUE NÃO EXCERCE FUNÇÃO DE ADMINISTRADOR 07

BÁRBARA DOS SANTOS SALGADO

2. A VINCULAÇÃO DE TERCEIROS À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E A SUB-ROGAÇÃO DAS SEGURADORAS NAS AÇÕES E DIREITOS DOS SEGURADOS 19

RAFAEL COSTA RIBEIRO

3. O UTILITARISMO, O IMPERATIVO CATEGÓRICO E A DIGNIDADE HUMANA COMO PONTOS DE PARTIDA PARA DECISÕES JUDICIAIS 35

YASMIN CRISTINA AUGUSTO DE SOUZA

4. A NECESSIDADE DE STANDARDS NA MODULAÇÃO DE EFEITOS NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES 45

VIVIAN MACHADO SIQUEIRA

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO 70

ISABELA FERREIRA SAUER

6. O CONFLITO FEDERATIVO: A GUERRA DE COMPETÊNCIAS NA PANDEMIA DA COVID-19 85

FILIPE AUGUSTO CAETANO SANCHO

7. JACQUES DERRIDA: DESCONSTRUÇÃO, DIREITO E JUSTIÇA 111

FLÁVIO DO PRADO ALVES

8. EFICÁCIA DAS NORMAS DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 131

JOSIMEIRE FERNANDES NETTO

9. TIPOLOGIA DAS SENTENÇAS CONSTITUCIONAIS: ATIVISMO JUDICIAL E A TENSÃO COM A SEPARAÇÃO DOS PODERES 142

BRUNO MIQUELÃO GOTTARDI

10. ANÁLISE DO DOLO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA PERSPECTIVA DA LIA PÓS-REFORMA PROMOVIDA PELA LEI 14.230/21 165

BEATRIZ SCOTELARO DE OLIVEIRA

11. UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA DA FIXAÇÃO E ALTERAÇÃO DE ASTREINTES NO PROCESSO CIVIL 177

ISABELLA KAIAL CURY GASPAR

12. A EFICÁCIA DO TESTAMENTO VITAL À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE ... 201

JANAINE NARDOTTO

13. UMA ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA SOB A PERSPECTIVA DE DURKHEIM 225

RAFAEL NOGUEIRA CAVALCANTE

14. A IMPENHORABILIDADE DA RENDA ALIMENTAR E DO PATRIMÔNIO MÍNIMO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 246

ATILIO EDUARDO PITONDO DIAS JUNIOR

15. SENTENÇA CÍVEL E PADRONIZAÇÃO DA TÉCNICA DE REDAÇÃO: A DICOTOMIA ENTRE EFICIÊNCIA E EQUIDADE 256

STEPHANIE KODLULOVICH PINTO

16. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO 270

BRUNA ALVES DOS SANTOS BRAGANÇA

17. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS 284

THURLAND HENRY DE FIGUEIREDO

18. AMEAÇA: UM PERIGO MENOSPREZADO DENTRO DO EMPREENDIMENTO CRIMINOSO 298

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÃO AO SÓCIO QUE NÃO EXCERCE FUNÇÃO DE ADMINISTRADOR

DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY AND YOUR APPLICATION IN RELATION TO MEMBER WHO DOES NOT EXCEED THE FUNCTION OF ADMINISTRATOR

Caio Tristão de Almeida Franco[1]

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de analisar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) no direito pátrio. Em primeiro lugar, será observada a personalidade jurídica e sua autonomia patrimonial em relação aos sócios da sociedade – dependendo do tipo societário adotado – e, que tem o intuito de promover a atividade econômica com maior segurança a estes. Em seguida, será analisada a desconsideração da personalidade jurídica, suas bases históricas no Brasil e no mundo, e as teorias sobre o tema, notadamente as teorias maior e menor, com as hipóteses de aplicação. Após, vai ser abordada a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em relação ao sócio não administrador, objeto deste trabalho. Por derradeiro, discutirá a atual utilização do instituto no nosso ordenamento jurídico, os aspectos processuais da aplicação da teoria e se é utilizado de forma correta ou com excessos.

Palavras-Chave: Personalidade Jurídica. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Sócio Não Administrador.

Abstract: This study was conducted in order to analyze the theory of disregard of legal personality in National Law. Firstly, the legal personality and its patrimonial autonomy in relation to the company's partners will be observed – depending on the corporate type adopted – and which aims to promote economic activity with greater security for them. Next, the disregard of legal personality will be analyzed, its historical bases in Brazil and the world, and the theories on the subject, notably the major and minor theories, with the hypotheses of application. Afterwards, the possibility of disregarding the legal personality in relation to the non-managing partner, the object of this work, will be addressed. Finally, it will discuss the current use of the institute in our legal system, the procedural aspects of applying the theory and whether it is used correctly or excessively.

Keywords: Legal Personality. Disregard doctrine. Non-Managing Partner.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho visa estudar o importante instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conhecido mundialmente como *disregard doctrine*, e, além disso, sua aplicação em face do sócio que não exerce a função de administrador.

Antes da análise da desconsideração, se faz necessária à abordagem da personalidade jurídica e o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, consagrado no art. 1.024 do Código Civil, que é um importante e necessário meio de

[1] Pós-Graduado em Direito Processual e Gestão Jurídica pelo IBMEC – RJ. Servidor Público Federal.

promover o empreendedorismo, tendo em vista que consagra a limitação de responsabilidade dos sócios, dependendo do tipo societário adotado, e, atua como grande redutor do risco empresarial.

A autonomia patrimonial das sociedades empresárias faz com que os bens dos sócios não se confundam com os da sociedade e, com isso, possibilita uma maior segurança por parte dos particulares que investem seu dinheiro.

O reconhecimento de personalidade às pessoas jurídicas corresponde a uma sanção positiva ou "premial", incentivando os particulares a desenvolver atividades econômicas, o que interessa também ao Estado.

No entanto, a história das relações econômicas demonstrou que o uso das pessoas jurídicas e o princípio da autonomia patrimonial podem dar ensejos a abusos. Registre-se que empresários de má-fé se utilizavam da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial para fraudar seus credores.

Sendo assim, com o intuito de salvaguardar o princípio da autonomia patrimonial, criou-se a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a qual deveria ser aplicada apenas quando constatado o abuso da personalidade em detrimento de seus credores, e responsabilizando os sócios pelo uso irregular da sociedade.

O objetivo geral deste trabalho é abordar a desconsideração da personalidade jurídica e tratar de modo específico à possibilidade de aplicação do instituto em relação ao sócio que não exerce função de administrador.

Justifica-se tal abordagem em razão de ser uma medida bastante adotada em nosso ordenamento jurídico e que muitas das vezes é aplicada sem o conhecimento técnico para tanto.

O presente trabalho foi realizado com base em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo dividido em três capítulos, analisando-se a personalidade jurídica, a desconsideração e, por derradeiro, a possibilidade de aplicação em relação ao sócio não administrador.

2. PERSONALIDADE JURÍDICA

A sociedade empresária é formada através do concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é a criação da personalidade jurídica. A sociedade não se confunde com a individualidade de cada sócio que participou de sua constituição, possuindo um

patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir sua vontade.

De acordo com o Prof. Rubens Requião[2], o direito brasileiro reconheceu ampla personalidade às sociedades, quer civis, quer comerciais.

O reconhecimento de personalidade às pessoas jurídicas corresponde a uma sanção positiva ou "premial", pela qual o ordenamento jurídico incentiva os particulares a desempenharem atividades econômicas, o que interessa não apenas aos empreendedores, mas também ao próprio Estado.[3]

Caso não existisse a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial desta com os integrantes da sociedade empresária, muitos destes não teriam interesse em participar de negócios com o risco de perder todo o patrimônio pessoal em caso de não prosperar. Ou seja, servem de estímulo para exploração de atividades econômicas, com o cálculo do risco.

O Estado tem interesse em promover o exercício da atividade econômica, até porque a Constituição Federal de 1988 adotou o regime capitalista de mercado, e a limitação das perdas é fator essencial para a disciplina da atividade.

Segundo o Prof. Fábio Ulhoa Coelho[4], a motivação jurídica se traduz pela limitação das perdas, que não devem ultrapassar as relacionadas com os recursos já aportados na atividade. E, outro aspecto em questão diz respeito ao custo da atividade econômica, elemento que compõe o preço a ser pago pelos consumidores ao adquirirem o serviço ou produto. Se o direito não dispuser de instrumentos de garantia para os empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles tenderão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas.

É indubitável que a personalidade jurídica das sociedades empresárias tem importância fundamental para economia capitalista, e sua repercussão quanto à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, não pode ser descartado na atividade econômica.

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas encontra-se consagrado no art. 1.024 do Código Civil, *in verbis*:

---

[2] REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, 1º volume – 31. ed. rev. atual. por Rubens Edmundo Requião – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 455.
[3] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 409.
[4] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa – 16. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

> "Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais."

Todavia, empresários de má-fé utilizavam-se da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial para fraudar seus credores, beneficiando-se da separação patrimonial como um verdadeiro escudo protetor contra a tentativa de atingir ao seu patrimônio pessoal.

Com efeito, visando preservar o instituto da personalidade jurídica, em seus contornos fundamentais, evitando seu uso abusivo e desvirtuado de modo que pudesse comprometê-lo, criou-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que passa ser analisada no próximo capítulo.

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Em primeiro lugar, oportuno ressaltar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contra a separação subjetiva entre a sociedade empresária e seus sócios. Muito pelo contrário, ela tem o intuito de salvaguardar o instituto.

A desconsideração da personalidade jurídica tem sua origem na jurisprudência inglesa e norte-americana. Alguns doutrinadores apontam como *leading case* o julgamento do caso *Salomon versus Salomon & Co. Ltd.*, julgado na Inglaterra em 1897. No mencionado caso, a sentença decidiu pela possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica da *Salomon & Co. Ltd.*, após reconhecer que Mr. Salomon tinha total controle societário sobre a sociedade, e, por isso, sem justificativa para separação patrimonial entre ele e a pessoa jurídica.

Em que pese tal decisão ter sido reformada pela Casa dos Lordes, ainda assim é considerada a grande precursora da teoria estudada. Também é citado o caso *State versus Standard Oil Co.*, julgado pela Corte Suprema de Ohio em 1892. Na doutrina, o maior expoente da teoria foi Rolf Serick, em tese de doutorado defendida em 1953 na Universidade de Tubigen, no qual foram construídas as bases e os princípios fundamentais da *disregard doctrine* a partir da jurisprudência americana.

Com base nos precedentes e no estudo acima mencionado firmou-se a possibilidade de afastamento dos efeitos da personalização da sociedade – autonomia e separação patrimonial – nos casos em que a personalidade jurídica fosse utilizada de forma abusiva, em prejuízo dos credores. Nesses casos, poderia o juiz ou tribunal desconsiderar os efeitos da personalidade jurídica, permitindo-se, assim, a execução

do patrimônio pessoal dos sócios por dívidas da sociedade.[5] Por isso, também é conhecida por doutrina da penetração.

Nesse sentido, a desconsideração da personalidade jurídica apenas seria decretada quando houvesse a caracterização do abuso da personalidade jurídica, sendo esta a ideia originária da *disregard doctrine*.

De acordo com André Santa Cruz, a desconsideração da personalidade jurídica tem seus efeitos adstritos ao caso concreto em que foi requerida, continuando a sociedade – ainda que "desconsiderada" naquele caso – existir normalmente e ter os efeitos da sua personalização respeitados em todas as demais relações jurídicas em que figurar[6], e para Rubens Requião não se trata de considerar ou declarar nula personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos.[7]

Antigamente, esse abuso da personalidade jurídica capaz de admitir a sua desconsideração somente era possível quando houvesse a prova efetiva da fraude, ou seja, da atuação com dolo dos sócios em prejuízo dos credores da sociedade. Tal fato representa uma concepção subjetivista da teoria, exigindo a prova da fraude como elemento imprescindível à sua aplicação.

Atualmente, adota-se uma concepção objetivista da teoria, não sendo necessária a prova de fraude, com o abuso de personalidade sendo verificado através de dados exclusivamente objetivos, tais como o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Tal formulação objetiva sem dúvidas é a mais adequada e visa facilitar a tutela dos interesses dos credores, considerando que na subjetiva é de grande dificuldade e complexidade produzir provas com as intenções subjetivas dos sócios, o que muitas vezes importa a inacessibilidade ao próprio direito.

Oportuno mencionar que Fábio Ulhoa defende que é possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos. A ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial.

Em outros termos, o autor diz que enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se imputa ao sócio, ou administrador. A

[5] RAMOS, op. cit., p. 410.
[6] Ibid., p.418.
[7] REQUIÃO, op. cit., p. 458.

desconsideração da personalidade jurídica é a operação prévia a essa mudança de imputação. A sociedade empresária deve ser desconsiderada exatamente se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa.[8]

3.1 Histórico no Brasil

No Brasil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica chegou por Rubens Requião, na década de 1960, quando inexistia previsão legal para tanto. A primeira regulamentação legal da *disregard doctrine* em nosso ordenamento jurídico se deu com o Código de Defesa do Consumidor, o qual, em seu art. 28, tratou do tema, dispondo que: "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

O §5º do mencionado artigo, previu que: "também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores."

No entanto, oportuno mencionar que a jurisprudência já aplicava a teoria bem antes de regulamentação.[9]

O segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração foi o art. 18 da lei 8.884 de 1994[10], tal lei visa à prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica, dispõe o art. 18: "A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

Em 1998, foi editada a lei 8.884, que regula os crimes ambientais, mais uma vez o legislador inseriu o tema da desconsideração da personalidade jurídica.

[8] ULHOA, op. cit., p. 66.
[9] CORRÊA OLIVEIRA, José Lamartine. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. pp. 519 e segs.
[10] A lei 8.884 de 1994 foi revogada pela lei 12.529 de 2011, conhecida como a lei do "Super Cade", e a redação acima citada atualmente se encontra no art. 34, caput e parágrafo único, da nova lei.

Não restam dúvidas que o Código de Defesa do Consumidor inspirou claramente os textos legais posteriores que também trataram do tema. Ocorre que, tais leis, em que pese serem inovadoras, não servem como regra geral para aplicação da teoria, pois incidem de forma restrita às matérias específicas que regulam. Além disso, não condizem com as formulações doutrinárias que originou à *disregard doctrine*.

O Código Civil de 2002, em seu art. 50, estabeleceu que: "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica." Nas palavras de André Santa Cruz: "dessa vez o legislador editou dispositivo que reflete, com fidelidade, os ideais originais da *disregard doctrine*."

Ressalta-se que o art. 50 do Código Civil é, atualmente, a regra geral acerca da *disregard doctrine* no direito pátrio, sendo de aplicação obrigatória a todos os casos de desconsideração da personalidade jurídica, exceto os referentes às relações de consumo, aos crimes ambientais e às infrações à ordem econômica, os quais possuem legislação especial e não foram revogadas.

3.2 Da Teoria Menor e da Teoria Maior[11]

A teoria menor é quando se utiliza como requisito para a desconsideração da personalidade jurídica apenas o mero inadimplemento do devedor e, consequentemente, o prejuízo do credor no caso de relações de consumo ou a simples prática de ilícito nos casos envolvendo o meio ambiente e à ordem econômica, não é necessária qualquer outra prova de fraude ou abuso de direito.

Cumpre informar que grande parte da doutrina comercial faz críticas a teoria menor, pois acreditam que o nosso ordenamento jurídico possui meios de responsabilizar os sócios ou administrados que praticarem atos ilícitos sem a necessidade da desconsideração.

Todavia, a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça tem adotado a teoria. Confiram-se, os seguintes precedentes:

[11] A maioria da doutrina critica a nomenclatura das teorias, ocorre que o Superior Tribunal de Justiça continua mencionado-as em seus julgados, razão pela qual também foi utilizada neste trabalho.

> "DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.
> [...]
> 6. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada "teoria menor" da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores", mercê da parte final do caput do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.
> [...]
> 8. Recurso especial não provido."
> (REsp 1096604/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012)

> "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PROPOSTA CONTRA A CONSTRUTORA E SEUS SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, CAPUT E § 5º, DO CDC. PREJUÍZO A CONSUMIDORES. INATIVIDADE DA EMPRESA POR MÁ ADMINISTRAÇÃO.
> [...]
> 3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária.
> 4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004).
> 5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO."
> (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 12/09/2011)

A teoria maior é a regra geral do nosso ordenamento jurídico, positivado no art. 50 do Código Civil, ou seja, a personalidade jurídica é desconsiderada somente quando preenchidos todos os requisitos ali estabelecidos, a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações não constitui motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica. Exige-se, portanto, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial.

4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RELAÇÃO AO SÓCIO QUE NÃO EXERCE FUNÇÃO DE ADMINISTRADOR

O art. 50 do Código Civil não restringe a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos sócios, ocorre que mesmo sem existir restrição, a desconsideração apenas deve incidir sobre os bens dos administradores ou sócios que efetivamente contribuíram na prática do abuso ou fraude na utilização da pessoa jurídica, devendo ser afastada a responsabilidade dos sócios minoritários que não influenciaram na prática do ato.

Registre-se que no julgamento do REsp 786.345-SP (3ª Turma, Rel. para o acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 21/08/2008), se entendeu que a despersonalização de sociedade por ações e de sociedade por quotas de responsabilidade limitada só atinge, respectivamente, os administradores e os sócios-gerentes, não quem tem apenas o *status* de acionista ou sócio.

Em caso diverso, a mesma 3ª Turma, no julgamento do REsp 1.315.110-SE (Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28/05/2013), decidiu por unanimidade que a desconsideração deveria atingir a sócia não administradora com base nas peculiaridades do caso.

No mencionado processo, a recorrente, juntamente com sua mãe, eram as únicas sócias da sociedade limitada e cada uma detinha 50% das quotas sociais. A recorrente não era, por conseguinte, sócia minoritária.

Ademais, no seio de uma organização empresarial mais modesta, mormente quando se trata de sociedade entre mãe e filha, a titularidade de quotas e a administração são realidades que frequentemente se confundem. Nesse passo, as deliberações sociais, na maior parte das vezes, se dão no dia-a-dia, sob a forma de decisões gerenciais. Assim sendo, é muito difícil apurar a responsabilidade por eventuais atos abusivos ou fraudulentos.

Em hipóteses como essa, a previsão, no contrato social, de que as atividades de administração serão realizadas apenas por um dos sócios não é suficiente para afastar a responsabilidade dos demais. Para afastar a referida responsabilidade, seria necessária a comprovação de que um dos sócios estava completamente distanciado da administração da sociedade, o que não ocorreu no caso concreto.

A Ministra relatora concluiu alegando que na hipótese dos autos, tendo em vista que se trata de sociedade modesta, que tem como únicas sócias mãe e filha, e

considerando que a recorrente detém 50% das quotas sociais, não era possível afastar sua responsabilidade e o art. 50 do Código Civil não foi violado.

É indubitável que a decisão do C. Superior Tribunal de Justiça foi acertada e que é possível a desconsideração da personalidade atingir o sócio que não exerce a administração, devendo ser analisado caso a caso e não se tornando a regra geral, como infelizmente acontece na seara trabalhista.

5. CONCLUSÃO

A personalidade jurídica das sociedades empresárias é um importante instrumento para o desenvolvimento da atividade econômica em nossa sociedade, como visto, a autonomia patrimonial garante aos empreendedores a possibilidade de terem um risco calculado, sem atingir todo patrimônio pessoal em caso de fracasso do negócio.

No entanto, em razão da utilização indevida por alguns empresários, com o intuito de prejudicar credores, criou-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para proteger a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial das sociedades.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contra a separação subjetiva entre a sociedade empresária e seus sócios. Muito pelo contrário, ela tem o intuito de salvaguardar o instituto, considerando sua importância fundamental para economia capitalista.

Ressalta-se que o art. 50 do Código Civil é, atualmente, a regra geral acerca da *disregard doctrine* no direito pátrio, sendo de aplicação obrigatória a todos os casos de desconsideração da personalidade jurídica, exceto os referentes às relações de consumo, aos crimes ambientais e às infrações à ordem econômica, os quais possuem legislação especial e não foram revogadas.

O mencionado artigo não restringe a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos sócios, ocorre que mesmo sem existir restrição, a desconsideração apenas deve incidir sobre os bens dos administradores ou sócios que efetivamente contribuíram na prática do abuso ou fraude na utilização da pessoa jurídica, devendo ser afastada a responsabilidade dos sócios minoritários que não influenciaram na prática do ato.

Todavia, é possível que a desconsideração recaia sobre sócio que não exerça a função de administrador, desde que comprovado que participou do ato que resultou

na desconsideração, o que deve ser observado caso a caso, com o prudente arbítrio do Juiz, criando o melhor direito em face da análise dos elementos dos casos concretos, que deve ser feita sempre sob o prisma da boa fé objetiva, princípio esse que norteia todos os negócios jurídicos.

Assim sendo, para garantir uma aplicação correta e eficaz da desconsideração da personalidade jurídica, os operadores do direito devem estar atualizados e com conhecimento sobre o tema, evitando que, visando combater os abusos do direito à personificação, cometam-se atos igualmente reprováveis.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa – 16. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

CORRÊA OLIVEIRA, José Lamartine. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, 1º volume – 31. ed. rev. atual. por Rubens Edmundo Requião – São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1096604/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012.

_____. Recurso Especial nº 737.000/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 12/09/2011.

_____. Recurso Especial nº 786.345-SP, Rel. para o acórdão Min. Ari Pargendler, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 26/11/2008.

_____. Recurso Especial nº 1.315.110-SE (Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 07/06/2013.

A VINCULAÇÃO DE TERCEIROS À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E A SUB-ROGAÇÃO DAS SEGURADORAS NAS AÇÕES E DIREITOS DOS SEGURADOS

THE BINDING OF THIRD PARTIES TO THE ARBITRATION CLAUSE AND THE SUBROGATION OF INSURERS IN THE ACTIONS AND RIGHTS OF INSURED PERSONS

Bárbara dos Santos Salgado[1]

Resumo: resolução de litígios por meio da arbitragem depende de concordância inequívoca da parte com a cláusula compromissória, mediante a assinatura do contrato no qual a referida cláusula foi inserida, em atenção ao princípio da autonomia da vontade. Admite-se, contudo, a extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não signatários, desde que constados outros elementos que demonstrem a sua concordância com a cláusula compromissória. Ao pagar a indenização ao segurado, a seguradora sub-roga-se em seus direitos, assumindo a posição jurídica do segurado no contrato em que consta a cláusula compromissória, objeto do seguro (artigo 786 do Código Civil). Apesar disso, a mera sub-rogação da seguradora não é suficiente para vincular a seguradora à cláusula compromissória celebrada entre o segurado e o terceiro causador do ato passível de indenização securitária, sendo também necessária a análise da presença de determinados elementos no caso concreto que demonstrem a manifestação de vontade inequívoca do terceiro em vincular-se à cláusula compromissória.

Palavras-Chave: Arbitragem. Autonomia da Vontade. Seguro. Sub-rogação. Cláusula Compromissória. Terceiros.

Abstract: Resolving disputes through arbitration depends on the unequivocal consent of the parties to accept the arbitration clause, in accordance with the principle of autonomy of the parties' will. However, the subjective extension of the effects of the arbitration clause to non-signatory third parties has been admitted, provided that other elements demonstrate their unequivocal consent to the arbitration clause. By paying indemnity to the insured, the insurance company subrogates to its rights, assuming the legal position of the insured in the contract containing the arbitration clause, which is the subject of the insurance (Article 786 of the Brazilian Civil Code). Nevertheless, mere subrogation of the insurer is not enough to bind the insurance company to the arbitration clause agreed upon between the insured and the third party who caused the act leading to the insurance indemnity. It is also necessary to consider other elements in the case that demonstrate the third party's unequivocal declaration of intent to be bound by the arbitration clause.

Keywords: Arbitration. Principle of autonomy of the parties' will. Insurance. Subrogation. Arbitration Clause. Third parties.

[1] Bacharel em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assistente judiciário no Tribunal de Justiça de São Paulo. Artigo adaptado para publicação, derivado de trabalho de conclusão do curso de graduação. Trabalho original orientado pelo Professor Doutor Carlos Alberto Carmona.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou estudar a extensão subjetiva da cláusula compromissória, especificamente no caso das seguradoras, sub-rogadas nos direitos do segurado, nos termos do artigo 786 do Código Civil, sob à ótica do princípio da autonomia da vontade nos procedimentos de arbitragem. A questão que se coloca é se é possível vincular a seguradora à cláusula compromissória celebrada entre o segurado e o causador do dano, ainda que sem a sua assinatura, para eventual participação em procedimento arbitral para discutir o seu direito de regresso.

2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

No Brasil, em conformidade com a Lei nº 9.307/1996, é possível que a jurisdição – atividade típica do Estado – seja exercida também por particulares, com algumas limitações impostas pela própria lei. Em razão da sua origem contratual, a jurisdição arbitral, limita-se, objetivamente, ao negócio jurídico que motivou sua implantação e, subjetivamente, às partes que o convencionaram. Em outras palavras, por se tratar de uma renúncia ao direito de ter seus litígios submetidos ao Poder Judiciário, o juízo arbitral somente abrange os contratos relacionados àquela lide específica, bem como só obriga as partes contratantes, não tendo poder sobre terceiros, que não participaram do negócio instituidor do juízo arbitral (Cf. THEODORO JR., 2001. p. 357).

Para a consagração do exercício jurisdicional pelo árbitro, é necessária a existência de uma convenção de arbitragem, bem como a aceitação do encargo pelo árbitro. Nos termos do artigo 4° da Lei nº 9.307/1996, as convenções de arbitragem devem ser celebradas por escrito e vinculam somente as partes que se comprometeram a submeter aos seus efeitos.

Se a Lei nº 9.307/1966 exige, por um lado, a forma escrita para a validade da cláusula compromissória, por outro, não estabeleceu a assinatura das partes como requisito formal para submeter eventual disputa à arbitragem, salvo quando se tratar de contrato de adesão (conforme artigo 4º, § 2º). Partindo dessa premissa, a doutrina reconhece a extensão dos efeitos da cláusula compromissória à terceiros não-signatários, em determinadas circunstâncias. Afinal, o legislador nacional privilegiou o não formalismo no que diz respeito à manifestação da vontade das partes.

O próprio Código Civil dispõe em seu artigo 107 que “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a

exigir.”. Segundo Arnoldo Wald, tal disposição é perfeitamente aplicável à clausula compromissória, “não constituindo a assinatura a única forma admitida para a caracterização do consentimento expresso” (WALD, 2011, p. 101/103).

O art. 4º da Lei nº 9.307/1996 se fundamenta na regra da autonomia da vontade das partes, segundo a qual somente a manifestação de vontade inequívoca em aderir a cláusula compromissória possibilita a participação das partes na arbitragem. O princípio da autonomia da vontade estabelece a natureza contratual da convenção de arbitragem e, portanto, uma opção voluntária das partes contratantes em afastar a jurisdição estatal e submeter seu litígio à juízes privados. Portanto, a cláusula compromissória é vinculante somente entre as partes que optarem por afastar a jurisdição estatal. De acordo com José de Albuquerque Rocha, tal exigência demonstra “a extrema preocupação do legislador com a certeza e segurança do consentimento das partes, dada a gravidade do compromisso arbitral, enquanto ato impeditivo da competência do juiz estatal” (ROCHA, 1988. p. 56).

O legislador privilegiou a autonomia da vontade das partes na escolha da arbitragem e seu procedimento, restando inócua qualquer tentativa de se trazer à arbitragem, contra a vontade de qualquer das partes ou do terceiro, quem não participou do acerto contratual que originou tal renúncia à jurisdição estatal (Cf. GIUSTI, 2001. p. 249). Apesar disso, presente o consentimento da parte não signatária à convenção arbitral – ainda que de forma tácita – tem-se admitido a extensão da cláusula compromissória. No mesmo sentido, Flávio Pereira Lima e Daniel Calhman Miranda entendem que: “o Direito brasileiro admite que o consentimento ou a manifestação de vontade sejam expressos de forma tácita, demonstrando por outros meios que não a mera assinatura da parte” (LIMA e MIRANDA, 2010).

De acordo com Pedro Batista Martins (2008, p. 78), a cláusula compromissória deve:

> (...) preferencialmente, estar assinada pelas partes contratantes. Entretanto, será válida mesmo se não for aposta a assinatura dos interessados no contrato, bastando para isso que se instrumentalize, de alguma forma, a concordância dos envolvidos. (...) O que é importante é a aceitação do pacto pelas partes. E essa aceitação poderá se dar de outro modo que não, necessariamente, a assinatura dos convenentes. Basta se evidenciar a comunhão de vontades. Ou a sua aquiescência.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Eduardo Secchi Munhoz, ao investigar a compatibilidade da extensão da convenção de arbitragem a uma parte não signatária, sob a égide do Direito brasileiro, conclui pela sua plena possibilidade, pontuando que opinião contrária caracterizaria "desmedido prestígio à forma" (2008, p. 176/178). De igual modo, Ricardo Apragliano (2013, p. 140/152) aduz que:

> 'Ciência e adesão inequívocas' não podem ser interpretadas, porém, como uma exigência de manifestação expressa. Acaso se exigisse sempre e em qualquer circunstância apenas a adesão expressa das partes, o tema da extensão da cláusula compromissória nem se colocaria. Não haveria qualquer extensão, e ponto final. A realidade é, como sempre, muito mais complexa, e exige soluções interpretativas acerca dos problemas não exatamente contemplados na lei.

O entendimento acima exposto não relativiza o princípio da autonomia da vontade, mas busca demonstrar o consenso entre as partes na submissão da controvérsia ao juízo arbitral, ainda que diante da ausência de assinatura das partes. Em verdade, privilegia-se o princípio da autonomia da vontade, pois, investiga-se se houve manifestação de vontade do terceiro não-signatário de algum outro modo.

A cláusula compromissória jamais produzirá efeitos à terceiros completamente estranhos às relações econômicas sob litígio ou, ainda, a quaisquer terceiros envolvidos na lide, mas que não participaram da negociação da cláusula arbitral. Contudo, não há obstáculo para que se estendam sobre ela os efeitos da cláusula compromissória ao terceiro não signatário que atuou ativamente na negociação e/ou na conclusão do contrato sob discussão (Cf. FRAGATA, 2012, p. 256).

A análise sobre a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não-signatários, portanto, deverá ser feita no caso concreto, por força de peculiaridades na atuação, postura, posição ou ação do terceiro frente ao negócio jurídico cujos termos e condições resultaram na disputa arbitral (Cf. MARTINS P., 2008, p. 291/307).

3. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A doutrina e jurisprudência admitem a extensão da cláusula compromissória à terceiros não signatários em diversas situações. Vejamos.

A primeira hipótese em que se discute a extensão da cláusula compromissória ocorre nos contratos coligados, isto é, aqueles que "por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito),

encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca" (MARINO, 2009. p. 99). Para a existência de coligação contratual juridicamente relevante é necessária a existência de mais de um contrato participante de uma relação jurídica única. Os contratos conexos nem sempre são celebrados pelas mesmas partes. Quando apenas um desses contratos possua cláusula compromissória, tem-se admitido a extensão da cláusula compromissória às demais partes do contrato conexo, para discuti-los em um único procedimento arbitral. Em posição mais restritiva, Rodrigo Garcia Fonseca afirma que "Em contratos conexos, as partes devem ter cuidado e atenção redobrados em matérias de cláusulas de resolução de controvérsias. Se pretendem levar tudo à arbitragem, que o deixem expressamente consignado em todas as avenças" (2006. p. 232-233).

A segunda hipótese de extensão dos efeitos da cláusula compromissória ocorre nos casos de desconsideração da personalidade jurídica e grupos econômicos, nos termos do artigo 50, do Código Civil. Dinamarco (2013. p. 100) e Arnoldo Wald (2006, p. 243), por exemplo, entendem que, constatado o abuso de direito ou o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, o árbitro, em princípio, teria jurisdição com relação à parte não signatária. Em sentido contrário, Carlos Alberto Carmona (2009, p. 82/83), entende que, mesmo que o árbitro perceba confusão patrimonial entre sociedades do mesmo grupo econômico, não seria possível a inclusão no procedimento arbitral de sociedade que não tenha celebrado a cláusula compromissória, eis que "a jurisdição do árbitro está naturalmente limitada pela convenção arbitral (objetiva e subjetivamente), de forma que seria inadmissível (e ineficaz) a decisão do árbitro que envolvesse na arbitragem terceiro que não lhe outorgou jurisdição".

Em grupos econômicos, uma teoria com origem nas arbitragens francesas – Teoria do Grupo de Sociedades – determina que a parte não signatária de um contrato pode ser incluída na arbitragem em que se discute a relação contratual da qual não consta a sua assinatura expressa, observadas determinadas circunstâncias, quais sejam: (i) a parte não signatária teve participação ativa durante a negociação do contrato; (ii) a parte não signatária participou da execução do contrato; ou (iii) a parte não signatária é representada no contrato de forma expressa ou implícita (WALD, 2006, p. 243).

A aplicação da Teoria do Grupo de Sociedades é bastante questionada no Brasil, em razão da necessidade de concordância expressa das partes com a convenção de arbitragem exigida pelo artigo 4°, da Lei 9.307/1996. Carlos Alberto

Carmona é categórico ao afastar a possibilidade de extensão da cláusula compromissória para sociedade não signatária membro do mesmo grupo de empresas. De acordo com o referido autor, a renúncia à jurisdição estatal e a escolha da jurisdição arbitral para a solução de conflito contratual exigem o consentimento explícito e inequívoco das partes, ainda que façam parte de um mesmo grupo de sociedades (2009, p. 82/83).

Respeitado o entendimento do autor, entendo pela validade da Teoria do Grupo de Sociedades no direito brasileiro. Afinal, presente o consentimento da parte não signatária à convenção arbitral, mesmo de forma tácita – comprovada mediante a participação na negociação, na execução ou representação –, é possível admitir a extensão da cláusula compromissória a empresas do mesmo grupo econômico.

A terceira hipótese em que se discute a possibilidade de não signatários serem afetadas pelos efeitos de uma convenção arbitral é a transmissão da cláusula compromissória, que ocorre nos casos de sub-rogação, sucessão, cessão de créditos ou em contratos e fusão, cisão ou incorporação de sociedades. Parte da doutrina entende que em razão da natureza jurídica da cláusula compromissória de "obrigação de fazer, com caráter personalíssimo", esta não poderia ser transferida a terceiros (DELGADO, 2004. p. 365). Outra corrente entende pela desnecessidade de verificação do comportamento das partes e sua intenção em vincular-se à cláusula compromissória. Isso porque, durante as negociações ou na execução do contrato, houve manifestação de vontade de se tomar parte do contrato, substituindo a contratante original, ou seja, passando a ocupar a posição da signatária (JABARDO, 2009). O Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada n° 831 reconheceu a ocorrência de transmissão da cláusula compromissória em uma incorporação de empresa, eis que, ao incorporar a empresa signatária da cláusula arbitral, assumiu todos os seus diretos e obrigações, inclusive a cláusula arbitral[2].

Vejamos com maiores detalhes a hipótese de transmissão da cláusula compromissória no caso de sub-rogação da seguradora, objeto principal deste estudo.

[2] SEC nº 831, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 19/11/2007, Corte Especial.

4. CONTRATOS DE SEGURO E SUB-ROGAÇÃO

Pelo contrato de seguro, uma empresa especializada obriga-se para com uma pessoa, mediante contribuição por esta prometida, a lhe pagar certa quantia, se ocorrer o risco previsto (art. 757, Código Civil). O contrato de seguro origina para o segurador, como obrigação principal, a de cobrir o risco, e para o segurado, a de pagar o prêmio.

Para entender o conceito de sub-rogação nos contratos de seguro é necessário considerar a existência de duas relações jurídicas: (i) uma de natureza contratual entre o segurado e a seguradora; e (ii) outra de natureza contratual ou extracontratual, entre o segurado e o terceiro provocador do sinistro.

A indenização paga pela seguradora ao segurado em razão de danos causados pelo terceiro provocador do sinistro não o exime de sua responsabilidade pelo ato ilícito praticado, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil. Apesar disso, não é possível que o segurado receba a indenização por duas vezes – pela seguradora e pelo causador do dano –, sob pena de enriquecimento sem causa. Após indenizar o segurado, compete a seguradora o direito de agir em face do terceiro. Pedro Alvim ressalta que a finalidade da sub-rogação é justamente restabelecer o equilíbrio de prestações que obriga o pagamento da dívida àquele que realmente a deve suportar, ou seja, o terceiro causador do dano (2001, p. 81). Afinal, o direito brasileiro prevê a responsabilidade do causador do dano por seus atos ilícitos, de modo que o adimplemento dessa obrigação pela seguradora não extingue tal obrigação.

Observando o princípio indenitário, o segurado deverá receber exatamente aquilo que perdeu, não podendo lucrar com a obrigação do segurador. Portanto, se o culpado indenizar diretamente o segurado, este “não terá direito à indenização do seguro, porque para isso deverá comprovar seus prejuízos que já foram ressarcidos” (ALVIM P., 2001, p. 81). Considerando que o segurado não pode receber duas vezes, é preferível a indenização do seguro que é mais rápida e não está sujeita ao ônus da ação judicial contra o terceiro responsável.

Parte da doutrina critica a sub-rogação tal como havida em seguro de dano, por entender que se configuraria *bis in idem* o recebimento, pelo segurador, do prêmio pago ao segurado cumulado à sub-rogação nos direitos e ações contra o autor do dano (cf. CASES, 2003. p. 276). Não há razão para tal crítica, pois o valor pago ao segurador a título de prêmio é contraprestação pela garantia do risco assegurado, independentemente da ocorrência ou não do sinistro, enquanto que a indenização

paga pelo causador do dano decorre unicamente da ocorrência do ato ilícito. Nesse sentido, ao pagar o prêmio, o segurado tem a garantia de recebimento imediato da quantia assegurada, não dependendo do ajuizamento de ação contra o causador do dano, cuja legitimidade será transferida à seguradora.

De acordo com João Marcos Brito Martins (2003, p. 110/111), tal discussão está ultrapassada, sendo pacífico o entendimento de que:

> O segurador, ao sub-rogar-se nos direitos e ações que competirem ao segurado, em realidade está obrando no sentido de beneficiar todo o grupo segurado. Os valores recuperados de terceiros, em função de terem causado danos ao segurado, em realidade voltarão ao cálculo atuarial com o sinal negativo na contagem dos prejuízos que norteiam a composição e aferição do prêmio estatístico. É um justificado reforço ao princípio do mutualismo. Ademais, é medida preventiva no sentido de não espalhar a irresponsabilidade no seio da sociedade. Qualquer um que causasse dano a outrem, estando este coberto por apólice de seguro, se acharia no direito de não pagar o prejuízo pela existência de contrato de seguros. É fácil imaginar as consequências maléficas para a sociedade.

Deve-se, portanto, privilegiar a sub-rogação da seguradora. O Código Civil de 1916 não previa a sub-rogação especificamente para a seguradora, mas apenas genericamente, no artigo 931, ao terceiro não interessado, que paga a dívida de outrem em seu próprio nome. Ao comentar o instituto, Clóvis Bevilaqua (1917. p. 144), conceitua a sub-rogação como a transferência dos direitos do credor para aquele que solveu a obrigação, que se extingue em relação ao credor originário, mas subsiste para o devedor, que passa a ter como credor aquele que solveu a obrigação. Ainda, de acordo com Domingos Afonso Kriger Filho (2000. p. 72), “Em acepção ampla, sub-rogar é colocar uma coisa ou pessoa no lugar de outra, sendo, portanto, duas as formas em que a mesma pode se manifestar: real e pessoal”.

A sub-rogação pode ser convencionada ou ocorrer por força de lei. A sub-rogação decorrente de contrato de seguro é típica hipótese de sub-rogação do tipo pessoal que decorre de força da lei. Com efeito, o artigo 786, do Código Civil, autoriza ao segurador buscar o seu direito de regresso ao pagar o segurado pelo dano causado por terceiro, de modo que o segurador passa “a ocupar a posição jurídica do segurado” (GODOY, 2013. p.790) no que se refere aos direitos e ação que este tinha contra o causador do dano.

Para a seguradora ser ressarcida dos danos sofridos pelo segurado não basta apenas demonstrar sua qualidade de sub-rogada, em razão da comprovação do pagamento do prêmio, mas também deverá provar a culpa do terceiro no evento, para

existir a obrigação de indenizar, conforme artigo 186, do Código Civil, salvo no caso de responsabilidade civil objetiva. Isso porque a ação a que se sub-roga o segurador constitui-se naquele mesmo direito abstrato à prestação jurisdicional a que teria direito o segurado, caso não tivesse contratado o seguro, no sentido de fazer prevalecer a sua pretensão em relação ao causador do dano de condenação no ressarcimento do prejuízo que sofreu.

A sub-rogação opera sob o princípio do direito civil *acessorium sequitur suum principale* (o acessório segue o principal). Apesar disso, as relações de direito material não se confundem, pois a origem do direito de regresso é o contrato de seguro, enquanto o direito da segurada de ressarcimento resulta do descumprimento do contrato principal. Ou seja, o direito material da seguradora, que legitima a ação regressiva, decorre do contrato de seguro e do risco assumido, enquanto o fundamento da ação a ser proposta pelo segurado é o ato ilícito do causador do dano. Por essa razão, a seguradora só tem ação regressiva até o limite previsto no contrato, enquanto o ressarcimento dos danos sofridos pelo segurado persiste até o limite da reparação integral dos prejuízos.

5. A SUB-ROGAÇÃO DAS SEGURADORAS E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Partindo das premissas expostas acima, a sub-rogação do segurador nos direitos e ações do segurado contra o autor do dano, previsto legalmente no artigo 786, do Código Civil, pode autorizar a extensão subjetiva da cláusula compromissória, permitindo que a seguradora instaure procedimento arbitral contra o terceiro causador do dano. Imperioso diferenciar (i) a vinculação à cláusula compromissória daquele que pactuou a obrigação original e, portanto, está submetido de forma automática a resolver as controvérsias oriunda daquele instrumento por meio da arbitragem; e (ii) a posição da seguradora, que interveio no processo posteriormente. Vejamos.

Em primeiro lugar, a vinculação da seguradora à cláusula compromissória depende da conclusão de que o direito de regresso é baseado no ato ilícito do causador do dano no cumprimento de suas obrigações contratuais. O ato ilícito do terceiro sem qualquer relação com o contrato em que foi inserida a cláusula compromissória não autoriza a sub-rogação. Apenas se o ato do causador do dano decorrer de descumprimento contratual pode-se falar em sub-rogação de suas cláusulas, incluindo a cláusula compromissória.

Em segundo lugar, mesmo se tratando de conflito relacionado ao contrato na qual a cláusula compromissória foi instituída, não se pode impor, automaticamente, a sua eficácia contra quem não manifestou a vontade de aderir a essa forma de solução de conflito. Afinal, a arbitragem é meio voluntário de solução de conflitos, enquanto a sub-rogação da seguradora é unicamente decorrente de lei. Isso não significa que a seguradora nunca estará vinculada à cláusula compromissória estabelecida no contrato de seguro, pois, como visto, a ideia de autonomia da vontade está relacionada à vontade real ou psicológica dos sujeitos, e não como a vontade manifestada expressamente.

Na análise da vontade real ou psicológica dos sujeitos, os árbitros devem primeiro indagar às partes, incluindo a seguradora, se concordam com a participação da não signatária no procedimento arbitral. Ante a manifestação contrária das partes, o Tribunal Arbitral deve analisar a existência de elementos, no caso concreto, que demonstrem a vontade da seguradora em vincular-se à cláusula compromissória. Nesse sentido, confiram-se os ensinamentos de Selma Lemes (2010 p. 56/69):

> A princípio, se a seguradora não firmou a cláusula compromissória, ela não está vinculada, não obstante a existência dos reflexos da eventual decisão arbitral, haja vista o contrato de seguro do bem sinistrado. Entendemos, portanto, que a participação da seguradora em casos como este deveria ser consensual, salvo se existirem elementos convincentes e que propendam para a efetividade da decisão a ser proferida e que levariam os árbitros a decidir pela admissão da seguradora no processo arbitral.

Em outras palavras, a sub-rogação autorizada no art. 786 do Código Civil não é elemento que, por si só, vincula a seguradora à cláusula arbitral. A questão deve ser analisada à luz do princípio da autonomia da vontade. Deve-se verificar a real intenção das partes, isto é, o que os sujeitos buscavam no momento da celebração do negócio.

Se a seguradora, por exemplo, tomou a iniciativa de instituir a arbitragem, ela terá manifestado expressamente sua vontade em aderir a convenção de arbitragem. Nesse caso, não cabe ao causador do dano, que assinou a cláusula compromissória, alegar ausência de jurisdição do tribunal arbitral. Afinal, a sub-rogação da seguradora constitui uma vantagem para facilitar o ressarcimento do dano à seguradora, e não pode constituir empecilho à tal direito. O parágrafo 2º do artigo 786, do Código Civil, dispõe sobre a ineficácia de qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos de sub-rogação da seguradora.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

A situação se torna mais complexa se a seguradora não reconhecer a validade da cláusula compromissória e ajuizar ação regressiva na justiça brasileira estatal. Nesse caso, o magistrado deverá, primeiro, verificar o grau de participação da seguradora durante a fase de negociação, execução ou término do contrato sub-rogado.

Aliás, esse entendimento foi adotado pela Terceira e Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça[3]. Consoante o entendimento da Corte Superior "deve ser afastada a submissão à cláusula arbitral como efeito direto e automático da sub-rogação legal, haja vista ser possível a existência de sub-rogação convencional ou, ao menos, a consideração da referida cláusula no risco a ser garantido nos casos de seguro-garantia, ainda que de forma implícita". Concluem, assim, que "a despeito de a sub-rogação legal em favor da seguradora não importar transmissão automática de cláusula compromissória, a ciência prévia da seguradora a respeito de sua existência no contrato objeto de seguro garantia resulta na submissão à jurisdição arbitral vontade real ou psicológica dos sujeitos".

O contrato de seguro, em regra, é um contrato de adesão, uma vez que após o recebimento da proposta de seguro, quando existente, as apólices são simplesmente emitidas pelas seguradoras. No entanto, não é razoável adotar como premissa o fato de que todos os contratos de seguros são dessa natureza. Em verdade, é possível que as partes envolvidas tenham efetivamente negociado sobre as cláusulas celebradas nos contratos de seguro e no contrato sub-rogado de forma conjunta. Sobretudo em contratos de seguro relacionados à grandes empreendimentos é comum que a seguradora participe da negociação do contrato segurado, muitas vezes até sugerindo a inclusão de uma cláusula compromissória.

Nesse caso, ainda que a seguradora não tenha assinado expressamente o contrato segurado, a sua ciência acerca da exigência de solução de conflitos por meio da arbitragem autoriza a extensão dos efeitos da cláusula à seguradora sub-rogada. Ora, se o seguro está diretamente relacionado ao cumprimento das obrigações contratuais, é possível a anuência tácita da seguradora com as cláusulas contratuais estabelecidas entre as partes do contrato, incluindo-se a cláusula compromissória, no

[3] REsp n. 2.074.780/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 22/8/2023, Terceira Turma; REsp n. 1.988.894/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 09/5/2023, Quarta Turma.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

momento da contratação do seguro, suprindo, desse modo, o seu consentimento expresso.

Portanto, os tribunais devem verificar se existem provas de que a cláusula compromissória foi submetida à análise da seguradora ou que, de qualquer outro modo, a seguradora tenha tomado conhecimento e anuído com a celebração da cláusula compromissória, em analogia à Teoria do Grupo de Sociedades vista acima.

O Superior Tribunal de Justiça[4] também já reconheceu a transmissão da cláusula compromissória à seguradora sub-rogada, pois demonstrado que a cláusula compromissória assumida pela segurada foi submetida à análise da seguradora, demonstrando o seu conhecimento e participação no negócio. O acórdão concluiu ser "praxe de contratos de transporte internacional que conste a cláusula compromissória arbitral, fazendo parte, portanto, do risco calculado da seguradora, em casos deste jaez, sendo certo ainda que, na espécie, tinha a ora recorrente (seguradora) conhecimento de referida estipulação, o que legitima ser-lhe oponível aquela cláusula".

Outro fator de identificação da presença da real manifestação de vontade da seguradora em vincular-se a cláusula compromissória é a análise do momento da celebração do contrato de seguro, se antes ou depois da celebração do contrato sub-rogado. Se o contrato de seguro tiver sido celebrado antes do contrato sub-rogado, não parece possível que a seguradora tivesse conhecimento da cláusula arbitral, salvo se o contrato sub-rogado já estivesse em fase de negociação e a seguradora estivesse participando de tais negociações.[5]

Uma situação relevante ocorre quando o contrato de seguro tem cláusula compromissória idêntica à do contrato sub-rogado. Nesse caso é possível afirmar que se trata de uma relação jurídica única entre as partes, permitindo que o conflito entre o segurado e o causador do dano seja resolvido conjuntamente ao conflito entre a seguradora e o causador do dano. Ainda que a seguradora não tenha assinado a mesma cláusula arbitral que o causador do dano, a seguradora efetivamente assinou

[4] AgInt no REsp n. 1.637.167/SP, relator Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento 26/2/2024, Quarta Turma.

[5] O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já reconheceu que o fato do contrato de seguro ter sido celebrado em momento anterior à celebração do contrato entre a segurada e a causadora do dano seria indício de que as seguradoras desconheciam os termos da cláusula arbitral quando da celebração do seguro, de modo que não poderiam estar a ela vinculados. (Agravo De Instrumento N° 1.257.807-7, Des. Rel. Gomes Correa, Data de Julgamento: 11/08/2004, Quarta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil).

uma convenção de arbitragem conexa, renunciando a jurisdição estatal. Nesse caso, ocorre a possibilidade de consolidação dos procedimentos arbitrais, com a formação de um litisconsórcio ativo entre a seguradora e o segurado contra o causador do dano.

Por fim, é possível que o próprio contrato de seguro coloque em suas cláusulas a obrigação de incluir cláusula compromissória no contrato segurado. Nesse caso, também é possível constatar que a seguradora estava de acordo com a resolução dos eventuais conflitos decorrentes do contrato, pela via arbitral, uma vez que esta foi uma imposição dela própria.

6. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, a aplicação da arbitragem pressupõe a manifestação de vontade das partes, de modo a impedir a vinculação de terceiro que não participou daquele ajuste. Embora a seguradora não esteja automaticamente vinculada à cláusula arbitral sub-rogada que não assinou expressamente, é possível verificar, no caso concreto, a existência de indícios que demonstrem a sua real e psicológica intenção em celebrar a cláusula compromissória, sendo possível ao tribunal arbitral entender pela sua vinculação caso existem elementos convincentes nesse sentido.

Verificou-se que, embora o legislador tenha privilegiado a autonomia da vontade das partes na escolha da arbitragem, tal princípio está relacionado com a vontade real ou psicológica dos sujeitos, sendo necessário analisar no caso concreto a presença de determinados elementos: (i) se a seguradora tomou a iniciativa de instituir a arbitragem; (ii) a participação da seguradora durante a fase de negociação, execução ou término do contrato sub-rogado; (iii) verificar o momento da celebração do contrato de seguro, se antes ou depois da celebração do contrato sub-rogado; (iv) se no contrato de seguro havia cláusula compromissória idêntica à do contrato sub-rogado; (v) se no contrato de seguro havia cláusula impondo ao segurado a obrigação de incluir cláusula compromissória no contrato sub-rogado.

A relevância da vinculação da seguradora sub-rogada à cláusula compromissória, celebrada entre o segurado e o terceiro causador do sinistro, nos casos em que seja possível aferir sua real intenção em submeter-se à arbitragem, está na simplificação do processo e na facilitação do recebimento dos valores pela seguradora, permitindo a análise do caso em apenas um procedimento, realizado de maneira muito mais rápida e eficaz, com apenas uma fase de produção de provas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira, “Intervenção de Terceiros na Arbitragem” in MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coords.). Reflexões sobre a arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 272.

ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 547 p.

APRIGLIANO, Ricardo. “Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário” in Revista do Advogado, vol. 119, abr/2013. p. 140/152.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. p. 144

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei 9307/96. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. 571 p.

CASES, José Maria Trepat. Código civil comentado: arts. 693 a 817 - Várias espécies de contrato. Comissão. Agência e distribuição. Corretagem. Transporte. Seguro. Constituição de renda. Jogo e aposta, vol. 8. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo São Paulo: Atlas, 2003.

DELGADO, José Augusto. Comentários ao novo código civil. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.11 t. 1 - arts. 757 a 802 - Das várias espécies de contrato. Do seguro.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013. 304 p.

FRAGATA, Otavio, “Os litígios sociais e a arbitragem” in PINTO, Ana Luiza e SKITNEVSKY, Karin (coords.). Arbitragem nacional e internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FREITAS, José Lebre. “Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral” in Revista de Processo, vol. 209/2012, Jul/2012. p. 433/449.

FONSECA, Rodrigo Garcia, “Contratos Conexos. Contrato de Arrendamento, Seguro-garantia. Cláusula compromissória inserida apenas no contrato principal. Silêncio da apólice. Convenção de Arbitragem restrita à relação jurídica de arrendamento, não se estendendo ao seguro-garantia” in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 10, 2006. p. 232-233.

GIUSTI, Gilberto. DALMASO MARQUES, Ricardo. FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão, coord. Arbitragem internacional: unidroit, CISG e direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2001. 370p.

GIUSTI, Gilberto, “A Arbitragem e as Partes na Arbitragem Internacional” in Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, vol. 2/2014, Set/2014, p. 493/508.

GODOY, Claúdio Luiz Bueno, in PELUSO, Cesar (coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. Barueri,SP: Manole, 2013.

HADDAD, Marcelo Mansur, “A Arbitragem e os Terceiros nas Relações Securitária” in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41, Abr-Jun/2014, p. 205/233.

JABARDO, Cristina Saiz, “Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários”, 2009, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. O contrato de seguro no direito brasileiro. Niterói: Labor Juris, 2000. 258 p.

LIMA, Flávio Pereira e MIRANDA, Daniel Calhman. “A extensão da Cláusula Compromissória a partes não signatárias no direito brasileiro” in: LIMA, Flávio Pereira; Eduardo Secchi Munhoz. (coord). Arbitragem no Brasil. São Paulo: Impressão Régia, 2010, vol. I, pp. 13/25.

LEMES, Selma Maria Ferreira. “Arbitragem e Seguro” in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 7, Out-Dez/2010. p. 56/69.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos coligados no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. 246p.

MARTINS, João Marcos Brito. O contrato de seguro: comentado conforme as disposições do novo Código Civil: lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. 170p.

MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 447 p.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

MUNHOZ, Eduardo Secchi, “Arbitragem e grupos de sociedades” in VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 176/178.

ROCHA, José de Albuquerque. A lei de arbitragem: lei 9307, de 23.09.96: uma avaliação crítica. São Paulo: Malheiros, 1988. 162 p.

THEODORO JR, Humberto. “Arbitragem e Terceiros – Litisconsórcio fora do Pacto Arbitral – outras intervenções de terceiros.” in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 14, 2001. p. 357.

WALD, Arnoldo. “Caso Trelleborg” in Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 10. São Paulo: RT, 2006, p. 243.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

O UTILITARISMO, O IMPERATIVO CATEGÓRICO E A DIGNIDADE HUMANA COMO PONTOS DE PARTIDA PARA DECISÕES JUDICIAIS

UTILITARIANISM, CATEGORICAL IMPERATIVE, AND THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AS STARTING POINTS FOR JUDICIAL DECISIONS

Rafael Costa Ribeiro[1]

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar de que formas a filosofia do direito, e em especial o utilitarismo, o imperativo categórico e a dignidade humana no pensamento de Kant, podem auxiliar o magistrado em decisões de natureza complexa. Primeiramente, serão conceituados e explicados os pensamentos filosóficos. Posteriormente, será analisada sua aplicação em algumas decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Utilitarismo. Imperativo Categórico. Dignidade Humana. Decisões Judiciais.

Abstract: This study intends to present in which forms the law's philosophy, and specially the utilitarianism, the categorical imperative, and the dignity of the human person can help the judges in hard decisions. Initially, the study intends to explain the philosophic thought, and then analyse its aplications on some brazilian supreme court's decisions.

Keywords: Utilitarianism. Categorical Imperative. Dignity of the human person. Judicial decisions.

1. INTRODUÇÃO

É sabido que o magistrado, ao debruçar-se sobre determinados casos concretos que a ele são trazidos, muitas vezes é instado a proferir decisões difíceis, que demandam profunda análise sobre o caso e as consequências decorrentes de sua atividade.

A filosofia do direito pode ser instrumento de extrema valia, auxiliando o magistrado no proferimento de decisões justas e equânimes, gerando benefícios tanto endoprocessuais, quanto exoprocessuais.

Neste artigo, trataremos sobre as contribuições de Kant, Bentham e Stuart Mill neste contexto.

[1] Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

2. KANT: O IMPERATIVO CATEGÓRICO E A DIGNIDADE HUMANA

Immanuel Kant é um importante pensador do direito, tratando sobre diversos temas, como os imperativos categórico e hipotético, a defesa da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

O filósofo viveu na Alemanha do século XVIII, e foi um dos principais pensadores de sua época. Suas principais obras, entre outras, são a "Crítica da Razão Prática" (1788) e a "Metafísica dos Costumes" (1797).

Vicente Barretto assim dispõe acerca da importância do pensamento de Kant na modernidade:

> A filosofia kantiana, ao libertar-se da tradição metafísica, estabeleceu os princípios filosóficos da Modernidade.
> [...]
> A revolução kantiana, do ponto de vista moral e político, consistiu, assim, em reconhecer que os problemas centrais da filosofia – os problemas clássicos da metafísica, as provas da existência de Deus e a fundamentação da moral – não encontravam respostas adequadas na tradição filosófica. O filósofo escocês David Hume (1711 – 1776), juntamente com Jean- Jacques Rosseau (1712 – 1778), foram os dois pensadores que tiveram influência determinante no pensamento filosófico e moral de Kant. O pensamento de Hume serviu para a sua incursão no campo da filosofia teórica, tendo sido, como reconhecia Kant, responsável, em suas palavras, por tê-lo "acordado do sono dogmático e dado uma nova direção nas minhas investigações no campo da filosofia especulativa". Rousseau, cujo retrato era a única decoração do escritório de Kant, foi marcante no campo da filosofia prática (BARRETTO, 2013, p. 41).

Nesta obra, trataremos da contribuição de Kant especificamente para o âmbito do Direito e da Moral.

Ao tratarmos deste autor, é necessário trazermos considerações acerca de seus "imperativos".

O "imperativo" é uma fórmula que determina comportamentos humanos, contendo em seu núcleo o verbo "dever". Eles determinam quais ações que são necessárias, pelos indivíduos (NASCIMENTO, 2022, p.76).

Segundo Kant, na "Fundamentação da Metafísica dos Costumes":

> A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para uma vontade chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se Imperativo. Todos os imperativos se exprimem pelo verbo dever (sollen), e mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjetiva não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação) (KANT, 1984, p. 124).

O autor divide os imperativos em três espécies: os de destreza, os hipotéticos e os categóricos.

Os imperativos hipotéticos descrevem ações necessárias para o atingimento de um determinado fim. Ela não tem valor em sentido absoluto, mas apenas para o atingimento deste fim. É uma regra que se dirige para a obtenção de um fim.

Quem dirige dentro da velocidade por receio de receber uma multa, por exemplo, age com base no imperativo hipotético. O fim determinante do ato de dirigir dentro da velocidade é o de não receber a multa.

Os imperativos categóricos (ou morais), por sua vez, prescrevem uma ação que possui valor por si só. Uma ação que deve ser analisada de per si. Deve ser cumprida tão somente por ser ela mesma boa. Trata-se de um dever ético.

Enquanto no imperativo hipotético um agente faz determinada coisa para atingir certo fim, os imperativos categóricos podem ser explicados em uma fórmula: “atua de tal modo que a máxima de teus atos possa valer como princípio de uma legislação universal” (NADER, 2012, p. 185). Ou seja, o indivíduo deverá agir da forma como gostaria que todos os indivíduos agissem, vez que todas as ações individuais têm consequências para toda o conjunto da sociedade. O imperativo categórico comanda, portanto, incondicionalmente (KANT, 2009).

Segundo Kant:

> Os imperativos são apenas fórmulas para exprimir a relação entre leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva deste ou daquele ser racional, da vontade humana, por exemplo. Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética, ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Como toda a lei prática representa uma ação possível como boa e por isso como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são fórmulas da determinação da ação que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético; se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico (KANT, 1984, p. 124).

Segundo Bielefeldt, há também uma demanda de respeito a dignidade humana, devendo o indivíduo agir de forma que veja humanidade em si e em todas as pessoas, como finalidade de uma ação, nunca como meio (BIELEFELD, 2000, p. 81).

Os imperativos de destreza ou habilidade, por sua vez, estão vinculados apenas a uma visão pragmática de ação. Não há análise sobre o conteúdo da vontade. Um exemplo é o médico que diz que para que se cure doença, deve se tomar determinado remédio. É de natureza técnica. Demanda alguma habilidade.

A habilidade está relacionada com os imperativos de destreza, a prudência com os imperativos hipotéticos, e a moral com os imperativos categóricos.

Para Kant, o direito é composto por imperativos hipotéticos, enquanto a moral é composta por imperativos categóricos.

Ademais, para Kant, a liberdade é o fundamento do direito. As liberdades, no entanto, podem entrar em choque, entre si, revelando aí os limites do direito. Kant é um autor, portanto, do estado liberal (NASCIMENTO, 2022, p. 78).

No campo de dignidade humana Kant possui papel de enorme relevância. A dignidade humana é até hoje baseada nos imperativos categóricos de Kant: “atua de tal modo que a máxima de teus atos possa valer como princípio de uma legislação universal”.

Segundo Kant, todas as coisas têm preço ou dignidade. O que tem preço pode ser substituído por algo semelhante, ou equivalente. O que tem dignidade se acha acima de qualquer preço, não admitindo qualquer equivalência (KANT, 2011, p. 65).

Não há como, portanto, se fazer um sopesamento de dignidades. Elas são absolutas. Não admitem sopesamentos.

A pessoa humana, para Kant, é valorizada tão somente por assim ser. Cada sujeito é um fim, e nunca um meio. Sua dignidade não pode ser suprimida pelo grupo.

Segundo Kant:

> (...) afirmar a própria dignidade como um ser humano em relação aos outros, um dever expresso pelas palavras: “Não faças de ti mesmo apenas um meio para os outros, mas sejas simultaneamente um fim para eles” (KANT, 2003, p. 82).

Para Alexandre dos Santos Cunha:

> A concepção kantiana a respeito da dignidade é essencial à atribuição de significado jurídico ao termo e, logicamente, para a determinação do sentido do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática,

> os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível (CUNHA, 2002, p. 85).

O ser humano deve agir somente para usar a humanidade, em sua própria pessoa como na pessoa de qualquer outro, nunca meramente como um meio, mas ao mesmo tempo como um fim (KANT, 2008, p. 305). O ser humano tem valor absoluto, na lógica kantiana.

3. O UTILITARISMO

O pensamento utilitarista primeiramente foi tratado por Jeremy Bentham, filósofo inglês que viveu também no Século XVIII, e posteriormente, já no século XIX, pelo pensador inglês John Stuart Mill.

Nesta obra, traremos as nuanças do pensamento de ambos os utilitaristas.

3.1. O utilitarismo no pensamento de Jeremy Bentham

Bentham buscou explicar os comportamentos humanos enquanto “corretos”, “errados”, “justificáveis”, e “injustificáveis”.

Para o filósofo inglês, a resposta virá da análise das ações à luz do chamado “princípio da utilidade”, qual seja, a quantidade de prazer e dor que as ações provocam no indivíduo, e o número de indivíduos atingidos (NASCIMENTO, 2022, p. 84).

Útil, portanto, é o comportamento que gera benefício para o maior número de pessoas possíveis.

As ações devem se pautar pela busca pela felicidade, pelo bem, pelo prazer, da maior quantidade de pessoas possível, e ao mesmo tempo, pela maior redução possível do desprazer.

Segundo o próprio autor:

> Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade (BENTHAM, 1974, p. 10).

Neste sentido, a lei, para Bentham, é forma de realizar este bem comum. Bentham entende que as codificações são importantes, como forma de garantir o maior cumprimento das normas (NASCIMENTO, 2022, p. 84).

> O princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes de governo (BENTHAM, 1974, p. 9).

As punições, para Bentham, seriam necessários mecanismos para estimular os indivíduos a se comportarem de maneira benéfica ao corpo social.

3.2. O utilitarismo no pensamento de Stuart Mill

John Stuart Mill promove algumas alterações no conceito de utilitarismo preconizado por Jeremy Bentham. Rejeitando a fórmula matemática de Bentham, Mill coloca a liberdade no centro de seus pensamentos sobre a filosofia utilitarista (NASCIMENTO, 2022, p. 85).

Stuart Mill discorda de Bentham no que diz respeito ao simples cálculo matemático de montantes de prazer e dor. O filósofo do século XIX vai além.

Diferentemente de Bentham, Stuart Mill trata dos prazeres em uma escala: há prazeres superiores, que devem ser buscados. A liberdade, por exemplo, seria algo a ser buscado como valor superior. Os prazeres, portanto, teriam diferentes qualidades.

Michael Sandel diz que Stuart Mill salva o utilitarismo da redução a um cálculo de prazer e dor:

> Mill salva o utilitarismo da acusação de que ele reduz tudo a um cálculo primitivo de prazer e dor, mas consegue apenas invocando um ideal moral da dignidade e da personalidade humana independente da própria utilidade (SANDEL, 2011, p. 66).

Mill, colocando a liberdade como valor de alta relevância, entende que as pessoas deveriam ser livres para fazerem o que quiserem, desde que não prejudicassem a liberdade das demais.

Há, portanto, em Mill, um utilitarismo contra majoritário. Mill foi importante autor, portanto, no que tange as discussões da descriminalização da homossexualidade, ou nos debates quanto ao consumo de drogas (NASCIMENTO, 2022, p. 85).

Em resumo, para Bentham o utilitarismo era uma questão de busca quantitativa da felicidade: aumentar a felicidade da maior quantidade de indivíduos ao custo do sacrifício da felicidade da menor quantidade possível. O cálculo é de buscar a maior quantidade de prazeres possível e a menor quantidade de dor possível.

Para Mill, a escala de prazeres é qualitativa: há os mais elevados, que devem ser buscados. Há qualidades diferentes de prazeres.

4. O UTILITARISMO, O IMPERATIVO CATEGÓRICO E A DIGNIDADE HUMANA COMO PONTOS DE PARTIDA PARA DECISÕES JUDICIAIS

Conforme analisado, para Kant, todas as pessoas devem ser tratadas de forma igualmente digna. Não há como se condicionar a dignidade. A dignidade tem valor absoluto.

Por sua vez, o pensamento utilitário benthamiano entende serem possíveis certos sacrifícios individuais para atingimento do bem da coletividade, se opondo frontalmente a ideia de dignidade kantiana.

Enquanto no utilitarismo benthamiano deve se pensar no benefício da maior quantidade de pessoas possíveis, na lógica kantiana a dignidade prevalece independentemente da quantidade de pessoas beneficiadas. Há um valor absoluto da dignidade.

> Ao rejeitar o utilitarismo, entende Kant que o fato de uma coisa proporcionar prazer para alguém não é suficiente para ser considerado justo.
> (...)
> O valor moral de uma ação não pode residir em suas consequências, mas na intenção com a qual é realizada (LORDELO, 2023, 362).

Tal conflito de ideias é de enorme relevância no direito, e pode ser utilizado, por exemplo, como forma de orientação do magistrado em demandas que pleiteiam a concessão de medicamentos custosos, em pacientes cuja vida encontra-se em risco.

Na lógica kantiana, a dignidade imporia a necessidade de conceder este medicamento, afinal, a dignidade é valor absoluto, inegociável. Para a lógica utilitária, por sua vez, não, uma vez que o valor deste medicamento, que beneficiará tão somente a um indivíduo, poderá prejudicar um montante incontável de pessoas, diante da alocação de muitos recursos na resolução de apenas um problema.

Um caso específico em que se é possível imaginar o embate entre tais escolas filosóficas é o caso da Suspensão de Tutela Provisória 803, de relatoria do Min. Luiz Fux, no Supremo Tribunal Federal.

A demanda envolvia o fornecimento do medicamento “Zolgensma” a uma criança portadora de Amiotrofia Muscular Espinhal do Tipo 2.

Tal medicamento é conhecido como o remédio mais caro do mundo.

O Ministro afirmou que na complexa ponderação entre argumentos de ordem financeira e a concretização do direito ao acesso à saúde, não se pode desconsiderar a relevância do direito à vida. Houve concessão, portanto, do medicamento.

Veja-se que, analisando o caso sob as explicações supra, é possível dizer que a decisão adotada pelo ministro pode ser explicada pela preponderância da ideia kantiana de dignidade humana como valor absoluto.

Certo de que a alocação de recursos escassos para resolução de um caso gera deslocação de recursos de outros casos, a decisão, com toda certeza, não se adequa aos paradigmas utilitaristas benthamianos.

Atente-se que aqui não há qualquer pretensão de discutir o acerto ou não da decisão do Exmo. Ministro da Suprema Corte, mas tão somente relacioná-la aos pensamentos estudados.

No Habeas Corpus nº 126.292/SP, discutiu-se a constitucionalidade da execução provisória de acórdão penal confirmatório proferido pelo Tribunal de segunda instância quando encerrada sua jurisdição, ainda que houvesse possibilidade de recursos às instâncias superiores, e mesmo que não existentes os requisitos da prisão cautelar.

No voto do Min. Teori Zavascki, à época, houve adoção de argumentos utilitaristas, no sentido de que seria muito baixa a probabilidade de provimento de recurso nas instâncias superiores. Segundo o voto do Ministro, um relatório da época trazia a informação de que um dos Ministros da corte somente teria dado provimento a 4% dos apelos por ele julgados. Isto foi utilizado, então, como um dos argumentos para justificar a execução provisória da pena após o encerramento da jurisdição do tribunal de segunda instância.

No argumento, portanto, não houve pensamento nos direitos daqueles que poderiam estar entre os 4%.

No caso, vê-se a preponderância de argumentos utilitaristas sobre a visão kantiana da dignidade humana.

5. CONCLUSÃO

A filosofia do direito, portanto, como demonstrado, pode ser importante ferramenta para o magistrado quando da análise de casos complexos.

A filosofia kantiana, bem como o pensamento utilitarista, estão entre aquelas que melhor podem prestar este auxílio, de forma a conduzir o magistrado para a melhor decisão possível ao caso concreto que a ele se apresenta.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo. Editora Abril. 1974.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Seleção de textos Marilena de Souza Chauí; trad. Paulo Quintela, Tania Maria Bernkopf, Rubens Rodrigues filho. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Editora Edipro, 2003.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Editora Edipro, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

KANT, I. **A fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2011.

LORDELO, João Paulo. **Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

NASCIMENTO, Filippe Augusto dos Santos. **Manual de Humanística – Introdução às Ciências Humanas e à Teoria do Direito para Carreiras Jurídicas**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloísa Martins e Maria A. Máximo. 4. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2011.

A NECESSIDADE DE *STANDARDS* NA MODULAÇÃO DE EFEITOS NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES[1]

THE NEED FOR STANDARDS IN MODULATING EFFECTS IN OVERCOMING PRECEDENTS

Yasmin Cristina Augusto de Souza[2]

Resumo: O presente trabalho visa compreender como funciona a modulação de efeitos no âmbito da superação dos precedentes e a forma pela qual essa modulação poderá ser utilizada tendo a segurança jurídica como o principal fundamento. Para tanto, irá identificar o que é um precedente, assim como entender os principais aspectos do *overruling* e da modulação de efeitos e, por fim, identificar os critérios (standards) a serem observados para que a modulação de efeitos ocorra de modo a concretizar a segurança jurídica, realizando um paralelo com o Recurso Especial 1.813.684/SP.

Palavras-Chave: Processo Civil; Modulação de efeitos; Superação (*overruling*); Precedentes; *Standards*.

Abstract: The present study aims to analyze how the technique of modulation of the effects of the legal decisions works regarding the overcoming of precedents and how this modulation can use legal certainty as its main foundation. To do so, it will identify what a precedent is, as well as understand the main aspects regarding overruling and modulation, and finally, identify the standards to be observed for the modulation of the effects to occur in order to achieve legal certainty, drawing a parallel with Special Appeal 1.813.684/SP.

Keywords: Civil Procedure; Effect Modulation; Overruling; Precedents; Standards.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15), apesar de estar em vigor desde 16 de março de 2016, ainda possui institutos que merecem atenção especial em razão da atualidade e relevância dos seus temas.

Nesse ponto, uma das principais inovações foi a valorização dos precedentes, considerada uma decorrência do ingresso dos institutos da *commom law* num país eminentemente de *civil law*.

Como se sabe, os textos legislativos, para se tornarem normas jurídicas, passam por um processo de interpretação pelos operadores do Direito. Não basta a

[1] Artigo proveniente de adaptação de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) de Pós-Graduação.

[2] Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Especialista em Direito e Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). Advogada e residente jurídica da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro. E-mail: yasmin.augusto7@gmail.com

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

existência de um texto legal por si só. Para que ele se torne uma norma jurídica, é necessário que alguém extraia sentido mediante o ato de interpretá-lo.

Dessa forma, é imperioso reconhecer a atividade judicante como criadora de normas jurídicas, especialmente quando tratamos dos precedentes. Identificar o que é ou não um precedente, assim como estabelecer as premissas para a sua formação, são as principais tarefas da doutrina processual na atualidade.

Além disso, a atividade dos Tribunais na veiculação de precedentes judiciais – especialmente os vinculantes – cria expectativas de comportamento para os jurisdicionados, permitindo que as pessoas planejem suas condutas com base nas normas jurídicas veiculadas por meio dos precedentes.

Quando temos a superação de um precedente judicial – denominado *overruling* –, pode-se afirmar que há uma quebra dessa expectativa, sendo essencial compreender os efeitos que esse fenômeno gera em relação ao ordenamento jurídico, visto que essa alteração, em regra, possui caráter retroativo, exceto se ocorrer a modulação.

Nesse aspecto, a modulação de efeitos de uma decisão judicial é um instituto já conhecido no Brasil, visto que foi introduzido no âmbito dos processos de cunho objetivo pelos art. 27, da Lei nº 9.868/99 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e art. 11, da Lei nº 9.882/99 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Contudo, com o art. 927, §3º, do Código de Processo Civil, a sua abrangência foi ampliada, positivando-se o cabimento de modulação de efeitos na hipótese de *overruling*.

Em outras palavras, admitiu-se que a modulação de efeitos não ficasse restrita apenas às ações de processo objetivo (ADI, ADC, ADPF), ela também poderá ser aplicada pelo órgão julgador quando ocorrer o *overruling*.

Nesse sentido, o presente trabalho possui como objetivo compreender o funcionamento dos precedentes, especialmente quando ocorre o *overruling*. Além disso, identificar os *standards* a serem observados pelo órgão julgador quando há a modulação de efeitos, de modo a concretizar o valor segurança jurídica, realizando um paralelo com o Recurso Especial nº 1.813.684/SP, que tratou da comprovação de feriado nas instâncias superiores.

Dessa forma, o primeiro capítulo irá tratar dos principais aspectos dos precedentes.

No segundo capítulo, trabalha-se com a modulação de efeitos, especialmente a sua origem nos processos objetivos de controle de constitucionalidade até a sua positivação em relação à superação de precedentes.

Por fim, no terceiro capítulo analisa-se os parâmetros (*standards*) que devem ser observados no âmbito da modulação de efeitos na superação de precedentes, em paralelo com a análise do Recurso Especial nº 1.813.684/SP.

2. PRINCIPAIS ASPECTOS DOS PRECEDENTES

2.1. Intercâmbio entre *civil law* e *common law*

A ideia de precedentes é comumente atrelada ao sistema da *common law*, "tradição jurídica em que se inserem os ordenamentos jurídicos hoje vigentes no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, na Irlanda, nos Estados Unidos da América, no Canadá, na Austrália e na Nova Zelândia [...]" (CÂMARA, 2018, p. 11). A adoção, por essa tradição jurídica, de um sistema de filiação a precedentes (doutrina do *stare decisis*) se iniciou apenas no século XVIII, sendo que a própria *common law* existia desde o século XI (CÂMARA, 2018, p. 15).

A vinculação aos precedentes no bojo da *common law* não é uma imposição da lei. Pelo contrário, ela foi construída ao longo da história, conforme a mudança de atuação dos órgãos jurisdicionais (CÂMARA, 2018, p. 19).

Dessa forma, é possível afirmar que a técnica de vinculação aos precedentes, por mais que proporcione estabilidade e previsibilidade ao sistema jurídico, não permite que esse sistema seja rígido e inflexível. "É que o fato de a técnica do *stare decisis* não ser absoluta, conferindo "alguma certeza" no Direito, é sua virtude primária" (CÂMARA, 2018, p. 23).

Por sua vez, no bojo da *civil law*, as legislações possuem uma maior importância, contudo, a utilização da técnica de precedentes não é de todo desconhecida[3].

Analisando essas duas tradições jurídicas, observa-se que a distinção entre elas é a importância conferida às decisões judiciais para a formação do seu

[3] Apesar da proeminência do papel destas legislações, a utilização da técnica dos precedentes não é estranha aos ordenamentos jurídicos de civil law. Em diversos ordenamentos filiados a esta tradição jurídica se reconhece eficácia – ora vinculante, ora meramente persuasiva – aos precedentes judiciais, especialmente os que resultam da atividade dos Tribunais Superposição (valendo aqui perceber que no Direito Brasileiro há um tribunal de superposição que é qualificado como "Supremo" e quatro outros qualificados como "Superiores") (CÂMARA, 2018, p. 30).

ordenamento jurídico. Não se pode afirmar que na *common law* se adote como "fonte do direito" única os precedentes judiciais.

Pelo contrário, "boa parte das normas jurídicas inglesas e norte-americanas são sancionadas pelo Legislativo ou pelo Executivo" (CÂMARA, 2018, p. 54), contudo, esse direito legislado é secundário. A fonte primordial será, de fato, os precedentes. Já no âmbito da *civil law*, o direito legislado que é tido como fonte primordial.

Além disso, o modelo de aplicação do direito também se mostra diverso. No âmbito da *civil law*, a solução do caso concreto estaria nos códigos (*code law*), já na *common law*, a solução está na casuística dos Tribunais (*case law*) (CÂMARA, 2018, p. 54).

A despeito dessas diferenças - de um ponto de vista sistêmico - elas não seriam tão relevantes visto que, em ambas, o Direito visa produzir os mesmos resultados. Nesse sentido:

> Não se pode, ainda, deixar de considerar o fato de que, por mais que se reconheçam diferenças entre as tradições jurídicas de *civil law* e de *common law* – e elas realmente existem -, do ponto de vista sistêmico essas diferenças não são tão relevantes. É que o Direito funciona do mesmo modo em ambas as tradições jurídicas, ou seja, tanto no *civil law* como no *common law* o Direito busca produzir os mesmos resultados. Afinal, como afirma *Luhmann*, o Direito "independe da conformação concreta das tradições jurídicas". Daí poder afirmar-se que as bases para a compreensão do Direito são as mesmas em qualquer das tradições jurídicas [...] (CÂMARA, 2018. p. 60)

Por fim, com o Código de Processo Civil de 2015 – que colocou os precedentes judiciais como um dos elementos centrais do ordenamento brasileiro – muito se questionou se isso significaria uma aproximação ao sistema do *common law*, permitindo-se, inclusive, classificar o sistema brasileiro como híbrido. Contudo, essa afirmação não se mostra verdadeira.

A adoção da técnica de precedentes não significa se afastar da tradição da *civil law*, mas somente uma influência horizontal da *common law* (CÂMARA, 2018, p. 60). Há, em verdade, um intercâmbio entre esses dois sistemas jurídicos sem que isso signifique uma transformação do sistema ou até mesmo a adoção de um sistema misto[4].

[4] Pode-se, então, afirmar que o fato de o Direito brasileiro vir – de algum tempo para cá – adotando a técnica dos precedentes como padrões decisórios não implica dizer que se tenha, com isso, levado o ordenamento jurídico brasileiro a afastar-se da tradição de civil law em que foi moldado, mas, tão somente, que houve uma influência horizontal do common law. Daí se extrai, então, que será preciso compreender como a técnica dos precedentes se aplica no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da

Por mais que a ideia de precedentes possua suas origens no sistema de *common law*, observa-se que, ao ingressar em um sistema de *civil law* – como é o sistema jurídico brasileiro –, há uma adaptação do instituto. Em outras palavras, não basta afirmar que se adotou o sistema de precedentes e tentar compreendê-lo a partir da *common law* com a mera transposição de institutos. É necessário entender o funcionamento dos precedentes a partir da ótica da própria *civil law*.

Humberto Theodoro Junior e Érico Andrade sustentam que o movimento dos precedentes nesses dois sistemas é distinto. Observa-se que, no sistema da *civil law*, determinadas decisões já nascem destinadas a se tornarem precedentes, por sua vez, no sistema da *common law*, a condição de precedente é adquirida após o seu acolhimento por decisões sucessivas (2021, p. 30).

2.2. Afinal, o que é precedente?

Compreendida a origem dos precedentes no bojo da *common law* e a sua apropriação por países de orientação de *civil law*, torna-se necessário qualificar o que, afinal de contas, poderia ser identificado como um precedente.

Longe da pretensão de esgotar o assunto, objetiva-se, aqui, entender o que pode ser nomeado como precedente.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. et al (2021. p. 565), em termos mais amplos e no âmbito do Processo Civil, precedente pode ser definido como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Dessa forma, estabelece que precedente – em um sentido amplo – é formado por 3 (três) partes:

> O precedente é composto pelas: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; e c) argumentação jurídica em torno da questão (2021, p. 565)

Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade consideram que o precedente judicial, "numa dimensão mais geral, significa uma decisão judicial anterior

compreensão do Direito que se tem no Brasil, construída a partir da cultura brasileira, levando-se em conta o modo como no Brasil se pensam o Direito e o processo (o que, evidentemente, não leva a negar a possibilidade de buscar-se, na doutrina jurídica formada à luz da tradição do common law, relevantes subsídios para compreender-se a técnica de utilização dos precedentes) (CÂMARA, 2018, p. 60)

que vem considerada a partir do seu valor orientativo em relação à atuação judicial futura, relativamente à mesma questão decida [sic]" (2021, p. 9).

A partir desses conceitos, é possível perceber que precedente se encontra atrelado à noção de uma decisão ser fundamentada em decisão anterior, tendo em vista a aproximação fática entre os cenários encontrados em cada caso concreto. Diante de quadros fáticos semelhantes, utiliza-se a razão de decidir de uma decisão na subsequente.

2.3. Técnicas de formação, interpretação e aplicação dos precedentes

A doutrina processual não recomenda que se faça uma transposição acrítica dos conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling* sem levar em consideração as características do sistema da *civil law*, ou seja, não seria possível tratar desses elementos sem pensar que a teoria dos precedentes possui um contorno próprio nos países de *civil law*.

No entanto, a distinção entre esses conceitos ainda apresenta relevância prática e utilidade (THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, 2021, p. 88).

Como já pontuado, Fredie Didier Jr. compreende que um precedente judicial é formado por três partes: 1) circunstâncias de fato; 2) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) e 3) argumentação jurídica em torno da questão (2021, p. 565).

Dessa forma, quando se faz referência à força vinculante/obrigatória/persuasiva dos precedentes, é necessário compreender que ela está relacionada apenas com a *ratio decidendi*, ou seja, com apenas um dos elementos dos precedentes.

Assim, afirma-se que a *ratio decidendi* (ou *holding*) são "os fundamentos jurídicos que sustentam aquela decisão, a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi" (DIDIER JR. ET AL, 2021, p.566). Trata-se do "ponto central resolutivo da lide e por isso mesmo se presume solucionado com maior ponderação e adequação em relação aos direitos e os fatos da causa" (THEODORO JR, ANDRADE, 2021, p. 91).

Por sua vez, "*obiter dictum*" (obter *dicta*, no plural; "*ob* + "*iter*": pelo caminho), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão (DIDIER JR. ET AL, 2021, p. 570). Trata-se de qualquer manifestação que não tenha relevância para o deslinde da

controvérsia, sendo "supérfluo ou desnecessário para a resolução do conflito" (THEODORO JR, ANDRADE, 2021, p. 91).

Em termos práticos, a importância em se distinguir *ratio decidendi* e *obiter dictum* está em centralizar na tese jurídica a ser veiculada apenas o que se observa como *ratio decidendi*, que é definido por Fredie Didier como sendo o próprio precedente em sentido estrito.

Como salienta Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade, é necessário "centrar a tese jurídica na *ratio decidendi*, deixando de lado os *obiter dicta*, a fim de que a tese jurídica corporifique adequadamente a *ratio decidendi*, inclusive impregnada dos aspectos fáticos do caso" (2021, p. 94).

A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* ganha ainda maiores dificuldades quando ocorre a chamada "decisão plural". De acordo com o Humberto Theodoro Junior e Érico Andrade, decisão plural seria a "decisão colegiada em que se tem a formação de maioria quanto ao resultado, mas não quanto aos fundamentos, vez que os membros do colegiado podem apresentar fundamentos ou *rationes decidendi* diversos" (2021, p. 96).

Diante disso, torna-se possível que um *obiter dictum* seja qualificado indevidamente como um precedente, especialmente quando todos os pontos daquela decisão são qualificados como tal (THEODORO JÚNIOR, ANDRADE, 2021, p. 96)

Como também pontuado no conceito de Fredie Didier Jr. et al, um dos elementos dos precedentes é o fato subjacente à tese jurídica, de modo que a tese só pode ser extraída a partir da interpretação daquele determinado fato, que embasou toda a controvérsia.

Não é possível analisar apenas a tese jurídica sem se ater aos fatos que lhe deram origem. É justamente por conta do fato ser tão importante para o precedente, que é possível falar na técnica do *distinguishing*, conforme pontuam Humberto Theodoro Junior e Érico Andrade:

> Ganha muita relevância a ligação ou interpretação entre a *ratio decidendi* e o fato jurídico base do caso julgado que gerou o precedente, que não se exprime só na tese jurídica adotada, mas especialmente pela descrição do próprio fato jurídico concreto, base do precedente e que abre a "estrada" para aplicação da técnica do *common law* conhecida como *distinguishing*, que serve para evitar a aplicação dos precedentes a casos tidos como "diversos" daquele decidido (2021, p. 100)

Desta forma, falar em *distinguishing* inevitavelmente recai em analisar os fatos que compõem o precedente. Quando há um cenário fático distinto, inaplicável será aquele precedente, devendo ocorrer o fenômeno do *distinguishing*.

O Código de Processo Civil se mostrou preocupado com essa temática ao consignar em seu art. 489, §1º, inciso V, a existência de omissão quando uma decisão judicial "se limitar a invocar precedentes ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos".

Além disso, a não realização do *distinguishing* também poderá fundamentar o cabimento de ação rescisória conforme estabelece o art. 966, §5º, do referido Código[5].

Uma das principais características do dito "direito jurisprudencial" é a sua flexibilidade e mutabilidade, o que não ocorre com tanta facilidade no bojo do "direito legislado".

A evolução da orientação jurisprudencial é chamada de *overruling* e funciona como "técnica de eliminação do precedente anterior, para substituí-lo por um novo, diverso, para permitir a atualização do direito jurisprudencial" (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 104).

Por sua vez, Fredie Didier Jr. et al definem *overruling* como "a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente" (2021, p. 623).

O *overruling* pode ser classificado em expresso ou tácito. Ocorre a superação expressa quando um Tribunal adota, de modo expresso, uma nova orientação, já o tácito ocorre quando uma nova orientação é adotada sem que haja expressa substituição da anterior. Observa-se que o *overruling* tácito não é admitido pelo Código de Processo Civil, que, em seu art. 927, §4º[6], exige "fundamentação adequada

[5] Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
[...]
V - Violar manifestamente norma jurídica;
[...]
§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (BRASIL, 2015).

[6] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
[...]
§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (BRASIL, 2015).

e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial" (DIDIER et al, 2021, p. 623).

Há, também, uma importante classificação em *overruling* difuso e concentrado. No âmbito do *overruling* difuso, a superação de um precedente pode ocorrer em qualquer processo que chegue ao Tribunal para julgamento. Trata-se da regra e permite que qualquer pessoa possa contribuir com a evolução do entendimento (DIDIER JR. et al, 2021, p. 625).

Já no *overruling* concentrado, temos a instauração de um procedimento que tem como única função a revisão do entendimento já consolidado no Tribunal, por exemplo, pedido de revisão da tese firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) previsto no art. 986 do Código de Processo Civil[7] (DIDIER JR. et al, 2021, p. 626).

No *overriding*, pode-se afirmar que há uma superação parcial visto que "o Tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal" (DIDIER JR. et al, 2021, p. 639)

Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 348 apud DIDIER JR et al, 2021, p. 639) sustenta que o *overriding* teria uma aproximação maior com a técnica do *distinguishing*, contudo, essa posição é prontamente rechaçada por Fredie Didier Jr. et al sob o argumento de que no *distinguishing* o que impede a incidência da norma é uma questão fática, ao passo que no *overriding* o impedimento é uma questão de direito, que irá restringir o suporte fático (2021, p. 639).

Por fim, também se faz presente a figura do *anticipatory overruling* (superação antecipada) que é definido da seguinte forma por Fredie Didier Jr. et al:

> Há a "superação antecipada" (*anticipatory overruling*), espécie de não aplicação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado por Corte superior, nos casos em que esta última, embora sem dizê-lo expressamente, indica uma alteração no seu posicionamento quanto a precedente outrora firmado (2021, p. 638).

Em outras palavras, a Corte Superior não teria afastado o precedente, contudo, os órgãos inferiores, já prevendo a superação, deixam de aplicar o precedente. Os órgãos inferiores desconsideram o precedente por supor que a Corte Superior iria afastá-lo se tivesse oportunidade (Câmara, 2018, p. 335).

[7] Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.(BRASIL, 2015)

Pontua-se que a *anticipatory overruling* é plenamente cabível no processo civil brasileiro, sendo uma decorrência do previsto no art. 489, §1º, VI, parte final, do Código de Processo Civil[8].

3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS

3.1 Eficácia temporal das decisões judiciais

Observa-se que uma decisão judicial - diferentemente do que ocorre com o texto legal – é destinada a regular situações pretéritas. O órgão jurisdicional, no exercício da sua atividade, deve colocar fim ao "litígio", regulando situações já existentes.

Desta forma, afirma-se que as decisões judiciais possuem efeitos retroativos (*ex-tunc*), que também são observados na hipótese em que ocorre a superação de um precedente (*overruling*). Ora, se ocorreu a superação desse precedente é porque o entendimento anterior seria "errado", portanto, ele seria errado desde o início (PEIXOTO, 2015, p. 175).

No entanto, há uma antiga concepção que defende que a atividade jurisdicional seria meramente declaratória, inexistindo uma atividade criativa por parte do órgão julgador. É também com base nessa antiga concepção que se defende que a decisão judicial teria apenas efeitos retroativos.

Um dos grandes defensores dessa concepção foi Giuseppe Chiovenda, para quem a jurisdição seria a atuação da vontade concreta da lei (PEIXOTO, 2015, p. 179). Salienta-se que essa concepção de que a atividade jurisdicional seria meramente declaratória já restou ultrapassada, visto que o texto legal não se confunde com a norma que dele é extraída. A ideia de um juiz "boca da lei" já foi abandonada, sendo o texto normativo um dos elementos para solucionar o caso concreto, não o único (PEIXOTO, 2015, p. 180).

[8] Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
[...]
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
[...]
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a **superação do entendimento** [Grifou-se] (BRASIL, 2015)

Considerando as novas formas de se olhar a atividade jurisdicional, percebe-se que ela não somente declara os direitos, mas também os cria, só que de uma forma distinta da atividade legislativa (PEIXOTO, 2015, p. 181).

Essa perspectiva também passa a influenciar a eficácia *ex tunc* na superação de precedentes. Observa-se que o precedente superado não necessariamente poderia ser errado, "a interpretação do direito pode ter evoluído, e as circunstâncias que rodeiam os fatos que ele pretende regular sido modificadas, superando a anterior [...]" (PEIXOTO, 2015, p. 181).

3.2 Modulação de efeitos no Brasil

A despeito da prevalência do entendimento de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão judicial que a declara possui efeitos retroativos, percebe-se que, em algumas hipóteses, foi inevitável "mitigar" essa regra em nome de valores tais como boa-fé, justiça e segurança jurídica (BARROSO, 2012, p. 43).

Antes mesmo da edição de qualquer norma legal acerca da modulação de efeitos, o Supremo Tribunal Federal (STF) já aplicava o instituto, "geralmente em sede de recurso extraordinário quando da declaração da inconstitucionalidade pela via difusa" (RIGO, 2020, p. 22).

Nesse ponto, cita-se o Recurso Extraordinário 78.533/SP no qual "em nome da boa-fé de terceiros e da teoria da aparência, o STF deixou de invalidar atos praticados por funcionário investido em cargo público com base em lei que veio a ser declarada inconstitucional" (BARROSO, 2012, p. 43).

No âmbito da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), foi objeto de debate proposta que iria permitir ao STF declarar a inconstitucionalidade de uma norma sem a eficácia retroativa, sendo uma iniciativa do então Deputado Maurício Corrêa. Contudo, a proposta não foi acatada (BARROSO, 2012, p. 45)[9].

Com a Revisão Constitucional, prevista no art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)[10], a modulação de efeitos voltou a ser assunto

[9] "A proposta, apresentada pelo então Senador Maurício Corrêa, tinha a seguinte dicção para o art. 127, §2º: Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória" (MENDES, 1998, P. 263 apud BARROSO, 2012, p. 45).
[10] Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral (BRASIL, 1988)

através de parecer[11] do então Deputado Nelson Jobim, no entanto, a proposta novamente não foi acolhida.

Em 1997, Nelson Jobim – na qualidade de Ministro de Estado da Justiça – reavivou a questão, só que em âmbito infraconstitucional, por meio do Projeto de Lei nº 2960 e, posteriormente, passou a integrar o texto do art. 27, da Lei nº 9.868/99, com a seguinte redação:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999)

Posteriormente, a possibilidade de modulação de efeitos foi replicada no art. 11, da Lei n° 9.882/99, que versa sobre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)[12].

Ressalta-se que a possibilidade de modulação de efeitos, no âmbito das ações de controle de constitucionalidade, não se encontra imune às críticas[13]. Nesse ponto, Ivo Dantas (2007, p. 634/637 apud PEIXOTO, 2015, p. 191) sustenta que a previsão contida no art. 27, da Lei nº 9.868/99, - norma infraconstitucional - iria permitir situações inconstitucionais, ou seja, retiraria o caráter supralegal da Constituição Federal, além de incentivar a edição de leis inconstitucionais[14].

---

[11] "Relator do processo de revisão, o então Deputado Nelson Jobim apresentou proposta de acréscimo de um §5º ao art. 103, do seguinte teor: §5º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão" (VELOSO, 1999, p. 2010 apud BARROSO, 2012, p. 45).

[12] Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[13] Há duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra esse dispositivo (nº 2154-2 e 2.258-0) que ainda não foram objeto de julgamento (BRASIL,1999)

[14] Nesse mesmo sentido, assim se manifestou Luís Roberto Barroso: "O dispositivo enfrenta críticas quanto a sua conveniência e oportunidade, assim como objeções relativamente a sua constitucionalidade. Argumentou-se, contrariamente a sua introdução, que a orientação do Supremo Tribunal Federal, até então, era a de reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional, o que exigiria uma emenda à Constituição para introduzir a novidade. Em suporte da tese, aliás, é possível invocar as duas tentativas, noticiadas acima, de inserção no texto constitucional de norma que visava objetivo análogo ao do art. 27 transcrito. Se a providência pudesse ser tomada no plano infraconstitucional, tornar-se-ia difícil justificar que se tivesse optado pela via mais complexa da previsão no texto da própria Constituição (2012, p. 46)

Em resposta, Ana Paula Ávila (2011, p. 67/71 apud PEIXOTO, 2015, p.191) sustenta que permitir a modulação de efeitos teria como fundamento justamente o princípio da segurança jurídica, devendo ser um valor constitucional a se ponderar diante do princípio da nulidade das leis.

A despeito das críticas, observa-se que a positivação da modulação de efeitos foi vista como positiva por grande parte dos juristas, que a viram como uma "margem de manobra para o Judiciário ponderar interesses em disputa" (BARROSO, 2012, p. 47).

A modulação de efeitos da decisão judicial não se restringia apenas aos processos objetivos de controle de constitucionalidade, também já era uma questão observada pelo STF diante da superação de seus precedentes (BARROSO, 2012, p.100).

Por exemplo, a partir de 2005 – interpretando o art. 109, I, da Constituição Federal[15] - o STF passou a entender que as ações indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho seriam de competência da Justiça do Trabalho. Contudo, ressalvou que a nova orientação não poderia atingir os processos já julgados pela Justiça Estadual, mesmo que houvesse a pendência de recurso nos termos do Conflito de Competência nº 7.204/MG, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto.

Percebe-se, portanto, que a modulação de efeitos no bojo da superação de precedentes já era objeto de preocupação tanto da doutrina[16] como dos Tribunais.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei n° 13.105/15), preocupado com a questão dos precedentes e da segurança jurídica[17], veio a positivar a possibilidade de modulação de efeitos em seu art. 927, §3º, que possui a seguinte redação:

---

[15] Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (BRASIL, 1988)

[16] "Mas a ascensão doutrinária e normativa do precedente impõe maior deferência e cautela na sua superação. Quando uma Corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados" (BARROSO, 2012, p. 100)

[17] Acerca do tema, assim consta a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015: "De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos ex tunc. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso. Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: "A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas"; E, ainda, com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: "Na hipótese de alteração da jurisprudência

> § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (BRASIL,2015)

Por fim, observa-se que a atividade de interpretar constitui uma "etapa de aperfeiçoamento" da própria lei, todavia, com ela não se confundindo. A partir do momento que se confere força vinculante a essa atividade[18], caracterizando-a como uma das fontes do direito, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade entendem que ela passaria a sofrer as mesmas limitações de eficácia aplicáveis à mutação legal desde que fundadas em exigências de interesse social e segurança jurídica (2021, p. 118).

Por sua vez, Fredie Didier Jr. et al entendem que não seria possível a equiparação da revogação de uma lei com a superação de um precedente, pois, no caso das leis, há um momento certo para a mudança do texto, o que não necessariamente ocorre com os precedentes. Além disso, a irretroatividade da lei decorreria de um caráter discricionário do texto legal, ao passo que a irretroatividade do precedente depende de argumentação (2021, p. 629).

A despeito dessa divergência, o fundamental é compreender que a modulação de efeitos na superação dos precedentes exige uma efetiva fundamentação na qual fique demonstrada as razões de decidir do Tribunal, a partir dos fundamentos de interesse social e segurança jurídica.

3.3. Fundamentos: interesse social e segurança jurídica

Da redação do art. 27, da Lei nº 9868/99; do art. 11, da Lei nº 9882/98; assim como, do art. 927, §3º, do Código de Processo Civil, percebe-se que a modulação de efeitos só é admitida a partir da observância dos mesmos fundamentos: razões de interesse social e segurança jurídica.

Pode-se afirmar, portanto, que esse é o binômio que fundamenta a modulação de efeitos. Ou seja, é sempre a partir da interseção desses dois fundamentos que o

dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica" (BRASIL, 2015)

[18] "A eficácia da sentença inter partes e endoprocessual é sempre retroativa, por envolver julgamento de fatos pretéritos. Mas, o efeito do procedente judicial, especialmente daquele com força vinculante, é estranho às partes e ao caso dos autos: é uma eficácia normativa e, ainda que gerada no seio do processo, tem objetivos alcançáveis erga omnes e ultra partes (THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, 2021, p. 118)

órgão julgador poderá modular os efeitos da decisão, seja no bojo de um processo objetivo de controle de constitucionalidade, seja na superação de um precedente.

No entanto, a atuação desses fundamentos será distinta em cada situação. No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a segurança jurídica é percebida pela presunção de constitucionalidade que os textos normativos possuem, já, na superação de precedentes, tutela-se a segurança jurídica a partir da confiança gerada por um entendimento jurisprudencial consolidado (PEIXOTO, 2015, p. 193).

Isso significa que, por mais que os fundamentos a serem observados sejam os mesmos (segurança jurídica e interesse social), eles são delineados e interpretados de forma distinta em cada uma das situações, até porque são dois conceitos jurídicos indeterminados.

Além disso, não basta afirmar que será cabível a modulação de efeitos diante de razões de segurança jurídica e interesse social, é necessário – a partir desses dois fundamentos – conferir um mínimo de previsibilidade ao jurisdicionado quanto à possibilidade ou não de ocorrer modulação de efeitos diante da superação de determinado precedente[19].

Dessa forma, para que o instituto seja bem utilizado e atinja a sua finalidade, torna-se fundamental compreender em quais situações a modulação de efeitos na superação de precedentes pode ocorrer ou não (padrões decisórios).

Igualmente, não basta que haja menção na decisão judicial acerca da modulação de efeitos. Faz-se necessário fundamentá-la a partir de padrões decisórios, permitindo que o jurisdicionado saiba quando uma decisão será passível de modulação e quais os elementos foram utilizados para tanto[20].

[19] "É elogiável a postura de admitir a modulação de efeitos no caso da superação de precedentes pelo STF, mas a forma com que o faz não aumenta a previsibilidade do sistema. Pelas decisões tomadas até hoje, não é possível ao jurisdicionado ter um mínimo de condições de prever sua conduta com base em entendimentos consolidados pelo STF, não tendo capacidade de prever que situações possam vir a ser beneficiadas pela modulação de efeitos" (PEIXOTO, 2015, p. 217)

[20] "O grande problema e desafio na técnica da modulação de efeitos, seja no Brasil, seja em vários outros países, é a falta de padronização decisória ligada ainda à falta de uma argumentação detalhada nas decisões que modulam ou não as revogações de precedentes. Esse mesmo problema é percebido nas construções doutrinárias, que, em geral, sequer dialogam entre si para a construção de uma opinião comum, ou mesmo para que existam críticas recíprocas entre os estudiosos. Todo esse panorama dificulta a utilização da técnica, gerando, para os jurisdicionados, um panorama em que os casos em que um posicionamento deve ou não ser modulado seja um tanto quanto lotérico" (DIDIER, 2021, p. 634).

4. *STANDARDS* PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS NA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Como estabelecido no capítulo anterior, a previsão da modulação de efeitos no bojo da superação de precedentes, nos termos do art. 927, §3º, Código de Processo Civil, possui dois fundamentos: segurança jurídica e interesse social.

Entretanto, a mera previsão desses fundamentos não permite identificar as situações nas quais a modulação de efeitos poderia ser utilizada, ou seja, o dispositivo legal "não fornece elementos para que seja desenvolvido um padrão para as hipóteses de modulação na superação de precedentes" (PEIXOTO, 2015, p.218)

Observa-se que, em 2015, em pesquisas realizadas por Ravi de Medeiros Peixoto, já se sabia que o STF admitia a modulação de efeitos de suas decisões no caso da superação de precedentes, contudo, a forma como era feita não fazia aumentar a previsibilidade do sistema (2015, 217).

Nesse sentido, a ausência de um padrão decisório não permitia que o jurisdicionado tivesse "um mínimo de condições de prever sua conduta com base em entendimentos consolidados pelo STF, não tendo capacidade de prever que situações possam vir a ser beneficiadas pela modulação de efeitos" (PEIXOTO, 2015, p. 217)[21].

Diante disso, observa-se a importância de encontrar parâmetros (standards) para a aplicação da modulação de efeitos. Ressalta-se que o objetivo aqui não é esgotar todas as hipóteses em que se admite a modulação de efeitos, até porque isso não seria possível (PEIXOTO, 2015, p. 228).

A modulação, de alguma forma, funciona como a interpretação dos textos normativos, ou seja, "por mais que se ofereçam parâmetros, não é possível afirmar especificamente em que casos a superação deve ser prospectiva (PEIXOTO, 2015, p. 228). Contudo, verificar a existência e analisar os parâmetros torna-se essencial para não se permitir uma ampla discricionaridade do órgão julgador[22] (PEIXOTO, 2015, p. 228).

---

[21] Destaque-se que a falta de padrão decisório sobre os casos em que deve ocorrer a modulação de efeitos, ou mesmo de uma fundamentação séria e detalhada nos casos em que for requerida não são uma exclusividade brasileira. Em recente estudo comparativo, esta constatação também foi realizada em países como Alemanha, Bélgica, Áustria, Hungria, França, Reino Unido, Holanda e Israel. As exceções seriam a Corte de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos, que, em geral, possuem maior padrão decisório e seriedade na fundamentação. (PEIXOTO, 2015, p. 217).

[22] Os parâmetros indicados servem tão somente para diminuir o âmbito da interpretação dos efeitos da superação de precedentes e, também, para impor um dever de fundamentação específica. Não se pode mais admitir meras alegações de interesse social ou de segurança jurídica ou mesmo a sua mera rejeição das decisões que tratam do tema. Na verdade, o que se exige é que "seja vedado ao Judiciário realizar a modulação de feitos com base em argumentos vagos e imprecisos". (PEIXOTO, 2015, p. 228)

Inicialmente, por mais que se reconheça a importância das decisões judiciais, principalmente quando tais são consideradas fonte do Direito, é necessário deixar bem evidente que a modulação de efeitos na superação dos precedentes é medida excepcional e a redação do art. 927, §3º, do Código de Processo Civil, deixa essa situação bastante evidente.

Como bem apontado por Teresa Arruda Alvim, dentre os elementos que integram o Direito, o único cuja vocação é produzir efeitos retroativos é a própria jurisprudência (2021, p. 13).

Percebe-se que, no âmbito da superação de precedentes, o valor segurança jurídica deve ser observado pela sua dimensão subjetiva, ou seja, "necessidade de que pautas de conduta sejam previamente conhecidas de molde a permitir o planejamento das ações, sem surpresas posteriores" (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 3). Tutela-se, assim, a proteção à confiança.

Nesse ponto, o primeiro critério a ser observado para que ocorra a modulação de efeitos é a proteção da confiança que o jurisdicionado teve na orientação anterior (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 13).

Dessa forma, "a orientação anterior deve ter sido, como regra, firme e duradoura", representando ao jurisdicional uma "confiável pauta de conduta"[23] (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 13).

Discorrendo sobre o tema, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr – diferenciando a norma individual que resolve o caso concreto da norma jurídica que se materializa na *ratio decidendi* - propõe a seguinte tipificação dos precedentes: "a) novo precedente em sentido não surpreendente; b) novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito e c) precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial." (2012, p. 274 apud PEIXOTO, 2015, p. 218).

Em relação ao "novo precedente em sentido não surpreendente", ele ocorreria quando um Tribunal Superior decidisse em conformidade com o entendimento dos tribunais inferiores ou uniformiza um entendimento divergente entre vários tribunais. Já o "novo precedente em sentido diverso da concepção geral" ocorreria quando o tribunal, decidindo pela primeira vez, contraria o entendimento adotado pelos demais

[23] Isso pode ocorrer, entretanto, no direito brasileiro, também quando se trata de apenas um precedente do STF. Esse, a nosso ver, é o primeiro dos pressupostos para que se proceda à modulação: deve-se, por meio dela, proteger a confiança do particular nos atos do Estado – no caso específico, a confiança do jurisdicionado na pauta de conduta criada pelo Poder Judiciário. (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 13)

tribunais, pela doutrina, pelos advogados (ATAÍDE JR. 2012, p. 274 apud PEIXOTO, 2015, p. 218).

Por fim, o "precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial" seria quando o tribunal possui entendimento pacífico sobre a matéria e o revoga de maneira surpreendente (ATAÍDE JR. 2012, p. 274 apud PEIXOTO, 2015, p. 218).

Considerando essas três espécies, a eficácia temporal de cada um dependeria da capacidade de surpreender os jurisdicionados. Os "precedentes em sentido não surpreendente" devem ter, em regra, "eficácia temporal retroativa pura". Os "precedentes em sentido diverso da concepção geral" dependem de uma análise no contexto, se, por exemplo, fosse identificado que a posição dos tribunais superiores era correta até determinado momento, mas sobreveio uma mudança fática ou alteração legislativa que modifique a posição, deveria modular os efeitos da decisão (ATAÍDE JR. 2012, p. 274 apud PEIXOTO, 2015, p. 218).

Já, em relação ao "precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial", ele deve ter efeitos prospectivos[24] (ATAÍDE JR. 2012, p. 274 apud PEIXOTO, 2015, p. 218), ou seja, a modulação de efeitos deve ocorrer quando temos a revogação de um precedente de forma surpreendente.

Nesse ponto, são as mudanças tidas como "bruscas" que requerem a modulação de efeitos, aquelas que surpreendem os jurisdicionados. Contudo, em um sistema de estabilidade da jurisprudência, tais mudanças bruscas devem ser excepcionalíssimas[25] (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 13).

O conceito de ambiente de decisão orienta as considerações sobre a função da lei, da jurisprudência, da evolução do direito. Nesse sentido, a distinção entre tais

[24] O novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial deveria, em regra, ter efeitos prospectivos, pela surpresa ocasionada em face dos jurisdicionados. No entanto, nas hipóteses em que, antes de haver a decisão de superação, tenha ocorrido alguma situação apta a provocar a mudança do posicionamento, a exemplo de um novo texto normativo, ou a alteração da situação fática, a eficácia temporal do novo precedente deveria ser retroativa, mas não de forma ilimitada. Essa retroatividade deveria se dirigir para o momento em que houve a alteração fático-normativa que gerou a modificação do entendimento do tribunal superior (ATAÍDE JR. 2012, p. 274 apud PEIXOTO, 2015, p. 218).

[25] Trata-se de fenômeno anormal que se deseja seja raro. A construção do *prospective overruling* no *civil law* não pode ser vista como uma consequência de se considerarem normais e, portanto, banalizarem-se as situações de alterações significativas e bruscas de orientações firmes anteriores. Um precedente ou uma linha firme de orientação jurisprudencial pode ir se desgastando aos poucos, o que faz com que, paulatinamente, deixe de ser um parâmetro de previsibilidade, infundindo confiança. Nesses casos, inexiste surpresa. A modulação se revela adequada quando a mudança de orientação do tribunal "equivale" à mudança da lei (que tem efeitos *ex tunc*, prospectivos) (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 13).

ambientes é tida como um bom ponto de partida para refletir sobre a modulação de efeitos (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 5)

Os ambientes de decisão seriam o "conjunto de regras e princípios de direito material à luz dos quais certos casos serão objeto de decisões jurisdicionais" (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 5).

Nesse ponto, a decisão judicial sobre determinada matéria deveria respeitar as características do ramo em que se encontra inserida (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 5).

Dessa forma, percebe-se que, em determinados campos do direito, é preferível que a evolução sobre o tema ocorra mediante a atuação do Poder Legislativo (ambientes decisionais rígidos), já em outras a evolução é melhor pelo Poder Judiciário (ambiente decisionais frouxos).

A definição se um ramo do Direito se enquadra em um ambiente decisional rígida ou frouxo é obtida "a partir dos princípios basilares de cada um dos ramos do direito material que servirão de base à decisão" (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 6).

Assim, em ambientes decisionais frouxos, a evolução do Direito por meio dos precedentes é vista com bons olhos, diferentemente do que ocorre em ambientes decisionais rígidos.

Em ambientes decisionais frouxos, é bastante normal que o legislador se utilize de uma linguagem aberta, permitindo, assim, maior adaptabilidade à realidade[26]. Assim, legislador e o juiz irão desempenhar papéis complementares, uma vez que "o legislador edita uma norma genérica e o juiz torna os princípios, nela contidos, concretos" (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 11).

Por sua vez, em ambiente decisionais rígidos, quando há a superação dos precedentes, seria recomendável a modulação de efeitos. Isso, porque, nesses ramos do direito, o ideal é que a evolução da matéria ocorra mediante ato do Poder Legislativo, não do Poder Judiciário[27] (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 7).

[26] É comum que, nos campos do direito, a que temos chamado de ambientes frouxos, o legislador se sirva de linguagem aberta, justamente para viabilizar a possibilidade de haver alteração do sentido que se venha a dar aos termos usados pela lei, adaptando-a à realidade. Assim, nas áreas mais "móveis" do direito (os ambientes decisionais frouxos), o uso de técnicas legislativas que apagam os nítidos contornos dos conceitos-parâmetro de decisão, roubando-lhes a nitidez, tendem a ser mais frequentes (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 11).

[27] Entre os princípios gerais que orientam, nos USA, a indicação no sentido de que o precedente não deve ser revogado é a de que a matéria ou as circunstâncias do caso indiquem que a lei teria sido o instrumento mais adequado para a modificação do direito. Portanto, tudo indica que, nestes campos, a modulação é adequada (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 14)

Nesse ponto, ressalta-se que a modulação de efeitos no campo do direito processual é admitida pois se trata de uma área do Direito em que a previsibilidade é fundamental (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 14).

Não basta que seja uma alteração brusca em um ambiente decisional rígido, a modulação de efeitos terá lugar se for uma alteração desfavorável ao particular no qual reste demonstrado prejuízo significante (PEIXOTO, 2015, p. 226).

Nesse ponto, necessário esclarecer que o caráter consequencialista dessa alteração é apenas um elemento secundário, não o seu argumento único[28]. Só após verificar a preexistência de confiança no precedente seria possível falar em alteração desfavorável ao particular (PEIXOTO, 2015, p. 226).

Observa-se que, por mais que os parâmetros acima mencionados estejam presentes, torna-se essencial que a modulação de efeitos na superação dos precedentes seja devidamente motivada (PEIXOTO, 2015, p. 227).

Não basta que se afirme que "por razões de interesse social e segurança jurídica, a modulação é medida que se impõe", imprescindível que uma fundamentação específica para o caso concreto "leve em conta a cadeia de decisões referentes ao tema pelo órgão judicial referido". Ou seja, cabe ao Tribunal demonstrar que o precedente possuía confiança legítima das partes[29] (PEIXTO, 2015, p. 227).

Diante dos parâmetros acima elencados, tornou-se necessário os materializar (ou não). Para tanto, foi escolhido um importante julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, do ano de 2019, o Recurso Especial nº 1.813.684/SP.

O pano de fundo da questão a ser decidida pelo STJ era a necessidade ou não de comprovação de feriado local (segunda-feira de carnaval) no ato de interposição de um recurso quando esse feriado se materializa no transcurso do prazo recursal[30].

---

[28] O aspecto de caráter consequencialista, nesse sentido, adentra apenas como elemento secundário da modulação de efeitos, e não como argumento único. Não seria adequada a modulação tão somente porque as consequências da retroatividade seriam o prejuízo para os particulares ou para os entes públicos. Essa argumentação apenas seria possível caso o primeiro teste, da confiabilidade do precedente superado, fosse ultrapassado. É a forma mais razoável de interpretar-se o requisito do interesse social presente no texto normativo do CPC/2015 (PEIXOTO, 2015, p. 226).

[29] Ainda na aptidão de servir de parâmetro para a atuação dos jurisdicionados cabe também uma análise que verifique se algum elemento minou a confiança gerada pelo precedente originário de forma a mitigar a prospectividade do novo precedente. O requisito do prejuízo também é relevante e, da mesma forma, a atuação de algum direito fundamental que possa conformar os efeitos temporais do novo precedente. (PEIXOTO, 2015, p. 227)

[30] "Conforme relatado, a eg. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu afetar o julgamento do presente recurso à Corte Especial, para discussão acerca da necessidade de comprovação do

Discorrendo sobre a questão, o relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, inicialmente, evidenciou que, na égide do Código de Processo Civil de 1973, as Turmas do STJ possuíam a firme posição de que era necessária "a comprovação do feriado local no momento da interposição do recurso na instância de origem, sendo vedada a comprovação posterior" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019).

No entanto, salientou o Ministro que, a partir do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 626.358/MG, ocorreu uma superação desse entendimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que passou a "permitir a comprovação posterior da tempestividade de recurso extraordinário quando a intempestividade decorresse de feriado local ou de suspensão do expediente forense da Corte de origem"[31]. Essa mudança foi devidamente acompanhada pelo STJ.

Esse entendimento perdurou até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, pois seu art. 1.003, §6º, passou a prever de forma expressa que "o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso" (BRASIL, 2015).

Diante dessa importante alteração legislativa, o STF[32] novamente alterou sua posição, assim como o STJ[33].

---

feriado local da segunda-feira de Carnaval, quando ocorrido no decurso do prazo para interposição de recurso." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019)

[31] RECURSO. Extraordinário. Prazo. Cômputo. Intercorrência de causa legal de prorrogação. Termo final diferido. Suspensão legal do expediente forense no juízo de origem. Interposição do recurso no termo prorrogado. Prova da causa de prorrogação só juntada em agravo regimental. Admissibilidade. Presunção de boa-fé do recorrente. Tempestividade reconhecida. Mudança de entendimento do Plenário da Corte. Agravo regimental provido. Voto vencido. Pode a parte fazer eficazmente, perante o Supremo, em agravo regimental, prova de causa local de prorrogação do prazo de interposição e da consequente tempestividade de recurso extraordinário (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012).

[32] DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO DE AGRAVO INTEMPESTIVO. CARÁTER PROTELATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. O agravo em recurso extraordinário é manifestamente inadmissível, por ser intempestivo. A petição de agravo foi protocolada no Tribunal de origem somente após o término do prazo recursal de 10 (dez) dias, nos termos do art. 544, do CPC/1973. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "a tempestividade do recurso em virtude de feriado local ou de suspensão dos prazos processuais pelo Tribunal a quo que não sejam de conhecimento obrigatório da instância ad quem deve ser comprovada no momento de sua interposição". Precedente. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve prévia fixação de honorários advocatícios de sucumbência. 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de unanimidade da decisão. (ARE 978.277 AgR, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe de 29/08/2016) [g.n.]

[33] AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. 1. O propósito recursal é dizer, à luz do CPC/15, sobre a possibilidade de a parte comprovar, em agravo interno, a ocorrência de feriado local, que ensejou a prorrogação do prazo processual para a interposição do agravo em recurso especial. 2. O art. 1.003, § 6º, do CPC/15, diferentemente do CPC/73, é expresso no sentido de que "o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso". 3. Conquanto se reconheça que o novo Código prioriza a decisão de mérito, autorizando, inclusive, o STF e o STJ a desconsiderarem vício formal, o § 3º do seu art. 1.029 impõe, para tanto, que se trate de "recurso tempestivo". 4. A

Considerando esse panorama, o STJ reafirmou posição já adotada quanto à impossibilidade de comprovação posterior do feriado local. Todavia, atribuiu efeitos prospectivos à decisão com base no argumento de que "não se deve perder de vista o elastecido período em que vigorou, no âmbito desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que seria possível a comprovação posterior do feriado local" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Analisando o acórdão naquilo que interessa ao presente trabalho (modulação de efeitos), observa-se que, por mais que haja a citação de diversos processualistas de renome[34], o único fundamento a permitir a modulação de efeitos foi o tempo que o STF e STJ permitiram que ocorresse a comprovação posterior da ocorrência de feriado local, o que se mostra por demais insuficiente.

Em verdade, como devidamente pontuado pelo próprio relator, observa-se que a superação do entendimento teve como base uma alteração legislativa, ou seja, primeiro alterou-se a lei – que já possui efeitos prospectivos por natureza – para depois alterar a posição do Tribunal.

Dessa forma, entende-se que não há como caracterizar essa alteração jurisprudencial como uma "mudança brusca" na orientação dos Tribunais, a merecer a aplicação da modulação de efeitos. Pelo contrário, já havia, inclusive, decisão da própria Corte Especial acerca do tema.

Nesse sentido, observa-se que a questão da modulação de efeitos e superação de precedentes ainda é um tema em evolução no âmbito dos Tribunais e que não foi bem concretizada nesse caso em comento em razão da sua fundamentação deficiente.

5. CONCLUSÃO

A modulação de efeitos na superação dos precedentes já era medida utilizada pelo Supremo Tribunal Federal e que, com a positivação no art. 927, §3º, Código de Processo Civil de 2015, estendeu-se para outros Tribunais Superiores.

---

intempestividade é tida pelo Código atual como vício grave e, portanto, insanável. Daí porque não se aplica à espécie o disposto no parágrafo único do art. 932 do CPC/15, reservado às hipóteses de vícios sanáveis. 5. Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/73 não subsiste ao CPC/15: ou se comprova o feriado local no ato da interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada. 6. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 957.821/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 19/12/2017) [g.n.]

[34] Há referência de Teresa Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Daniel Amorim Assumpção Neves.

No entanto, não basta afirmar que a modulação possui como fundamentos o interesse social e a segurança jurídica. A mera menção a tais fundamentos não basta para permitir a correta aplicação do instituto.

Dessa forma, conferir parâmetros mínimos para a modulação de efeitos no âmbito da superação de precedentes é tão imprescindível visto que fortifica o instituto, permitindo que ele seja melhor aplicado pelo Tribunais.

Assim, é necessário compreender que a modulação ainda é uma medida excepcional que só pode ser utilizada quando há uma preexistência de confiança dos jurisdicionais, no âmbito de ambientes decisionais rígidos desde que essa alteração seja desfavorável ao particular.

Por fim, todos esses elementos devem constar na fundamentação da modulação de efeitos, não podendo ser permitido que os Tribunais apenas o façam de forma genérica, como ocorreu no bojo do Recurso Especial nº 1.813.684/SP.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: a modulação.** Revista de Processo. vol. 312. ano 46. p. 301-330. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2021. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2020-14790>. Acesso em: 15 mar 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª edição revisada e atualizada - São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 mai 2022.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai 2022.

_____. **Lei nº 9868 de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 15 mai 2022.

_____. **Lei nº 9882 de 3 de dezembro de 1999** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 15 mai 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 957.821**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601968843&dt_publicacao=19/12/2017>. Acesso em: 15 mar 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.813.684.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801346019&dt_publicacao=18/11/2019>. Acesso em: 15 mar 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo em Recurso Extraordinário 978.277**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11570694>. Acesso em 15 mar 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência nº 7.204**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2613277>. Acesso em 15 mai 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 626.358**. Disponível em:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2613070> . Acesso em: 15 mar 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 78.533**. Relator: Ministro Firmino Paz. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?numero=78533&classe=RE>. Acesso em: 15 mai 2022.

CÂMARA, Alexandre de Freitas**. Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª edição – São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada, Processo Estrutural e Tutela Provisória. 16ª Edição – Salvador: Editora *Juspodim,* 2021.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

RIGO, Vitor. **Modulação temporal na superação de jurisprudência dominante e de precedente de caráter vinculante à luz do art. 927, §3º do novo Código de Processo Civil.** Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas - Florianópolis, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no Processo Brasileiro**. 1ª Edição – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH IN BRAZILIAN LAW

Vivian Machado Siqueira[1]

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 institui a pauta normativa a direcionar o exercício do poder político pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário de modo a efetivar os preceitos correlacionados aos direitos fundamentais, sobretudo o direito à saúde. Portanto, no que tange ao direito à saúde, há obrigatoriedade de atendimento como direito fundamental e, social, a impor a observância dos Poderes da República de modo a justificar, assim, o controle pelo Poder Judiciário com a viabilidade da judicialização a garanti-lo. Essa compreensão é tutelada pela doutrina, bem como pela jurisprudência nacional, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-Chave: Constituição. Direitos. Saúde. Poderes. República. Judicialização. Tribunais.

Abstract: The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 establishes the normative agenda to direct the exercise of political power by the Legislative, Executive and Judiciary in order to implement the precepts correlated to fundamental rights, especially the right to health. Therefore, with regard to the right to health, there is an obligation to provide care as a fundamental and social right, imposing compliance with the Powers of the Republic in order to justify, thus, control by the Judiciary with the viability of judicialization to guarantee it. This understanding is protected by doctrine, as well as by national jurisprudence, especially by the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice.

Keywords: Constitution. Rights. Health. Republic. Judicialization. Courts.

1. INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde perpassa a compreensão do direito fundamental à vida e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana como pilares do Estado democrático de Direito, artigos 5º e 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88. Desse modo, dentro do amplo espectro de possibilidades de tratamentos, medicamentos e procedimentos da saúde humana, frente aos entes federativos, cuja competência é solidária, há contínua evolução no estudo doutrinário e, na jurisprudência nacional, acerca dos meios de efetivar o direito constitucionalmente garantido.

Com tais considerações, o presente trabalho pretende reconhecer o direito fundamental à saúde como basilar do Estado Democrático de Direito e, também,

[1] Servidora Pública Federal, formada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MG, especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM e em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp, forcadevontadejcv@gmail.com.

identificar a forma de sua efetivação considerando-se a judicialização perante os Tribunais Brasileiros, especialmente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Tais panoramas, desenvolvem a harmonia de situações abstratamente conflitantes, quais sejam, as políticas públicas a depender de reservas financeiras do Estado e, lado outro, a concretização do direito social cuja base de validade decorre do fundamento da Lei Maior de modo que sua efetivação está diretamente vinculada à formação e continuidade do estado Brasileiro.

Com isso, tem-se a imprescindibilidade de se reconhecer o direito tratado, bem como, sua vinculação com a fundação do Estado Brasileiro e, sua efetivação, ainda dependente do Poder Judiciário, igualmente como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim sendo, além do estudo do direito à saúde, apresenta-se, no trabalho, a compreensão jurisprudencial do tema pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobressai, na ordem jurídica brasileira, como vetor principiológico a fundamentar a epistemologia do direito nacional, bem como, a hermenêutica, a justificar a aplicação das normas em constante controle de validade.

Vinculada à dignidade da pessoa humana, há o direito à vida e, inafastavelmente o direito à saúde, por compreender o bem-estar físico, mental e social em uma dimensão biopsicossocial[2], o que ocasiona o vínculo do Estado constituído pelo poder constituinte originário.

Nessa perspectiva, o direito à saúde, elencado como fundamental e, social, nos artigos 6º e 196 a 200 da Lei Maior, possui dimensão de direta efetividade com possibilidade de judicialização caso não atendido pelos Poderes Públicos.

Em sintonia, o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê que a saúde constitui direito de todos e, em correspondência, consubstancia dever do Estado a ser garantido por políticas públicas sociais e econômicas.

[2] ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. Manual de Direitos Fundamentais à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos - 1 ed. - Belo Horizonte: CEI, 2023.

Tais políticas públicas devem objetivar a redução do risco de doença e de outros agravos com tendência ao acesso universal e igualitário às ações e serviços com finalidade de promover, proteger e recuperar.

Outrossim, a Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, traz o direito à saúde em ampliada consideração pelo sujeito tutelado e digno da realização de tal direito e, ainda, conceitua-o com as ações públicas a assegurá-lo.

Vale dizer, no próprio conceito do direito inserem-se as medidas a tutelá-lo já que sem tais direcionamentos sequer há o próprio direito.

Por isso, a legislação a regulamentar os artigos 6º e 196 a 200 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz medidas de saúde preventiva e curativa, porquanto se relacionam à garantia primária de se evitar os agravos (prevenção) e, também, à tutela em caso de necessidade de restabelecimento por procedimentos, medicação e tratamentos de um modo geral (busca ativa de cura e convalescência).

Como aponta o Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Luís Henrique Linhares Zouein[3]:

> O direito à saúde assegura a promoção do bem-estar físico, mental e social (dimensão biopsicossocial) de um indivíduo, impondo ao Estado a oferta de serviços públicos a todos para prevenir ou eliminar doenças e outros gravames. Compreende, portanto, também o direito à prevenção de doenças, de tal sorte que o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo são, como por evitar que ele se torne doente. Além disso, o direito à saúde possui uma faceta individual e outra coletiva, pois há o direito difuso de todos de viver em um ambiente sadio, sem o risco de epidemias ou outros malefícios à saúde.

À luz de tais considerações, há plena exigibilidade dos cidadãos brasileiros no que pertine à saúde pública como direito fundamental básico à garantia da dignidade e, também, da vida.

Tal noção imbrica-se com a compreensão do mínimo existencial correlato ao conjunto de direitos básicos sem os quais não se cumpre os postulados constitucionais derivados, mormente, da dignidade da pessoa humana como basilar do Estado Constitucional Brasileiro.

Nesse ponto, reconhece-se a posição clássica no sentido de que o dever de respeito aos direitos fundamentais direciona-se ao Estado em eficácia vertical, de

[3] ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. Manual de Direitos Fundamentais à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos - 1 ed. - Belo Horizonte: CEI, 2023, pág 245.

modo que o direito é invocado pelo particular a exigi-lo perante o Poder Público, o que se coaduna com a ordem jurídica brasileira[4].

Tal posição é robustecida pela exigibilidade de atuação do Estado e, não somente, de abstenção, o que se compreende pela evolução do Estado liberal ao social e, pela ordem jurídica atual, Estado Democrático de Direito.

Importante se considerar que o constituinte de 1988, também o reformador de 2000, pela Emenda Constitucional nº 29, direcionaram a compreensão do direito à saúde com indissociabilidade de sua efetivação. Tanto é assim que há obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos a garantir o direito, artigo 198, §2º, inciso III, da CRFB/88 e artigo 77, inciso III e parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

Tal reserva de fontes financeiras constitui norma de observância obrigatória, a justificar, inclusive, eventual estado constitucional excepcional de intervenção por descumprimento, consoante o artigo 34, inciso VII, alínea 'e', da Lei Fundamental de 1988.

De acordo com o Recurso Extraordinário 858075/RJ[5], em que o Supremo Tribunal do Brasil, fixou o Tema 818 sob a sistemática de recursos repetitivos em repercussão geral, há controle judicial possível e válido acerca dos recursos orçamentários obrigatórios a serem destinados à saúde pública por serem autoaplicáveis, de direta eficácia e efetividade, em decorrência da previsão constitucional.

Ainda, com a Lei Complementar 141 de 2012, restou sedimentado que as transferências constitucionais tributárias, em repartição do orçamento, no federalismo cooperativo da ordem jurídica brasileira, são condicionadas ao cumprimento dos percentuais mínimos de gasto em saúde pública de vinculação inarredável.

Com isso, a política de confirmação dos administradores públicos é restrita a denotar, mais ainda, o direcionamento das atuações dos entes federativos ao cumprimento dos preceitos constitucionais atrelados ao mínimo existencial, especialmente à saúde pública.

[4] VITORELLI, Edilson, organizador. Manual de Direitos Difusos. 1 ed. - Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
[5] RE 858075, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-169 DIVULG 24-08-2021 PUBLIC 25-08-2021

Entretanto, em caso de descumprimento ou defasagem, surge a possibilidade de realização do direito por meio da instigação do Poder Judiciário.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê o acesso à ordem jurídica como direito fundamental considerando a inafastabilidade de conhecimento e, apreciação, de ameaça ou lesão a direitos pelo Poder Judiciário, artigo 5º, inciso XXXV.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, o Poder Judiciário compõe os poderes da República instituído pela Lei Maior cuja finalidade vincula-se ao cumprimento de seus preceitos, especialmente de garantia dos direitos fundamentais cuja aplicação decorre das normas auto aplicáveis e, igualmente, constitucionais.

Inclusive, a legitimidade democrática, não vinculada ao sufrágio dos membros do Poder Judiciário decorre, exatamente do cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cuja instituição decorreu do Poder Constituinte Originário, Revisor e Reformador, de estrita atenção dos Poderes e, nesse sentido, na hipótese de o Poder Legislativo ou o Poder Executivo descumprirem tais preceitos, pode o Judiciário obrigá-los a tanto.

Como aponta o Ministro do Pretório Excelso, Luís Roberto Barroso[6]:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (...)
> A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de

[6] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

> direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.
> A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Desse modo, a judicialização possui embasamento jurídico constitucional sem violar a separação dos poderes do artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ao contrário, há plena atenção à Lei Fundamental do Estado Brasileiro com a atuação do Poder Judiciário tendente a efetivá-la enquanto demais Poderes podem estar em crise de legitimidade por atenção maior a interesses políticos partidários em detrimento da norma cuja eficácia normativa é inarredável, a CRFB/88.

Justamente por isso, a tese de reserva do possível, de origem germânica pelo Tribunal Constitucional alemão[7], constitui a identificação acerca de qual a extensão da possibilidade financeira do Estado para o provimento de prestações materiais às pessoas em cumprimento às normas que as resguardam.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal considerou no Recurso Extraordinário 592.581[8], em que sedimentou, o Tema 220 em sede de recursos repetitivos com repercussão geral, a possibilidade de o Poder Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer a titulo de atendimento de necessidades básicas em presídios públicos brasileiros com supremacia da dignidade da pessoa humana a respaldar a atuação do referido Poder em tal mister, sem que se possa opor

[7] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional - 14 ed.,rev.atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
[8] RE 592581, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13-08-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016

a tese da reserva do possível ou o princípio da separação dos poderes (BRASIL, 2016).

Igualmente, no que tange ao direito à educação com garantia de vagas em creche ou pré-escolas para as crianças de zero a cinco anos de idade com auto aplicabilidade constitucional, sem que a tese da reserva do possível sirva a obstar direitos fundamentais de imediata e direta eficácia, RE 1008166 (BRASIL, 2023)[9].

Em recente posicionamento, também em relação a obras a garantir a acessibilidade na mobilidade urbana conforme Agravo Regimental em Recurso Extraordinário ARE 1269451 (BRASIL, 2021)[10].

Tais compreensões se direcionam ao direito à saúde sendo inaplicável a tese da reserva do possível a casos conflitantes com o mínimo existencial.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ consubstancia órgão do Poder Judiciário nos termos do artigo 92, inciso I-A, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Possui atribuição de controle da atuação administrativa e financeira do mencionado Poder, além de estrategicamente ajudá-lo no cumprimento e efetivação da missão constitucional de efetivação dos direitos fundamentais, artigos 103-B da CRFB/88, Lei Orgânica da Magistratura Nacional e Resoluções normativas.

Nesse escopo, a judicialização da saúde perpassa o interesse do Conselho Nacional de Justiça em atuação de melhor organização do Poder Judiciário a identificar melhores vias de aferição dos casos apresentados pelos jurisdicionados com atenção à área técnica imprescindível a tanto.

Por tal compreensão, promove políticas públicas, jornadas e seminários sobre o assunto com edição, em 2010, da Resolução CNJ 107, instituindo o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde (FONAJUS).

Já em setembro de 2016, pela Resolução CNJ 238, criou-se os Comitês Estaduais de Saúde, bem como a viabilidade da especialização em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública.

[9] RE 1008166, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22-09-2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 19-04-2023 PUBLIC 20-04-2023
[10] ARE 1269451 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 15-09-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 22-09-2021 PUBLIC 23-09-2021

Ressalte-se que a criação de tais Comitês é obrigatória para todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais com desde a Resolução CNJ 238 de 2016 com regulamentação organizacional pela Resolução CNJ 388 de 2021.

Por isso, sobressai robustecida a noção da atuação do Poder Judiciário na fiscalização e, também, na implementação dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde.

Resta imprescindível se considerar que a atuação Judiciária perpassa medidas judicializadas e, também, preventivas, mormente com os estudos preventivos em parceria com os demais Poderes a permitir a concretização do direito anteriormente a qualquer ameaça ou violação que justifique o ajuizamento de demandas.

Dentro de tal panorama, percebe-se que o tema do direito à saúde, por vincular-se ao fundamento da República Federativa do Brasil de 1988 e, ainda, consubstanciar direito fundamental, relaciona-se ao Poder Judiciário como órgão da República com missão constitucional de efetivar direitos fundamentais e conter abusos estatais.

5. JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E DIREITO À SAÚDE

O direito fundamental à saúde passou a ser alvo da judicialização considerando-se sua existência e imediata aplicabilidade constitucional, bem como, o direito à ordem jurídica justa a conformar o exercício dos Poderes com a Lei Fundamental do Estado Brasileiro, artigos 1º, III, 5º, XXXV, 6º, 196 a 200.

Por tal perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal decidiram acerca da responsabilidade dos entes federativos nas demandas prestacionais na área da saúde pública.

Por ocasião do Recurso Extraordinário 855.178, o Supremo Tribunal Federal, decidiu em repercussão geral, Tema 793, em interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que a responsabilidade da União, dos Estados-membros e dos Municípios, é solidária conforme os artigos 6º, 23 e 196.

Conforme o precedente[11]:

> Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE.

[11] RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020

> POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
> 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.
> 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.
> 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos.
> (RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020)

Nesse sentido, o jurisdicionado pode selecionar o(s) ente(s) federativo(s) para os quais pretende direcionar a demanda com possibilidade de o Juízo efetivar o cumprimento das regras de repartição de competências e determinar eventual ressarcimento para o ente federativo que suportou o ônus, embora de outro solidariamente responsável.

Em igual sentido é o enunciado 60, aprovado pela II Jornada de Direito da Saúde promovida pelo Conselho Nacional de Justiça[12]:

> Enunciado 60: A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Entretanto, na hipótese de a ação demandar fornecimento de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por integrar a Administração Pública Federal, há imprescindibilidade de a União estar no polo passivo, artigo 109 da Constituição da República Federativa do Brasil, e, Tema 500[13] de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

---

[12] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados consolidados jornada de direito à saúde - Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/todos-os-enunciados-consolidados-jornada-saude>. Acesso em 27 de abril de 2024.

[13] RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020

Em atualização, pelo Tema 1.234[14] de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, assentou-se que nas demandas judiciais a envolver procedimentos padronizados a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades pela estruturação do Sistema Único de Saúde - SUS.

Por este, a União resta com questões mais complexas, já os Estados-membros coordenam rede de laboratórios próprios e hemocentros, com hospitais de referência e, locais de atendimento regionais. Lado outro, os municípios vinculam-se aos serviços de atenção básica com menção, ainda, à cumulação das competências municipais e estaduais pelo Distrito Federal.

Todavia, em casos de procedimentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, sobressai o direcionamento do jurisdicionado na composição do polo passivo, sendo vedado, até o julgamento definitivo do Tema 1234, a declinação de competência ou a determinação de inclusão da União no polo passivo, parâmetros que incidente aos casos sem sentença prolatadas até 17 de abril de 2023.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, havia decidido em Incidente de Assunção de Competência nº 14 pelo Conflito de Competência 188.002-SC[15] o seguinte:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO AO SUS. REGISTRO NA ANVISA. TEMA 793 DA REPERCUSSÃO GERAL. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO. OCORRÊNCIA. INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO. EXAME. JUSTIÇA FEDERAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA.
> 1. O STF, embora tenha mantido a orientação dominante nas Cortes Superiores acerca da responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde, com fundamento nos arts. 23, II, e 198 da CF/1988, quando julgou os EDcl no RE n. 855.178/SE (Tema 793), acabou inovando o cenário jurídico, ao exigir, de forma expressa, que o magistrado direcione o cumprimento da obrigação, segundo as normas de repartição de competências do SUS, assim como determine à pessoa política legalmente responsável pelo financiamento da prestação sanitária ressarcir a quem suportou tal ônus.
> 2. Essa mudança de cenário, por sua vez, acarretou uma divergência de interpretação do Tema 793 do STF entre as Justiças estadual e Federal e fez renascer a discussão relacionada à natureza do litisconsórcio formado em tais casos, há muito pacificada nos tribunais superiores.
> 3. Não obstante o disposto nos arts. 109, I, da CF/1988 e 45 do CPC/2015, bem como o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça nas

[14] RE 1366243 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 08-09-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 12-09-2022 PUBLIC 13-09-2022
[15] CC n. 188.002/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 12/4/2023, DJe de 18/4/2023.

Súmulas 150 e 254, imensa quantidade de conflitos de competência a respeito da aludida matéria começou a chegar diariamente a esta Corte de Justiça, notadamente após o julgamento do Tema 793 (Emb. Decl. no RE 855.178/SE) pelo STF.
4. No julgamento do Tema 793, o STF não avançou nas questões de natureza processual que normalmente são debatidas no âmbito do conflito de competência, a título de exemplo: a) a maneira como a União irá assumir a posição de parte nos processos relativos à saúde, vale dizer, a modalidade de intervenção, b) a competência estabelecida no art. 109, I, da CF/1988 (ratione personae) e c) o juízo competente para decidir sobre eventual formação de litisconsórcio passivo.
5. A Primeira Seção desta Corte de Justiça, com fulcro nos arts. 947 do Código de Processo Civil/2015 e 271-B do RISTJ, afetou os Conflitos de Competência n. 187.276/RS, 187.533/SC e 188.002/SC à sistemática do incidente de assunção de competência (IAC 14), para definir o juízo competente para o julgamento de demanda relativa à dispensação de tratamento médico não incluído nas políticas públicas, sendo o conflito de competência a via adequada para dirimir a questão de direito processual controvertida.
6. A controvérsia objeto do RE 1.366.243/SC - Tema 1234 do STF - não prejudica o exame da temática delimitada no IAC 14/STJ por esta Corte de Justiça, já que a suspensão ali determinada é dirigida aos recursos especiais e recursos extraordinários em que haja discussão sobre a necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda.
7. Embora seja possível aos entes federais organizarem-se de maneira descentralizada com relação às políticas públicas na área da saúde, essa organização administrativa não afasta o dever legal de o Estado (latu sensu) assegurar o acesso à medicação ou ao tratamento médico a pessoas desprovidas de recursos financeiros, em face da responsabilidade solidária entre eles. Em outras palavras, a possibilidade de o usuário do SUS escolher quaisquer das esferas de poder para obter a medicação e/ou os insumos desejados, de forma isolada e indistintamente - conforme ratificado pelo próprio STF no julgamento do Tema 793 -, afasta a figura do litisconsórcio compulsório ou necessário, por notória antinomia ontológica.
8. A dispensação de medicamentos é uma das formas de atender ao direito à saúde, que compõe a esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, mas não é, em si, o objeto principal da obrigação de prestar assistência à saúde de que trata o art. 196 da Constituição Federal.
9. As regras de repartição de competência administrativa do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração do polo passivo delineado pela parte no momento do ajuizamento da demanda, mas tão somente para redirecionar o cumprimento da sentença ou de determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, nos termos do decidido no julgamento do Tema 793 do STF.
10. O julgamento do Tema 793 do STF não modificou a regra de que compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas (Súmula 150 do STJ), bem como de que não cabe à Justiça estadual reexaminar a decisão, manifestando-se contrariamente (Súmula 254 do STJ).
11. Quanto ao ônus financeiro da dispensação do medicamento, insumos e tratamentos médicos, nada impede que o ente demandado se valha do estatuído no art. 35, VII, da Lei n. 8.080/1990, que prevê a possibilidade de "ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo" caso, ao final, demonstre não ser sua a atribuição para o fornecimento do fármaco, assim como do disposto nos arts. 259, parágrafo único, 285 do Código Civil/2002 e 23 do Decreto n. 7.508/2011.
12. Ainda que haja entraves burocráticos para o ressarcimento, a solução para o problema não é transferir a demanda para a Justiça Federal em situações em que isso não é cabível, ao arrepio da legislação processual civil

e da Constituição Federal, sob pena de impor diversos obstáculos ao paciente que depende de fármaco e/ou tratamento médico urgente para evitar o agravamento de sua doença ou até mesmo o risco de morte.
13. Quando o magistrado determinar que a obrigação de fornecer medicamento fora da lista do SUS seja cumprida por determinado ente público, nada impede que, posteriormente, reconheça-se a possibilidade de ressarcimento por outro, caso se entenda ser deste último o dever de custeio. Precedente do STJ.
14. A jurisprudência desta Corte, consolidada no REsp n. 1.203.244/SC, no sentido de inadmitir o chamamento ao processo dos demais devedores solidários em demandas de saúde contra o SUS, na forma do art. 130 do CPC/2015, deve ser mantida, exceto se houver posterior pronunciamento do STF em sentido contrário.
15. Solução do caso concreto: na hipótese, a parte autora escolheu litigar contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Vacaria. Contudo, o Juiz estadual determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, por entender que a União deve figurar no polo passivo da demanda, sem que haja nenhuma situação de fato ou de direito que imponha a formação de litisconsórcio passivo necessário, de modo que a ação deve ser processada na Justiça estadual.
16. Tese jurídica firmada para efeito do artigo 947 do CPC/2015:
a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na ANVISA, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora elegeu demandar;
b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da propositura da ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade ad causam, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal.
c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência ratione personae), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ).
17. Conflito de competência conhecido para declarar competente para o julgamento da causa o Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de São José/SC.
(CC n. 188.002/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 12/4/2023, DJe de 18/4/2023.)

De tal modo, a saúde constitui direito fundamental de possível judicialização caso desatendido com vinculação das políticas públicas e dos Poderes instituídos pela Ordem Jurídica da Constituição da República de 1988.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil consubstancia Estado Democrático de Direito cujos direitos fundamentais são de obrigatória observância pelos Poderes Políticos,

sem que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário possam atuar em desatenção à pauta constitucional. Nesta se insere o direito à saúde como garantia fundamental a efetivar a dignidade da pessoa humana e o Estado brasileiro com viabilidade da judicialização caso necessário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. **ARE 1269451 AgR**, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 15-09-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 22-09-2021 PUBLIC 23-09-2021

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT** (1988), Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. CC n. **188.002/SC**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 12/4/2023, DJe de 18/4/2023. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 10.04.2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar 141**. Brasília: Congresso Nacional, 2012.

BRASIL. **Lei 8.080**. Lei Orgânica da Saúde Nacional. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. **RE 1008166**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22-09-2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 19-04-2023 PUBLIC 20-04-2023. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10.04.2024.

BRASIL. **RE 657718**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10.04.2024.

BRASIL. **RE 858075**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-169 DIVULG 24-08-2021 PUBLIC 25-08-2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10.04.2024.

BRASIL. **RE 684612**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/07/2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 04-08-2023 PUBLIC 07-08-2023. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10.04.2024.

BRASIL. **RE 592581**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13-08-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10.04.2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados consolidados jornada de direito à saúde** - Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/todos-os-enunciados-consolidados-jornada-saude>. Acesso em 27.04.2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 107, de 2010**. Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 27.04.2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 238, de 2016**. Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 27.04.2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 388, de 2021**. Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 27.04.2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 14 ed.,rev.atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

VITORELLI, Edilson, organizador. **Manual de Direitos Difusos**. 1 ed. - Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. **Manual de Direitos Fundamentais à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos** - 1 ed. - Belo Horizonte: CEI, 2023, pág 245.

O CONFLITO FEDERATIVO: A GUERRA DE COMPETÊNCIAS NA PANDEMIA DA COVID-19

FEDERALISM DISPUTES: THE JURISDICTION WAR IN THE CONTEXT OF COVID-19 PANDEMIC

Isabela Ferreira Sauer[1]

Resumo: O presente trabalho teve por objetivo traçar um breve panorama acerca das fragilidades e contradições da repartição de competências na Federação Brasileira, sobretudo no contexto da crise político-institucional da covid-19. Para tanto, foram tecidas considerações gerais a respeito da forma federativa de Estado, delineando sua origem e suas principais características, com ênfase na análise da federação brasileira e no sistema de repartição de competências constitucionalmente estabelecido. Buscou-se, ainda, explicitar a problemática dos conflitos federativos na jurisprudência pátria, inclusive mediante observação de alguns casos concretos julgados pelo STF, no contexto da pandemia da COVID-19.

Palavras-Chave: Federalismo. Conflito federativo. COVID-19.

Abstract: The aim of this work was to provide a brief overview of the weaknesses and contradictions in the division of competences in the Brazilian Federation, especially in the context of the political-institutional crisis of Covid-19. To this end, general considerations were made regarding the federative form of the State, outlining its origin and main characteristics, with an emphasis on the analysis of the Brazilian Federation and the constitutionally established system of division of powers. It also has been sought to demonstrate the issue of federative conflicts in national jurisprudence, including the observation of some specific cases judged by STF, in the context of the COVID-19 pandemic.

Keywords: Federalism. Jurisdiction dispute. COVID-19.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19 evidenciou o desequilíbrio da federação brasileira no que tange às relações intergovernamentais, cujo dissenso em torno das políticas públicas de enfrentamento à doença foi notório.

Nesse sentido, observou-se um trágico cenário em que governadores, prefeitos e governo federal valeram-se das falhas e oportunidades facultadas pelo desenho político-institucional brasileiro, para arriscarem suas apostas, de acordo com seus próprios interesses políticos. Como consequência, tem-se atos normativos e políticas públicas absolutamente contrapostos entre os três entes federados.

[1] Assessora do Tribunal de Justiça de Goiás, graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP).

Diante disso, o presente artigo objetiva examinar o que se encontra por detrás desse quadro de incerteza e insegurança quanto à atuação dos Entes Federados. Buscar-se-á compreender, portanto, eventuais origens e motivos dessa aparente instabilidade, assim como, a forma como a Suprema Corte tem enfrentado as situações de embate entre as unidades federativas. A partir daí, sugerir-se-ão eventuais posturas e medidas a serem adotadas como forma de minimizar tais conflitos.

Para que sejam atingidas as finalidades acima elencadas, em um primeiro momento, será dado um panorama geral acerca da forma federativa de Estado, delineando sua origem e suas principais características. Registre-se que o objetivo é apenas situar o tema proposto; longe, portanto, de esgotar o assunto.

Em seguida, passa-se à análise da federação brasileira, assim como da repartição de competências constitucionalmente estabelecida, a fim de que se possa melhor compreender a parte final do presente artigo. Nesta, examinar-se-á a problemática dos conflitos federativos na jurisprudência pátria, inclusive, mediante observação de alguns casos concretos recentemente julgados pelo STF.

A partir daí, serão extraídas possíveis conclusões acerca da temática enfrentada, buscando-se eventuais alternativas que assegurem a solidez da federação brasileira e, consequentemente, minimizem os conflitos federativos.

Por fim, ressalta-se que a essencialidade da discussão não está na maior ou menor importância do assunto específico tratado pela legislação, mas sim, na observância respeitosa à competência constitucional do ente federativo para editá-la, com preservação de sua autonomia e sem interferência dos demais entes da federação.

Afinal, segundo Lúcio Levi[2], a federação constitui a realização mais alta dos princípios do constitucionalismo. Com efeito, a ideia do Estado de Direito, o Estado que submete todos os poderes à lei constitucional, parece que pode encontrar sua plena realização somente quando, na fase de uma distribuição substancial das competências, o Executivo e o Judiciário assumem as características e as funções que têm no Estado Federal.

[2] Apud BOBBIO, Norberto et al. Dicionário de Política. Vol. I. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 482.

2. DA FEDERAÇÃO

O termo federação, oriundo do latim – "*foedus, foederis*" - significa aliança, pacto, união. Nesse sentido, o Estado Federal é constituído pela união de entes políticos autônomos dotados de personalidade jurídica de direito público.

Dentre as principais características dessa forma de Estado, está a descentralização político-administrativa, fixada pela Constituição Federal, que prevê núcleos de poder político, concedendo autonomia para os respectivos entes. Destarte, fundamental a existência de uma Constituição rígida no sentido de garantir a distribuição de competências entre os entes autônomos, de modo a garantir verdadeira estabilidade institucional.

Outrossim, conforme aponta Marcelo Novelino[3], a participação das vontades parciais na vontade geral é outra nota definidora da federação. No caso brasileiro, a participação dos Estados-membros na vontade nacional dá-se por meio do Senado.

A capacidade de auto-organização dos Estados-membros, por meio de Constituições próprias, também é requisito indispensável para caracterizar a forma federativa de Estado.

Ademais, não se pode desconsiderar a inexistência do direito de secessão. Ou seja, uma vez criado o pacto federativo, não há o direito de separação por parte dos entes que o compõem. Nesse sentido, a CF/88 determina, em seu art. 34, I, que a tentativa de retirada ensejará, inclusive, a decretação de intervenção federal.

Além disso, cumpre destacar que a forma federativa de Estado tem as suas primeiras origens nos Estados Unidos, cujo surgimento deu-se em resposta à necessidade de um governo eficiente em vasto território, que, ao mesmo tempo, assegurasse os ideais republicanos que vingaram com a revolução de 1776[4].

Após reunirem-se na cidade da Filadélfia, os Estados Confederados, recém emancipados, estruturaram as bases para a Federação norte-americana. Cada Estado cedeu parcela de sua soberania para um órgão central, responsável pela centralização do poder, mas de modo a preservar a autonomia dos Estados.

Daí dizerem os autores que a formação da Federação dos EUA decorreu de um movimento centrípeto, de fora para dentro, ou seja, Estados soberanos cedendo

[3] NOVELINO, op. cit. p. 597.
[4] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 728.

parcela de sua soberania, em verdadeiro movimento de aglutinação[5], para formar um ente único, no qual os integrantes passam a ter apenas autonomia (federalismo por agregação).

Cumpre destacar que, no caso brasileiro, ocorreu justamente o oposto, conforme explicitado no tópico seguinte. Em decorrência dessa diferença histórica, pode-se entender porque os Estados norte-americanos têm autonomia muito maior que os Estados-Membros brasileiros.

3. A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Republicana de 1891 consagrou, pela primeira vez, a forma federativa de Estado no Brasil. De forte inspiração norte-americana, adotou-se um modelo rígido e dualista de repartição de competências.

Todavia, ao contrário do que se verificou nos Estados Unidos, a federação brasileira é fruto de um processo de descentralização política do Estado Unitário (movimento centrífugo), denominado de federalismo por segregação.

Desde então, a forma federativa de Estado foi adotada por todas as Constituições brasileiras. No entanto, não se pode deixar de registrar o entendimento de alguns doutrinadores, segundo o qual, nas Constituições de 1937 e de 1967, bem como durante a vigência da Emenda n. 1/69, tivemos no Brasil somente uma Federação de fachada[6].

Em tais períodos, segundo Maria Hermínia Tavares de Almeida[7], o grau de centralização era tamanho que estados e governos locais quase se transformam em agentes administrativos de um governo nacional, com grande envolvimento em assuntos subnacionais, predomínio nos processos de decisão e no controle dos recursos financeiros.

Foi com a Constituição de 1988 que se deu nova configuração à federação brasileira. Os Municípios passaram a ser dotados das mesmas autonomias atribuídas à União e aos Estados, além de serem elencados, de forma inédita, entre os entes federados (CF, arts. 1º e 18). De outro lado, os Territórios passaram a ter a natureza

[5] LENZA, op. cit. p. 320.
[6] MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. p. 323.
[7] DE ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. Recentralizando a Federação. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, 24, p.29-40, jun-2005.

de descentralizações administrativas pertencentes à União, deixando de integrar a federação brasileira (art. 1º, CF/1969)[8].

Nesse sentido, o art. 1.º, caput, da Magna Carta dispõe que "a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito", sendo que o caput de seu art. 18 estabelece que "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

Não obstante uma análise superficial dos dispositivos constitucionais referentes à República Federativa do Brasil sugira uma equânime e tranquila repartição de competências e atribuições entre União, Estados e Municípios, a realidade prática mostra-se bem mais complexa e conflituosa.

4. O REGIME DE COMPETÊNCIAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Não obstante a Constituição de 1988 tenha introduzido algumas inovações, manteve as linhas básicas tradicionais das Constituições anteriores, adotando como diretriz para a repartição de competências na federação brasileira o princípio da predominância do interesse[9].

Dessa forma, no Estado brasileiro, compete: (a) à União: as matérias de interesse geral (nacional); (b) aos Estados-membros: os temas de interesse regional; e (c) aos Municípios: os assuntos de interesse local. Ao Distrito Federal, em razão de sua natureza híbrida, foi atribuída competência para tratar de assuntos de interesse regional e local (CF, art. 32, § 1º).

Ocorre que, em decorrência da extrema complexidade envolvendo a repartição de competências, este princípio mostra-se insuficiente, mormente porque, em certos casos, há interesse cuja preponderância de interesse enquadra-se em mais de uma unidade federativa.

Nesse sentido, os estudiosos do tema apontam a existência de outros critérios igualmente aplicáveis para que se proceda à adequada repartição de competências entre os entes federados.

[8] NOVELINO, op. cit. p. 605.
[9] Ibid.

Raul Machado Horta[10], por exemplo, atesta que o princípio da subsidiariedade está implicitamente previsto no esquema de distribuições de competências da Constituição de 1988. Assim, relativamente às competências que não tenham sido distribuídas com exclusividade à União, a atuação federal deveria restringir-se somente às questões em face das quais a intervenção dos Estados-membros e dos Municípios se revelasse insuficiente à melhor realização dos objetivos da República Federativa do Brasil. O STF, contudo, vem privilegiando a competência federal.

Pode-se mencionar, ainda, o princípio dos poderes implícitos, segundo o qual, a partir das disposições constitucionais que consagram a determinados órgãos a missão de cumprir certas finalidades, extrai-se implicitamente a competência que os autoriza a utilizar os meios apropriados e necessários para atingir tais objetivos[11]. Exemplo: ao órgão dotado de competência para legislar, atribui-se também o poder de emendar o projeto legislativo, bem como o de fiscalizar quem é incumbido de aplicar a lei; o poder de declarar guerra abrange o poder de fazer e empreender a guerra.

Por sua vez, Walber de Moura Agra[12] sustenta que teria sido adotado um critério híbrido, de natureza político-jurídica, fortemente influenciado pelo contexto social e pela tradição histórica, além da real possibilidade de implantação das competências, haja vista que as matérias que exigem grande aporte financeiro ou uniformidade legislativa obrigatoriamente devem ficar a cargo da União.

No mais, cumpre destacar que, sob o prisma da ordem interna, a Constituição brasileira de 1988 adotou o federalismo simétrico, na medida em que a distribuição de competências deu-se de forma equilibrada entre os entes federativos de mesmo grau dentro de sua esfera de atuação.

Ocorre que, esse modelo mostra-se inadequado à expressiva heterogeneidade subjacente ao ordenamento jurídico pátrio, mormente se considerada a extensão do território brasileiro, marcado por ampla diversidade cultural, linguística e socio-econômica. Nesse sentido, Pedro Lenza[13] assevera que:

> No Brasil há certo “erro de simetria”, pelo fato de o constituinte tratar de modo idêntico os Estados, como se verifica na representação no Parlamento (cada

[10] MACHADO HORTA, Raul. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. Revista do Instituto dos advogados de Minas Gerais, n. 9. p. 13-29. Belo Horizonte, 2003.
[11] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Coleção sinopses para concursos. Direito Constitucional. Tomo II. 3 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. p. 272.
[12] AGRA, Walber de Moura. Delineamento das competências federativas no Brasil. Leituras complementares de direito constitucional: Teoria do Estado. Salvador: Jus Podivm, p. 193-208.
[13] LENZA, op. cit. p. 321.

> Estado, não importa o seu tamanho, o seu desenvolvimento, elege o número fixo de 3 Senadores, cada qual com dois suplentes — art. 46, §§ 1.º e 3.º). O constituinte deveria ter considerado a dimensão territorial, o desenvolvimento econômico, a cultura etc., tratando, dessa forma, de modo assimétrico os entes federativos. Essa distinção, naturalmente, não poderia significar a preferência de um ente federativo em relação a outro, sob pena de se desvirtuar o texto constitucional.

Também segue essa linha, Augusto Zimmermann[14], segundo o qual o Estado federal brasileiro insiste, de forma equivocadamente centralizadora, em conferir tratamento simétrico aos Estados-membros, de forma a manter uma igualdade jurídica insensível à desigualdade verificada na realidade fática, seja em dimensão territorial, desenvolvimento econômico ou em densidade demográfica.

O quadro torna-se ainda mais grave, se considerado que a atribuição de competências, nos moldes delineados pela Constituição de 1988, não foi acompanhada pelas respectivas capacidades financeiras dos entes federados.

Destarte, o cenário narrado não poderia ter outra consequência que não o choque no exercício de atribuições pelas unidades federativas e a insegurança na respectiva resolução de tais conflitos, ante a ausência de critérios e parâmetros objetivos para delimitar o âmbito de atuação de cada um, conforme restará demonstrado ao final deste trabalho.

4.1. Da competência legislativa

4.1.1. Da competência privativa da União

A competência privativa da União para legislar está listada no art. 22 da CF.

Esse rol, contudo, não deve ser tido como exaustivo, havendo outras tantas competências referidas no art. 48 da CF. A par disso, numerosas disposições constitucionais carecem de leis integradoras de sua eficácia, sendo muitas de tais leis, pela natureza dos temas versados, indubitavelmente de competência da União[15].

No mais, os assuntos de maior relevância e de interesse comum à vida social no país nos seus vários rincões estão enumerados no catálogo do art. 22 da CF, a exemplo dos seguintes temas: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II - desapropriação; III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; IV -

[14] ZIMMERMANN, Augusto. Curso de direito constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 202.
[15] MENDES, op. cit. p. 746.

águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; V - serviço postal; VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; dentre outros.

Outrossim, há que se destacar que a Constituição consagrou a possibilidade de delegação de certas competências legislativas federais. Assim sendo, a União, por meio de lei complementar, poderá autorizar os Estados a legislarem sobre questões específicas das matérias de sua competência privativa, conforme dispõe o parágrafo único do art. 22 da CF.

Portanto, conforme destaca Novelino[16], são de três espécies os requisitos para delegação: a) formal (por meio de lei complementar); b) material (somente questões específicas das competências legislativas privativas da União); c) implícito (apenas à totalidade dos Estados-membros ou ao Distrito Federal), deduzido a partir da vedação constitucional de que a União, os Estados, Municípios e DF instituam preferências entre si (CF, art. 19, III).

Consigne-se que eventual autorização dada pela União não impede que esta, a qualquer tempo, retome sua competência, mediante revogação da delegação por nova lei complementar, em razão do princípio do paralelismo das formas[17].

4.1.2. Da competência concorrente

A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, verdadeiro "condomínio legislativo", de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros.

Trata-se de repartição vertical de competências, que se caracteriza por realizar a distribuição de idêntica matéria legislativa entre as pessoas estatais, consoante regras constitucionais de convivência.

Segundo Raul Machado Horta[18], a Constituição adotou a técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, cujo preenchimento deverá ser feito pela legislação estadual conforme as peculiaridades e exigências de cada Estado federado.

Assim sendo, o art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente, dentre as quais: o direito tributário e financeiro, previdenciário e urbanístico; conservação da natureza e proteção do meio ambiente; educação, proteção e integração social da pessoa portadora de deficiência; proteção

[16] NOVELINO, op. cit. p. 607.
[17] Ibid, p. 608.
[18] HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

à infância e à juventude; proteção do patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico; assistência jurídica, defensoria pública etc. Em especial, destaca-se a competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII).

Outrossim, a partir da leitura dos parágrafos do art. 24 da CF, nota-se que o constituinte optou pela consagração de competências não cumulativas. Isto é, cabe à União editar normas gerais (§ 1º); aos Estados e ao Distrito Federal cumpre o exercício de competência suplementar (§ 2º), como forma de preencher lacunas, tratando de questões específicas com a devida observância das diretrizes gerais fixadas.

Em caso de inércia da União, inexistindo lei federal elaborada pela União sobre norma geral, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, caput, c/c o art. 32, § 1.º) poderão suplementar a União e legislar, também, sobre as normas gerais, exercendo a competência legislativa plena.

Todavia, caso a União resolva legislar sobre norma geral, aquela anteriormente elaborada pelo Estado (ou Distrito Federal) terá a sua eficácia suspensa, no ponto em que for contrária à nova lei federal sobre norma geral. Caso não seja conflitante, passam a conviver, perfeitamente, a norma geral federal e a estadual (ou distrital).

Observe-se tratar de suspensão da eficácia, e não revogação, pois, caso a norma geral federal que suspendeu a eficácia da norma geral estadual seja revogada por outra norma geral federal, que, por seu turno, não contrarie a norma geral feita pelo Estado, esta última voltará a produzir efeitos[19].

Diante disso, costuma-se dividir a competência suplementar em duas espécies: I) competência concorrente complementar, quando dependente de prévia existência de lei federal que estabeleça normas gerais sobre o tema; II) competência concorrente supletiva, que surge em virtude de inércia da União[20].

Por fim, destaca-se inexistência de critério objetivo a ser utilizado para a caracterização da norma geral, o que constitui motivo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, conforme será explorado no tópico 5.

4.1.3 Da competência reservada aos municípios

Embora não estejam elencados entre os entes federativos com competência concorrente, os Municípios podem suplementar a legislação federal e estadual para

[19] LENZA, op. cit. p. 338.
[20] PADILHA, Rodrigo. Direito Constitucional. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 561.

tratar de assuntos de interesse local (CF, art. 30, I e II). Nesse caso, o regramento deve ser harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federativos[21].

De acordo com Gilmar Mendes[22], o interesse local corresponde àquele que seja predominantemente municipal, já que não há fato local que não repercuta, de alguma forma, igualmente, sobre as demais esferas da Federação.

Assim, consideram-se de interesse local, por exemplo, as atividades, e a respectiva regulação legislativa, pertinentes a transportes coletivos municipais, coleta de lixo, ordenação do solo urbano, fiscalização das condições de higiene de bares e restaurantes, entre outras. Também o horário de funcionamento das farmácias, como o do comércio em geral, é matéria que o STF reconhece ser de cunho municipal, conforme a Súmula Vinculante 38.

4.2. Da competência administrativa

4.2.1. Da competência exclusiva da União

A competência exclusiva da União encontra-se estabelecida no art. 21 da Constituição Federal. Portanto, nas hipóteses ali elencadas, cabe apenas à União atuar, excluindo-se a atividade de qualquer outra unidade federativa.

Dentre elas: manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; declarar a guerra e celebrar a paz; assegurar a defesa nacional; permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal; emitir moeda; instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.[23]

---

[21] STF - RE 586.224, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.03.2015, Plenário: "o Município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, inciso VI, c/c 30, incisos I e II, da Constituição Federal)". No caso, como já existe legislação federal prevendo a eliminação planejada e gradual da queima da palha da cana-de-açúcar (art. 40 da Lei n. 12.651/2012 — Código Florestal), não poderia a lei municipal ter fixado a proibição total e imediata, especialmente por não se enquadrar a matéria como de interesse local específico daquele município.

[22] MENDES, op. cit. p. 749.

[23] STF – ADI 5016, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11.10.2018, Plenário: CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO (CF, ART. 21, XIX). AFRONTA AO ART. 225, §1º, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. PROCEDÊNCIA. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. Ao disciplinar regra de dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos, o art. 18, § 5º, da Lei 11.612/2009 do Estado da Bahia, com a

Outrossim, a doutrina tradicional distingue a competência privativa da exclusiva, considerando que apenas na primeira admite-se delegação. A competência exclusiva é, pois, indelegável, por ausência de previsão expressa[24].

Há autores, contudo, que entendem inexistir qualquer diferença entre ambas, aduzindo a possibilidade de utilização intercambiável das duas expressões, a exemplo de Gilmar mendes e Fernanda Dias Menezes de Almeida[25].

4.2.2. Da competência comum

A Constituição de 1988 inovou ao estabelecer áreas comuns de atuação administrativa entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, elencadas em seu art. 23, dentre os quais: zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora; estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito, entre outros.

Ademais, além das competências elencadas no art. 23, verifica-se a existência de outras competências administrativas comuns esparsas no texto constitucional, a exemplo dos arts. 179, 180, 198, 215 e 225.

Ressalta-se que a competência comum não implica, de forma imediata, a competência para legislar. No entanto, isso não significa que os entes federativos estejam impedidos de legislar sobre o tema[26]. Afinal, se em um Estado de Direito tudo deve ser feito em conformidade com a lei, negar a competência legislativa acabaria por tornar inócua a competência material[27].

Outrossim, o art. 23, parágrafo único, da CF, estabelece que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

---

redação dada pela Lei 12.377/2011, **usurpa a competência da União, prevista no art. 21, XIX, da Constituição Federal, para definir critérios na matéria. 3. A dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos para perfuração de poços tubulares afronta a incumbência do poder público de controlar o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente** (CF, art. 225, § 1º, V). 4. Os arts. 19, VI, e 46, XI, XVIII e XXI, da lei atacada dispensam a manifestação prévia. Grifo nosso.

[24] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 329.

[25] Apud NOVELINO, op. cit. p. 613.

[26] NOVELINO, op. cit. p. 608.

[27] STF – RE 308.399/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29.03.2005.

O objetivo é claro: como se trata de competência comum a todos, no sentido de que não só conflitos, como também a dispersão de recursos, procurando estabelecer mecanismos de otimização dos esforços[28].

Cumpre ressalvar que o dispositivo mencionado deve ser interpretado no sentido de que tais leis complementares devem ser elaboradas pela União, podendo cada inciso ser regulamentado de maneira distinta, de acordo com a matéria envolvida.

Segundo Mendes[29], se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses. Mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados).[30]

Por fim, destaca-se também o interessante posicionamento do Ministro Edson Fachin, constante de seu voto no julgamento de questão envolvendo a proibição do amianto, ao sustentar que o federalismo cooperativo "não se satisfaz apenas com o princípio informador da predominância de interesses", devendo observar os preceitos de subsidiariedade e proporcionalidade[31].

5. DA PROBLEMÁTICA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA PRÁTICA

Não obstante uma leitura singela da Constituição de 1988 possa levar à conclusão de que a repartição de competências entre os entes federados encontra-se cirurgicamente delimitada, na prática, a realidade constatada revela-se bem mais complexa. Não raros são os casos levados ao Poder Judiciário em que se discute a quem cabe legislar ou atuar em relação a determinado assunto.

Os conflitos federativos são, em muito, reflexo justamente do modelo de compartilhamento de competências legislativas entre a União e as demais unidades federativas, em verdadeiro "condomínio legislativo", nos moldes explicitados nos tópicos anteriores.

[28] LENZA, op. cit. p. 336.
[29] MENDES, op. cit. p. 748.
[30] STF - AC-MC/RR 1.255, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.06.2006: "concorrendo projetos da União Federal e do Estado-membro visando à instituição, em determinada área, de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência"
[31] STF - ADIs 3.356, 3.357, 3.937 e ADPF 109. Rel. Min. Edson Fachin. j. 29 e 30/12/2017.

Afinal, repartição vertical de competências exige o fortalecimento das competências estaduais e municipais, ao mesmo tempo em que exige a necessidade de uniformização de soluções para todo o país quando há tensão entre a força centralizadora da legislação sobre matérias relevante para a União e o exercício de competência concorrente por Estados e Municípios.

Assim sendo, as margens de sobreposição de competência e as zonas de instabilidade conceitual, na prática, geram relevantes conflitos entre as unidades federativas e suas entidades personalizadas sobre os limites do poder de agir (right to act) e do poder de decidir (right to decide) em determinadas matérias[32].

Também não se pode desconsiderar o desenvolvimento histórico da federação brasileira, que também contribuiu para o cenário de insegurança na delimitação concreta da competência de cada ente federado, ou seja, origem a partir de um movimento centrípeto, marcada por períodos de maior ou menor descentralização de competências e com traços de federação assimétrica. Nesse sentido, destaca-se o voto, bastante elucidativo, do Min. Alexandre de Moraes, no recente julgamento da ADI 5572[33]:

> Atuando dessa maneira, **se, na distribuição formal de competências, houve um maior afastamento do federalismo centrípeto que sempre caracterizou a república brasileira, na distribuição material, nossas tradições históricas, político-econômicas e culturais, somadas ao próprio interesse do legislador constituinte, que permaneceria como poder constituído (Congresso Nacional), após a edição da Constituição de 1988, acabaram por produzir grande generosidade do texto constitucional na previsão dos poderes enumerados da União, com a fixação de competência privativa para a maioria dos assuntos de maior importância legislativa**.
> Consequentemente, concordemos ou não, **no texto da Constituição de 1988, as contingências históricas, político-econômicas e culturais mantiveram a concentração dos temas mais importantes no Congresso Nacional, em detrimento das Assembleias locais**, como salientado por JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (Teoria geral do federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 317), e facilmente constatado ao analisarmos o rol de competências legislativas da União estabelecidas no artigo 22 do texto constitucional.
> Essa opção inicial do legislador constituinte, ao centralizar, nos poderes enumerados da União (CF, artigo 22), a maioria das matérias legislativas mais importantes, contudo, não afastou da Constituição de 1988 os princípios básicos de nossa tradição republicana federalista, que gravita em torno do princípio da autonomia, da participação política e da existência de competências legislativas próprias dos Estados/Distrito Federal e Municípios, indicando ao intérprete a **necessidade de aplicá-los como vetores**

[32] NERY, Ana Rita de Figueiredo. Supremo Tribunal Federal e solução de conflitos federativos em serviços públicos: Porto de Suape. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic7.pdf?d=636676094064686945>. Acesso em: 08 de junho de 2020. p. 5.
[33] STF – ADI 5572. Rel. Min. Alexandre de Moraes. j. 23/08/2019.

> **principais em cada hipótese concreta em que haja a necessidade de análise da predominância do interesse, para que se garanta a manutenção, fortalecimento e, principalmente, o equilíbrio federativo** (GERALDO ATALIBA. República e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 10), **que se caracteriza pelo respeito às diversidades locais** (...). **Grifos nossos**.

Diante disso, respeitadas as opções realizadas pelo legislador constituinte e previamente estabelecidas no próprio texto constitucional, quando surgem dúvidas sobre a distribuição de competências e, consequentemente, a necessidade de definição do ente federativo competente para legislar sobre determinado e específico assunto, que engloba uma ou várias matérias com previsão ou reflexos em diversos ramos do Direito, caberá ao intérprete dar a respectiva solução ao caso concreto.

Para isso, a delimitação do que seriam normas gerais em matéria submetida à legislação concorrente, bem como a definição do alcance da competência suplementar, é decisiva, com base na manutenção do equilíbrio constitucional.

A definição do critério a ser utilizado para a caracterização da norma geral é objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto[34], trata-se de declarações principiológicas a serem editadas pela União no uso de sua competência concorrente, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre determinados assuntos e que deverão ser respeitadas pelos Estados.

Para o autor, tais normas têm as seguintes características: I – estabelecem diretrizes, linhas gerais; II – não pretendem esgotar o assunto, regulando-o de modo detalhado; III – devem ser aplicáveis indistintamente a todos os entes públicos; IV – uniformidade para situações homogêneas; V – respeito à autonomia dos Estados; VI – não aplicáveis diretamente.

Estabelecidas tais premissas, passa-se à análise da matéria sob a ótica prática, consubstanciada na jurisprudência pátria.

5.1. Análise de casos: quais as respostas do ordenamento jurídico brasileiro ao conflito de competências trazido pelo vírus?

As fragilidades e contradições da repartição de competências na federação brasileira, conforme exposto, foram e continuam sendo evidenciadas, de forma cristalina, pela crise político-institucional do coronavírus.

[34] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, out-dez., 1988, p. 127-162.

As tensões entre os entes federados, oriundas do descompasso na delimitação de competências de cada um deles, refletem-se em uma preocupante politização da saúde pública. Assiste-se a um trágico cenário em que governadores, prefeitos e governo federal valem-se das falhas e oportunidades facultadas pelo desenho político-institucional brasileiro, para arriscarem suas apostas, de acordo com seus próprios interesses políticos. Como consequência, tem-se decisões absolutamente contrapostas entre os três entes federados.

Em decorrência disso, o papel fundamental de manutenção do equilíbrio federativo acaba sendo conferido ao Poder Judiciário, ao qual cabe se manifestar, em caráter definitivo, em sede de controle de constitucionalidade ou em ações dispersas, sobre o cumprimento da Constituição e, assim, sobre partilha de competências que ela estabelece. Em última instância, tal análise cabe ao Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, considerando que tal papel é exercido casuisticamente, à míngua de critérios precisos e objetivos, cumpre analisar como tem se manifestado a Suprema Corte quando diante de tais conflitos federativos.

A) ADI 6341[35]

No início de fevereiro de 2020, foi editada a Lei federal nº 13.979/2020, prevendo medidas para o enfrentamento do coronavírus. Naquela época, os problemas causados pelo vírus já ocorriam em outros lugares do mundo, mas a doença ainda não havia chegado no Brasil.

Em março de 2020, com o objetivo de tentar conter o avanço da covid-19 no país, alguns Prefeitos e Governadores editaram decretos restringindo a entrada e saída de pessoas nos seus territórios. Foi o caso, por exemplo, do Decreto nº 46.980, de 19 de março de 2020, do Governo do Estado do Rio de Janeiro.

O Governo Federal, contudo, entendeu que tais medidas extrapolavam o âmbito da competência de prefeitos e governadores e, por meio da MP 926/2020, alterou a Lei nº 13.979/2020, para deixar expresso que somente por ato do Poder Executivo federal seria possível a restrição da locomoção interestadual e intermunicipal.

Diante disso, o Partido Democrático Brasileiro (PDT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a referida MP.

[35] STF. Plenário. ADI 6341 MC-Ref/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 15/4/2020 (informativo 973).

No dia 24/03/2020, o Min. Marco Aurélio, relator da ação, proferiu decisão cautelar, na qual entendeu que os Prefeitos e Governadores podem adotar medidas de combate ao coronavírus, conquanto providências relacionadas à proteção da saúde, matéria que é de competência comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, na forma do art. 23, II, da CF/88[36].

Mais tarde, o Plenário do STF, por maioria, referendou a medida cautelar na ação direta, deferida pelo Ministro Marco Aurélio, e, ainda, acrescentou novas conclusões.

Em suma, a decisão do Supremo confirmou a medida acauteladora concedida monocraticamente pelo Relator para: I - tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente, no sentido de que, as providências adotadas pelo Governo Federal não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior.; II - dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020[37], a fim de explicitar que o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, no entanto, esse decreto deverá preservar a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição Federal.[38]

A decisão em comento, portanto, privilegiou a competência comum da União, dos Estados, DF e Municípios para proteção da saúde (CF, art. 23, II). Importante destacar também que o Supremo considerou que isso não autoriza que se outorgue aos governantes uma discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do estado de direito democrático.

Ao contrário, o exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais a serem observados pelas autoridades

[36] "Defiro, em parte, a medida acauteladora, para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente (...). As providências adotadas pelo Governo Federal não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior.
[37] Art. 3º (...) § 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. § 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.
[38] Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

políticas. Esses agentes públicos devem sempre justificar as suas ações, que serão controladas pelos demais Poderes e por toda sociedade[39].

B) ADI 6343[40]

A ADI 6343 foi ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade, no mesmo contexto narrado em relação à ADI 6341. Todavia, foram impugnados pontos diferentes da MP 926/2020.

Nesse sentido, o STF concedeu parcialmente medida cautelar para: I) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, "b", e §§ 6º e 7º, II, da Lei nº 13.979/2020[41], a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou de observância ao ente federal; e II) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.

Para o STF, a União não deve ter o monopólio de regulamentar todas as medidas que devem ser tomadas para o combate à pandemia. O governo federal tem o papel primordial de coordenação entre os entes federados, mas a autonomia de cada um deles deve ser respeitada, porquanto é impossível que o poder central conheça todas as particularidades regionais.

Destarte, novamente, privilegiou-se a competência comum da União, dos Estados, DF e Municípios para proteção da saúde (CF, art. 23, II), com a ressalva de que isso não autoriza que se outorgue aos governantes uma discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do estado de direito democrático.

---

[39] Informativo 973 do STF comentado. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/-2020/05/info-973-stf.pdf>. Acesso em 08/07/2020.
[40] STF. Plenário. ADI 6343 MC-Ref/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 6/5/2020 (informativo 976).
[41] Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (...) VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: b) locomoção interestadual e intermunicipal;
(...)
§ 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput.
§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: (...) II – pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V e VI do caput deste artigo;

Ao contrário, o exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais a serem observados pelas autoridades políticas, e, ainda, será controlada pelos demais Poderes e por toda sociedade.

Tanto o é que, na ADI analisada, o STF estabeleceu que as ações a serem adotadas pelos gestores locais, no que diz respeito à eventual restrição da locomoção interestadual e intermunicipal, embora não precisem de autorização do ente federal, deverão ser precedidas de recomendações técnicas fundamentadas. Além disso, deverá ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, conforme supra destacado.

C) ADPF 672[42]

De suma importância as considerações tecidas pelo Min. Alexandre de Moraes em seu voto na ADPF em epígrafe.

A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia do COVID-19 (Coronavírus), na qual foi requerida a concessão de medida cautelar para determinar ao Presidente da República que se abstivesse de praticar atos contrários às políticas de isolamento social adotadas pelos Estados e Municípios, e para determinar a implementação imediata de medidas econômicas de apoio aos setores mais atingidos.

A decisão monocrática foi no sentido de conceder parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário da Suprema Corte, para o fim de determinar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da união para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso necessário.

[42] STF – ADPF 672/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. j. 08/04/2020.

Destarte, referida decisão foi fundamentada, essencialmente, na existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 23, II e IX), assim como, de competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII); permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local. Ademais, foi considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

D) SS 5403 MC[43] e SS 5370[44]

Não obstante tratar-se de decisões monocráticas, sem qualquer efeito vinculante, a análise faz-se pertinente, no intuito de demonstrar a existência de diferentes nuances nos casos analisados pelo STF, no que tange à atribuição de competência federativa no âmbito da saúde. Como consequência, tem-se soluções divergentes para casos envolvendo matérias semelhantes.

No primeiro caso (SS 5403 MC), o Município de Marília foi classificado pelo Decreto Estadual nº 64.997/2020, na fase 2 (laranja) do Plano São Paulo de enfrentamento à situação de pandemia, o que resultou na imposição de restrições quanto ao funcionamento de estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços e proibindo o consumo local em bares e restaurantes, assim como o funcionamento de salões de beleza e barbearias.

Ante essa situação, o referido Município impetrou mandado de segurança pleiteando seu reenquadramento na fase 4 (verde) com a consequente suspensão de sua atual classificação.

Em continuidade, foi proferida decisão que concedeu parcialmente o pedido liminar para abrandar as medidas de isolamento no Município de Marília, tendo determinado a manutenção da flexibilização da atividade econômica local. Diante dessa decisão, o Ministério Público de São Paulo interpôs suspensão de segurança apontando a ausência de elementos, dados científicos ou técnicos de órgãos e autoridades de saúde pública que fundamentem o julgado impugnado.

[43] STF – SS 5403 MC/SP. Decisão proferida pelo Min. Dias Toffoli. j. 24.06.2020.
[44] STF – SS 5370 MC/RS. Decisão proferida pelo Min. Dias Toffoli. j. 22.04.2020.

Importante ressaltar que a decisão do juiz de primeiro grau, inclusive, fundamentou-se na jurisprudência do próprio STF, no sentido de que a Magna Corte tem prestigiado uma "potencialização da competência concorrente" em favor de Estados e Municípios, no que tange ao enfrentamento da pandemia.

Todavia, o STF, nesse caso, proferiu entendimento diverso, ao menos no que tange ao juízo preliminar. Considerou a Corte que as decisões anteriores, no sentido de se prestigiar a competência concorrente dos Estados e Municípios, não permitem concluir pela existência de liberdade ilimitada dos entes municipais para contrariar a política pública estabelecida pelo Governo do Estado a nível regional ou de forma descoordenada das demais políticas adotadas em âmbito estadual e federal.

Segundo o Supremo, justamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas, não se podendo privilegiar apenas uma ou outra política local em detrimento de todo o planejamento regional, estabelecido por autoridades administrativas competentes. Ademais, a decisão que abrandou as medidas de isolamento do Município de Marília representa grave risco de violação à ordem público-administrativa, no âmbito do Estado de São Paulo, bem como à saúde pública, dada a real possibilidade que venha a desestruturar as medidas por ele adotadas como forma de fazer frente a essa epidemia, em seu território. Outrossim, o indicado abalo reforça-se pelo provável efeito multiplicador que a medida judicial questionada pode suscitar, pelo risco de proliferação de demandas idênticas em relação a outros Municípios do Estado.

Solução semelhante foi adotada na suspensão de segurança 5370. A ação de origem impugnava o Decreto Municipal nº 10.565/20, que não incluíra as "Lojas de Produtos Naturais" dentre as prestadoras de serviços essenciais para funcionamento durante a pandemia de Covid-19, o que violava as disposições do Decreto Estadual nº 55.154/20, que previu a produção, a distribuição e o transporte de alimentos dentre as atividades essenciais nesse mesmo período.

Foi deferida liminar em segunda instância para permitir que o estabelecimento se mantivesse aberto para atendimento presencial dos consumidores, mesmo após a edição de ato normativo municipal que regulamentou o funcionamento de lojas de produtos naturais por meio de delivery e drive-thru, o que deu ensejo ao ajuizamento do pedido de suspensão.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, embora não se discuta o poder que detém o Chefe do Poder Executivo Municipal para editar decretos

regulamentares, no âmbito territorial de sua competência, no caso concreto em análise, não poderia ele impor tal restrição à abertura de loja de produto natural, em clara afronta a igual disposição constante de Decreto Estadual.

Novamente, a Suprema Corte considerou que a gravidade da situação vivenciada exige a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, sempre respeitada a competência constitucional de cada ente da Federação para atuar, dentro de sua área territorial e com vistas a resguardar sua necessária autonomia para assim proceder.

Ainda, ressaltou que a competência dos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local não afasta a incidência das normas estaduais e federais expedidas com base na competência concorrente.

E) Considerações acerca dos casos analisados: o papel do Poder Judiciário

No que tange aos três primeiros casos (ADIs 6341 e 6343 e ADPF 672), nota-se que o STF adotou posicionamento no sentido de se prestigiar a autonomia dos Estados e Municípios, no exercício da competência concorrente em matéria afeta à saúde.

Trata-se, inclusive, de tendência observada na predominância dos julgamentos realizados pela Suprema Corte, a exemplo das decisões proferidas nos seguintes julgamentos: RE 194.704; RE 586.224; ADIs 3.356, 3.357, 3.937 e ADPF 109; ADI 1842. De um modo geral, entendeu-se pela competência dos Estados e Municípios para legislar/atuar nas matérias previstas no rol de competências concorrentes e/ou comuns pela Constituição Federal, no âmbito de seus respectivos interesses, e, desde que respeitada a normativa federal existente.

De outro lado, nos dois últimos casos analisados (SS 5403 MC e SS 5370) – apenas exemplos dentre o vasto acervo de decisões monocráticas da Corte -, vê-se certa relativização do entendimento acima expresso. Afinal, o STF entendeu por limitar a autonomia dos Municípios, em detrimento da postura adotada pelos Estados, nos casos analisados.

A justificativa centrou-se na gravidade do cenário enfrentado, o que exigiria uma postura coordenada dos entes federativos, mormente no que diz respeito à prevalência das medidas mais rigorosas de contenção da covid-19. Assim sendo, eventual abrandamento de tais medidas por parte dos Municípios – em suposto exercício de sua competência para legislar sobre assuntos de interesse local - mostrar-se-ia inviável.

Veja-se, portanto, o papel crucial atribuído à Suprema Corte, que, em última instância, fica responsável por delimitar os contornos de quais serão as políticas públicas adotadas diante de uma das maiores crises enfrentadas pelo país.

Ocorre que, mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional, é fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade.

O cenário agrava-se, se considerada a ausência de critérios objetivos na delimitação de quando, e em quais matérias, poderá atuar cada ente federativo, bem como, os limites dessa competência.

Diante disso, não se pode perder de vista a impossibilidade de que o Poder Judiciário substitua o juízo discricionário do Poder Executivo. Afinal, não compete ao primeiro substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Chefe do Poder Executivo, no exercício de suas competências constitucionais.

Apenas excepcionalmente é que a discricionariedade administrativa será passível de controle judicial, mediante juízo de verificação acerca da constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, consequentemente, arbitrárias[45].

Diante disso, é mister que haja um alinhamento entre os três poderes na manutenção do equilíbrio do pacto federativo. Assim sendo, os moldes e conceitos delineados pelo legislador constitucional devem ser rigorosamente observados pelo intérprete, que, em última instância, é representado pelo STF.

Por sua vez, caberá a este Tribunal consolidar sua jurisprudência, no sentido de estabelecer precedente de eficácia geral e vinculante, no qual conste, parâmetros objetivos acerca da delimitação da esfera de atribuição de cada ente federado. Para isso, far-se-á imprescindível a consubstanciação de conceitos sólidos acerca dos

[45] Ibid.

referidos moldes constitucionais, em especial, no que diz respeito às “normas gerais” e ao “interesse local”.

Com isso, evitar-se-á a insegurança e oscilação jurisprudenciais em torno de tais critérios, de forma que a atuação dos Entes Públicos esteja previamente delimitada.

Por óbvio, não haverá o desaparecimento dos conflitos federativos. No entanto, certamente serão em número bem reduzido e com as soluções muito mais facilmente de serem pré-vislumbradas, em atenção ao princípio da segurança jurídica.

Ainda, tal postura obstará a judicialização de embates políticos entre as unidades federadas que, valendo-se das fragilidades e instabilidades do Ordenamento Jurídico, buscam a defesa de interesses puramente políticos no Poder Judiciário.

6. CONCLUSÃO

De todo o exposto, restou patente a insegurança e instabilidade na delimitação das competências de cada Ente Federado, o que se reflete nos numerosos embates federativos que têm sido levados ao Poder Judiciário.

Embora a crise ocasionada pela covid-19 tenha tornado ainda mais explícitas as fragilidades e contradições da repartição de competências em nossa federação, a origem de tal quadro antecede em muito a chegada do vírus, tampouco terá fim com a sua erradicação.

Conforme visto ao longo da exposição, os conflitos federativos são, em muito, reflexo justamente do modelo de compartilhamento de competências legislativas entre a União e as demais unidades federativas, em verdadeiro “condomínio legislativo”, nos moldes explicitados nos tópicos anteriores.

Afinal, a repartição vertical de competências exige o fortalecimento das competências estaduais e municipais, ao mesmo tempo em que exige a necessidade de uniformização de soluções para todo o país quando há tensão entre a força centralizadora da legislação sobre matérias relevante para a União e o exercício de competência concorrente por Estados e Municípios.

Assim sendo, quando surgem dúvidas sobre a distribuição de competências e, consequentemente, a necessidade de definição do ente federativo competente para legislar/atuar sobre determinado e específico assunto, a jurisprudência do STF, no que diz respeito à saúde pública, tem priorizado o fortalecimento das autonomias locais e/ou regionais, sob a justificativa respeito às suas diversidades como pontos

caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal, que garantam o imprescindível equilíbrio federativo – em especial, no exercício de competências comuns e concorrentes.

Todavia, em dadas hipóteses, a jurisprudência da Corte pende no sentido de se prestigiar uma maior coordenação entre os Entes Federados, a partir da prevalência das normas de maior abrangência, em detrimento das normativas locais, a exemplo das suspensões de seguranças analisadas, envolvendo matérias afetas à covid-19.

Tal oscilação, de fato, pode se fazer necessária, diante das peculiaridades de cada caso concreto, e considerando a subjetividade dos conceitos e moldes estabelecidos pela Constituição Federal em repartição de competências.

Todavia, essa postura deve ser dotada de extrema cautela, considerando a tênue linha que separa a necessária flexibilidade da politização das decisões judiciais, mediante intervenção da discricionariedade administrativa. Quadro esse, que gera insegurança jurídica e instabilidade político-institucional.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Delineamento das competências federativas no Brasil. Leituras complementares de direito constitucional: Teoria do Estado. Salvador: Jus Podivm, p. 193-208.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Coleção sinopses para concursos. Direito Constitucional. Tomo II. 3 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

BOBBIO, Norberto et al. Dicionário de Política. Vol. I. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DE ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. Recentralizando a Federação. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, 24, p.29-40, jun-2005.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO HORTA, Raul. Direito Constitucional. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MACHADO HORTA, Raul. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. Revista do Instituto dos advogados de Minas Gerais, n. 9. p. 13-29. Belo Horizonte, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, out-dez., 1988, p. 127-162.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Supremo Tribunal Federal e solução de conflitos federativos em serviços públicos: Porto de Suape. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic7.pdf?d=636676094064686945>. Acesso em: 08 de junho de 2020.

NOVELINO, MARCELO. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PADILHA, Rodrigo. Direito Constitucional. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ZIMMERMANN, Augusto. Curso de direito constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

JACQUES DERRIDA: DESCONSTRUÇÃO, DIREITO E JUSTIÇA

JACQUES DERRIDA: DECONSTRUCTION, LAW AND JUSTICE

Filipe Augusto Caetano Sancho[1]

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo geral a análise da primeira parte do texto “Força de lei: do fundamento místico da autoridade” de Jacques Derrida e como objetivos específicos a análise da desconstrução, da possibilidade de um pensamento desconstrucionista acerca do direito e da justiça e a reflexão acerca da força da lei e da experiência da justiça em Derrida. O autor trata da desconstrução e da possibilidade de justiça. Inicialmente, há a análise da possibilidade de se discutir a justiça e o direito sob o viés desconstrucionista. Posteriormente, inicia-se a discussão desconstrucionista a respeito da justiça analisando a força da lei. Na sequência o autor aborda a temática da justiça e propõe três aporias para analisar a justiça: a *epokhé* da regra, a assombração do indecidível e a urgência que barra o horizonte do saber. Será analisada a justiça em Derrida, com fundamento em destaques de sua obra, em especial, a singularidade e a alteridade como essência da justiça. Em conclusão perceber-se-á que é perfeitamente possível e até desejável a análise desconstrucionista do direito e da justiça, que o direito possui uma força própria, uma aplicabilidade que tem fundamento na autoridade, que por vezes pode ocultar interesses de classes dominantes. O direito é da ordem do calculável, mas a justiça não, é da ordem do incalculável, portanto indesconstruível e se confunde com a própria desconstrução. Para serem alcançados os objetivos da presente pesquisa será utilizado o método analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Jacques Derrida. Desconstrução. Direito. Justiça.

Abstract: The current study has as general objective the analysis of the first part of the text "The force of law: of the mystical basis for authority" of Jacques Derrida and as specific objectives the analysis of deconstruction, of the possibility of a deconstructionist thought about law and justice, and the reflection on the law's force and justice’s experience, according to the thinking of Derrida. The author deals with the deconstruction and the possibility of justice. Initially there is the analysis of the possibility of discussing justice and law under the deconstructionist bias. Later, begins the deconstructionist discussion about justice analyzing Law’s force. Following, the author enters the justice theme and proposes three concerns to analyze justice: the epokhé of the regulation, the haunt of the undecidable and the urgency that bars the horizon of knowledge. Consideration will be given to justice in Derrida, based on highlights of his work, one in special, the uniqueness and otherness as the essence of justice. In conclusion, it will be seen that it is quite possible and even desirable the deconstructionist analysis of law and justice, that the right has its own strength, a applicability that is founded on authority, which can sometimes hide dominant class interests. The Law is from the calculable order, but justice is not, so constructable blends with the very own deconstruction. To be achieved the objectives of this research will be used the analytical method and the bibliographic research.

Keywords: Jacques Derrida. Deconstruction. Law. Justice.

[1] Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Especialista em Direito Público. Professor da FESSUL – Faculdades de Ensino Superior (Machado/MG) e da Faculdade Anhanguera (Poços de Caldas/MG). E-mail: filipeacsancho@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral a análise da primeira parte do texto "Força de lei: do fundamento místico da autoridade" de Jacques Derrida. Esta primeira parte, denominada "Do direito à justiça", foi o tema de um colóquio apresentado pelo autor em 1989, na Cardoso Law School, nos Estados Unidos.

Serão objetivos específicos a análise da desconstrução, da possibilidade de um pensamento desconstrucionista acerca do direito e da justiça, a reflexão acerca da força da lei e da experiência da justiça, de acordo com o pensamento de Jacques Derrida.

Inicialmente há a análise da possibilidade de se discutir a justiça e o direito sob o viés desconstrucionista. O autor então se depara com o problema central a que se propõe: será que a desconstrução assegura, permite, autoriza a possibilidade de justiça? Ela torna possível a justiça ou um discurso sobre justiça?

Derrida inicia a discussão desconstrucionista a respeito da justiça analisando a força da lei, a aplicabilidade da justiça como direito sob inspiração de pensamentos de Pascal e Montaigne. Nesse ponto, chama o autor a atenção para uma expressão em inglês: "*to enforce the law*", que, sem tradução equivalente, representa a aplicabilidade própria e essencial da lei e analisa o "fundamento místico da autoridade", de onde surge a força da lei? Qual o fundamento da autoridade da lei? E a justiça? A justiça é desconstruível? Será analisada a justiça e a experiência do impossível. A justiça é infinita em si mesma, e, portanto, exige a experiência da aporia.

Serão analisadas três aporias propostas pelo autor: a *epokhé* da regra, a assombração do indecidível e a urgência que barra o horizonte do saber. Nestes aporias o autor analisa paradoxos da justiça, a exigência da liberdade para decidir, o indecidível e a urgência da decisão. Por fim, será analisada a justiça em Derrida, com fundamento em destaques de sua obra, um especial, a singularidade e a alteridade como essência da justiça.

Para serem alcançados os objetivos da presente pesquisa será utilizado o método analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

1. DESCONSTRUÇÃO E JUSTIÇA

A primeira parte do texto "Força de lei: do fundamento místico da autoridade", de Jacques Derrida, denominada "Do direito à justiça", foi o tema de um colóquio apresentado pelo autor em 1989, na Cardoso Law School, nos Estudos Unidos. O

colóquio foi organizado por Drucilla Cornell, sob o título "*Desconstruction and the Possibility of Justice*" e contou com a presença de filósofos, teóricos da literatura e juristas, estes, principalmente, ligados ao movimento norte-americano denominado *Critical Legal Studies*.[2]

O texto possui grande importância para os estudos da área jurídica. Trata-se de um texto escrito pelo filósofo argelino-francês Jacques Derrida que trata diretamente do Direito, da Justiça e da Teoria da Desconstrução. Texto único, portanto, e que se enche de importância para os estudiosos das ciências jurídicas.

Derrida é um filósofo contemporâneo, nasceu na Argélia em 1930, em uma família de pequenos burgueses judeus. Em 1940 ele sofreu o impacto da segunda guerra mundial e do império nazista. Embora a Argélia não tenha participado diretamente da guerra, era uma colônia francesa e sofreu a intervenção nazista. Em 1942 leis raciais foram introduzidas na Argélia e Derrida começou a sofrer com o antissemitismo ainda na escola. Havia cota para judeus nas escolas e ele acabou sendo expulso, ainda que fosse à época o melhor aluno. Já atraído pela filosofia ele foi enviado para Paris com 19 anos para o exame da *École Normale Supérieure*, onde foi aceito em 1952. Nas ruas frias de Paris dedicou-se ao estudo do Existencialismo niilista de Sartre, após, aprofundou-se no estudo de Husserl e Heidegger. Em 1957 foi convocado para servir no exército francês na guerra da Argélia onde se colocou como voluntária para ministrar aulas. Voltou a Paris em 1960 e passou a lecionar na Sorbonne, ano em que publicou sua primeira obra, uma tradução da "Origem da geometria" de Husserl. Em 1965 passa a lecionar na *École Normale Supérieure*. Publicou após suas duas principais obras: "A escritura e a différence" e "Gramatologia", ambas em 1967. Derrida tornou-se famoso e celebrado nos dois lados do Atlântico e passa a lecionar na França e nos Estados Unidos a partir da década de 70.[3]

Derrida tornou-se um autor celebrado devido à Teoria da Desconstrução. Não se trata na realidade de uma teoria estruturada ou um método, mas de um questionamento dos próprios fundamentos, da chamada "escritura". Em Derrida, não há uma análise do que se fala, mas dos pressupostos daquilo que se fala. Trata-se de uma crítica dos pressupostos de validade das coisas. A desconstrução, portanto, não

[2] DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: fundamento místico da autoridade. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 6.
[3] STRATHERN, Paul. **Derrida em 90 minutos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 5/27.

é um método e não se restringe aos textos. A desconstrução é a análise e interpretação de textos, que caracteriza uma postura filosófica, nela procura-se explorar os vários significados ocultos e implícitos que constituem o modo de operação do texto, revelando suas contradições internas e estabelecendo um sentido que pode ir além e mesmo contra o pretendido pelo autor.[4]

Três pontos são importantes para se compreender o pensamento de Derrida: a linguagem, o texto e a escritura. A linguagem é o conceito padrão, a condição de possibilidade – não de comunicação. O texto é o sistema simbólico; qualquer sistema simbólico. Já a escritura é o inquestionável; quando não se questiona o texto se torna uma escritura, se torna um dogma, imune a critica e aos questionamentos. Imune ao questionamento acerca da origem, dos fundamentos. A desconstrução busca quebrar a interdição da escritura, quebrar a intocabilidade dos dogmas.

A escritura são os dogmas que são desconstruídos, não destruídos, mas questionados, desmontados e analisados. A desconstrução interpela as verdades concretas, inquestionáveis e as analisa. Ela apresenta um horizonte de possibilidades e ao mesmo tempo não pretende chegar a conclusões, afasta-se dos imperativos. A Desconstrução pode ser inserida como pós-estruturalista, num paradigma pós-moderno, pois critica as estruturas modernas, em especial a razão e as verdades incontestáveis da modernidade. Derrida se opõe e critica a estrutura, que está no centro e que permanece “interditada”.[5]

Acerca da desconstrução, o autor salienta que não se trata de uma abdicação quase niilista diante de fundamentos éticos, políticos, mas a desconstrução exige a tarefa de uma memória histórica e interpretativa. Exige-se uma responsabilidade diante de uma herança. É necessário respeito aos pressupostos, à herança de um imperativo ou de um feixe de injunções.[6]

Trata-se de uma instabilidade privilegiada, na qual a desconstrução encontra seu lugar. Segundo o autor, a desconstrução se pratica por dois estilos que, no mais das vezes, ela enxerta um no outro: um com aspectos demonstrativo e aparentemente não histórico dos paradoxos lógico-formais e outro com um aspecto mais histórico ou

[4] JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de Filosofia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 51.
[5] DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença.** 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 230.
[6] DERRIDA, 2010, p. 36.

anamnésico, que parece proceder por leituras de textos, interpretações e genealogias.[7]

A desconstrução é o abandonar de um sono dogmático, ela suspende o crédito de um axioma e o expõe a análise. Trata-se de um momento de *epocké*, de suspensão, sem o qual a desconstrução não é possível. Este momento transborda e se torna mais angustiante, um momento de suspensão, abre um espaço para transformações, no qual as revoluções acontecem. Trata-se de um apelo sempre insatisfeito, no qual a desconstrução encontra sua força, seu movimento e sua motivação.[8]

Poderia existir uma aplicação da desconstrução no Direito? Este é o primeiro questionamento do texto sob análise. A desconstrução inicialmente tem um destino: a linguagem. O Direito possui clara relação com a linguagem. O problema central do texto é a desconstrução e a possibilidade de justiça. Logo no início, Derrida se põe a analisar o título da palestra e já percebe um desafio: a conjunção "e" que associa a desconstrução e a justiça. A conjunção associativa busca "desafiar a ordem, a taxinomia, a lógica classificatória, qualquer que seja o modo pelo qual ela opera: por analogia, distinção ou oposição". O autor então se depara com o problema central a que se propõe: será que a desconstrução assegura, permite, autoriza a possibilidade de justiça? Ela torna possível a justiça ou um discurso sobre justiça?[9]

Não é comum um discurso desconstrucionista sobre a justiça. E esse era o desafio! Seria possível uma análise da justiça sob o viés da desconstrução? A desconstrução não seria uma ameaça ao Direito, e, assim, arruinaria a possibilidade de justiça? E neste ponto, segundo o autor, ocorre o primeiro embate do tema: "anunciam-se deslizamentos equívocos entre direito e justiça". O sofrimento da desconstrução é talvez a ausência de regra, de norma, de critério seguro para distinguir direito e justiça.[10] Este primeiro confronto exposto por Derrida é de extrema importância para a análise da desconstrução e a justiça, uma vez que de início o autor separa direito e justiça. Faz isso de forma a apresentar um problema: a falta de critérios da desconstrução para explicar, inequivocamente o que é o direito e o que é

[7] DERRIDA, 2010, p. 41.
[8] Ibidem, p. 39.
[9] Ibidem, p. 3/4.
[10] Ibidem, p. 4/5.

a justiça, mas essa primeira apresentação do tema é importante, pois a partir daí o autor trata do direito e, após, da justiça.

Aparentemente os textos "desconstrucionistas" se afastam da temática da justiça. Mas é normal, previsível e até desejável que pesquisas desconstrutivas desemboquem na temática do direito, da lei e da justiça. Segundo o autor, "seria mesmo o seu lugar mais próprio, se algo como tal existisse". Um questionamento desconstrutivo sempre traz de início uma desestabilização, começa por complicar uma oposição. Algo muito comum nas temáticas jurídicas. Por exemplo, a oposição entre *nómos* e *phísys*, de *thésis* e de *phísys*, ou seja, a oposição entre a lei e a natureza; a oposição entre o direito natural e o direito positivado; a discussão de valores, como o do próprio e da propriedade, do sujeito de direito e do sujeito da moral, da pessoa jurídica e sua intencionalidade, dentre outras, são discussões desconstrutivas por natureza e são, de ponta a ponta, discussões sobre o direito e a justiça, sobre os fundamentos do direito, da moral e da política.[11]

Tais discussões são questionamentos desconstrutivos, que começam por desestabilizar, complicar e apontar paradoxos de valores acerca de tema jurídicos. O autor chama essa analise oposicional de *différence*. Nas palavras de Derrida "a *différence* é o deslocamento dessa lógica oposicional".[12] *Différence* não apenas no sentido de apontar e analisar as diferenças, mas de diferir, ou seja, analisar algo no tempo, num horizonte de possibilidades. A análise desconstrutiva começa por esses deslocamentos, discutindo paradoxos, discutindo o indiscutível, as estruturas fundantes, e tal pesquisa é interessante para o direito e a justiça.

A *différence* vai além do diferente, para diferir, ou seja, sem limites, para o horizonte de possibilidades.

> O que o motivo da *différance* tem de universalizável em vista das diferenças é que ele permite pensar o processo de diferenciação para além de qualquer espécie de limites: quer se trate de limites culturais, nacionais linguísticos ou mesmo humanos. Existe a *différance* desde que exista traço vivo, uma relação vida/morte ou presença/ausência.[13]

O questionamento desconstrucionista é sobre os fundamentos, mas, segundo o autor não é fundamentalista nem anti-fundamentalista. Por vezes, o próprio

[11] DERRIDA, 2010, p. 12/13.
[12] Idem.
[13] DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que manhã**: diálogo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 33.

questionamento pode ser questionado, acerca de sua autoridade ou necessidade. Importante é que o questionamento desconstrucionista está em aberto para análises e críticas, sempre. É uma análise que se põe contra qualquer espécie de fundamento pré-estabelecido, de verdade incontestável, que questiona inclusive a própria história da questão ou sua autoridade filosófica, a força da tradição.

A desconstrução, com seus deslocamentos, busca demonstrar a realidade e a não realidade das coisas. Nas palavras de Caputo a desconstrução tem um prazer diabólico em mostrar de que modo a não realidade e a irrealidade precedem e tornam a realidade possível, tornando ao mesmo tempo possível e impossível o que quer que ouse se passar por realidade. Nas palavras do autor, "a desconstrução jamais se cansaria de contar aos realistas aquela história contada por Nietzsche, de como o mundo real tornou-se fábula".[14]

São questionamentos acerca de verdades, realidades incontestáveis, estruturais para a modernidade. Derrida chega a afirmar que este questionamento ou "metaquestionamento desconstrutivo", se tivesse um lugar próprio, este lugar seria as faculdades de direito. Trabalhos desenvolvidos que se situam na articulação entre a literatura, a filosofia, o direito e os problemas políticos-institucionais, são, do ponto de vista da desconstrução dos mais fecundos e dos mais necessários. Segundo o autor, tais trabalhos respondem aos programas mais radicais de uma desconstrução que desejaria não permanecer fechada em discursos puramente especulativos, teóricos e acadêmicos, mas pretender ter consequências, mudar as coisas e intervir de modo eficiente e responsável na cidade, e no geral, no mundo. Não no sentido de uma intervenção calculada, deliberada e estrategicamente controlada, mas nos sentido de uma intensificação máxima de uma transformação em curso.[15]

Trata-se de uma pesquisa que não tem por objetivo encerrar-se no ambiente acadêmico ou profissional, mas que pretende ser aplicável no meio social. Buscando não apenas resguardar tradições, mas busca eficácia na prática. Nesse sentido, a desconstrução se adequa ao que pretende o direito na pós-modernidade, não ficar fechado num sistema normativo positivado e distante das necessidades sociais, mas um direito que pretende se adequar à ordem social e dar respostas aos anseios

[14] CAPUTO, John D. Por amor às coisas mesmas: o hiper-realismo de Derrida. In: DUUQUE-ESTRADA, P. C (Org.). **Às margens**: a propósito de Derrida. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2002, p. 29.
[15] DERRIDA, 2010, p. 14.

sociais. Algo de extrema importância para a sociedade como um todo, não apenas à academia.

Diante da análise desconstrucionista do direito e da justiça é preciso atentar para um imperativo primário: é necessário respeito às especificidades contextuais, acadêmico-institucionais, discursivas, a desconfiança dos analogismos e das transposições apressadas, das homogeneizações confusas. É preciso um trabalho consciente e com objetivos claros ao se analisar o direito sob a ótica da desconstrução. Não se trata apenas de atacar as estruturas e desmontar as tradições com criticas infundadas, é necessário respeito ao que se analisa. E conclui o autor: "é pois somente em aparência que, nas manifestações mais conhecidas sob esse nome, a desconstrução não "endereçou" o problema da justiça".[16]

2. JUSTIÇA COMO DIREITO APLICÁVEL: "*TO ENFORCE THE LAW*"

"Não há direito sem força". A expressão em inglês "*to enforce the law*" pode ser traduzida simplesmente por "aplicar a lei". Mas em inglês traz um sentido de força da lei, uma força que é própria da lei. Força que está ligada diretamente à lei, ou ao direito. Força esta ligada ao próprio conceito de justiça como direito, enquanto lei. Segundo o autor é preciso ter em mente que "o direito é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável".[17]

Há uma força que torna o direito aplicável, que dá aplicabilidade ao direito. A aplicabilidade é a força essencialmente implicada no conceito da justiça enquanto direito, na justiça na medida em que ela se torna lei, da lei enquanto direito.

O autor faz inicialmente uma análise da justiça como direito aplicável, "*enforceability*", que possui em sua natureza a aplicabilidade necessária. Em suas palavras não há direito que não implique nele mesmo a possibilidade de ser "*enforce*", aplicado pela força. Essa força aparece *a priori*, na estrutura analítica de seu conceito. É essência, natureza do direito. Podem existir leis não aplicadas, mas não sem aplicabilidade. Tal fato surge da força da lei, seja tal força "direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva – hermenêutica -, coercitiva ou reguladora etc."[18]

[16] DERRIDA, 2010, p. 16.
[17] Ibidem, p. 8.
[18] Idem.

Derrida afirma que a expressão "*to enforce the law*", especialmente na língua inglesa, lembra sempre que "se a justiça não é necessariamente o direito ou a lei, ela só pode tornar-se justiça, por direito ou em direito, quando detém a força, ou antes quando recorre à força desde seu primeiro instante, sua primeira palavra". Em continuidade na análise da força da lei o autor passa a analisar um pensamento do filósofo e matemático Blaise Pascal (1623/1662), *in verbis*:

> É justo que o que é justo seja seguido e é necessário que o que é mais forte seja seguido. A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem a força é contestada, porque há sempre maus; a força sem a justiça é acusada. É preciso, portanto pôr em conjunto a justiça e a força, e, por isso, fazer com que o que é justo seja forte, e o que é forte seja justo. A justiça está sujeita à disputa, a força é muito reconhecível e sem disputa. Assim não se pode dar a força à justiça, porque a força contradisse a justiça e disse que era injusta, e disse que era ela que era justa. E assim, não podendo fazer com que o que é justo fosse forte, fez-se com que o que é forte fosse justo.[19]

O pensamento de Pascal atinge o ponto de destaque da discussão levantada por Derrida. Percebe-se nitidamente no texto a presença e importância da força da lei. Força essencial para a aplicabilidade da lei. "É justo que o que é justo seja seguido". Está clara a presença do dever de seguir o que é justo e do dever de seguir o que é mais forte. Derrida afirma que "o axioma comum é que o justo e o mais forte, o mais justo como o mais forte devem ser seguidos". Aí está presente o "*enforced*", a força da lei, a aplicabilidade do direito como lei, da justiça como lei. O dever é comum tanto ao justo, como ao mais forte. Por consequência, o justo é o mais forte e deve ser seguido.[20]

O autor chama a atenção para o trecho final do pensamento de Pascal: "e assim, não podendo fazer com que o que é justo fosse forte, fez-se com que o que é forte fosse justo". Num contexto dominante e numa interpretação convencional o sentido do pensamento leva a um ceticismo pessimista, relativista e empirista. Pascal poderia ter escrito sob a influência de Montaigne, "segundo o qual as leis não são justas nelas mesmas, mas somente porque são leis".[21]

A partir deste ponto Derrida, ainda citando Pascal, passa a analisar uma expressão de Montaigne: "fundamento místico da autoridade". Um "fundamento

[19] PASCAL, Blaise. **Pensamentos.** 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, 11.
[20] DERRIDA, 2010, p. 18.
[21] Ibidem, p. 20.

místico" da autoridade das leis. Este fundamento faz com as leis se mantenham não porque são justas, mas porque são leis, trazendo para dentro do sentido de lei, a força da autoridade. Assim, Montaigne faz nítida separação entre lei, isto é, o direito, da justiça. As leis são obedecidas pela autoridade estampada nelas, não pelo fato de serem justas. Derrida afirma que "a autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento".[22] Simplesmente são leis porque cremos no seu fundamento, um fundamento místico da autoridade.

Outra afirmativa de Montaigne é analisada por Derrida. O texto diz que "(...) nosso próprio direito tem, ao que dizem, ficções legítimas, sobre as quais ele funda a verdade de sua justiça." E Derrida questiona: "O que é uma ficção legítima?" Essa ficção legítima está diretamente ligada a possibilidade de justiça. E segundo o autor, Montaigne propõe uma analogia entre a ficção legítima, necessária para a verdade da justiça e um acréscimo de ficção, que seria o direito positivado, necessário pela falta de um direito natural.[23] Tais ficções legítimas seriam as leis, o direito positivado.

Derrida propõe uma desconstrução da crítica pascaliana para encontrar as premissas de uma filosofia crítica moderna, ou uma crítica da ideologia jurídica. Na crítica de Pascal e também em Montaigne, percebem-se estruturas do direito que ocultam e refletem interesses por trás da lei e do direito.

Bobbio, em sua teoria do ordenamento jurídico, afirma que "o Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem os mais justos".[24] Observa-se claramente na estrutura do direito moderno, positivado, legislado, codificado, uma força, impositividade, legítima, pois, com fundamento na autoridade.

O fundamento não é a justiça, mas interesses modernos, econômicos e políticos das forças dominantes da sociedade. Uma crítica a uma estrutura que não fecha os olhos para a própria estrutura, pois a própria estrutura do direito e da justiça, seu momento fundador e justificante, implica uma "força performativa", uma força interpretadora e um apelo à crença. O direito mantem uma relação com a força. Não está apenas a serviço de uma força (social dominante), mas tem uma relação direta e complexa com essa força.[25]

[22] Ibidem, p. 21.
[23] DERRIDA, 2010, p. 22.
[24] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10ª ed. Brasília: UnB, 1997. p. 67.
[25] DERRIDA, 2010, p. 23.

A crítica jamais poderia negligenciar o próprio surgimento da justiça e do direito, o momento instituidor, fundador e justificante do direito, pois está ligado a uma força performativa e a um apelo à crença: não que o direito aqui estaria a serviço (servil) da força (poder dominante), mas que ele manteria com a força uma relação mais complexa. A justiça (direito, lei) não estaria simplesmente a serviço de uma força ou poder social (econômico, político, ideológico) que existiria fora, ou antes, dela e ao qual ela deveria se submeter ou se ajustar, segundo a utilidade. A operação de fazer a lei consiste numa força performativa, que nela mesma não é justa nem injusta, esta força seria o "místico" que surge da própria linguagem.[26]

Assim, a lei e o direito encontram seus fundamentos neles mesmos. Na força performativa da autoridade que lhe funda, inaugura e justifica. Em seu momento fundador não se discute se são justas ou injustas, legítimas ou ilegítimas, legais ou ilegais, pois estão acima de qualquer crítica, estão "muradas", protegidas, pela força da autoridade que lhes sustenta.

O direito deve estar "saturado", completo, com todas as situações possíveis previstas para que mantenha a ordem estabelecida. Mas por trás desta ordem sempre há uma autoridade. Segundo Althusser, o direito deve ser "saturado", ou seja, "deve apresentar um sistema de regras que tendem a abranger todos os casos possíveis apresentados na 'realidade'", visando evitar qualquer "déficit" jurídico, o que poderia prejudicar a integralidade do sistema, com a introdução de práticas não jurídicas.[27] O direito então é formado, estruturado, moldado, portanto, pode ser desconstruído.

Segundo o autor, o direito é perfeitamente desconstruível, pois ele é fundado. Se é criado, construído, o direito pode ser desconstruído. O direito é construído por camadas textuais de interpretações e transformações. E isso não é uma infelicidade, pois tal fato traz a chance de um progresso histórico, sendo transformável, o direito pode ser amoldado à realidade e à necessidade social.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: A EXPERIÊNCIA DO IMPOSSÍVEL

O direito – ou da justiça como direito - é desconstruível, mas a justiça não. A justiça em si, para além do direito, não é desconstruível, pois não foi construída, não é fundada, e está além da desconstrução. Nas palavras de Derrida: "a justiça, nela

[26] Ibidem, 24.
[27] ALTHUSSER, L. **Sobre a reprodução.** Petrópolis: Vozes, 1999, p. 84.

mesma, se algo como tal existe, fora ou para além do direito, não é desconstruível". Assim também a desconstrução em si mesma, afinal, somente é desconstruível o que é construível. E conclui o autor: "a desconstrução é a justiça".[28]

A desconstrução, portanto, está diretamente ligada à natureza do que se pretende desconstruir. Se algo é construído e possui uma força fundante, é desconstruível e passível de aprimoramentos. Se algo não é fundado, construído, não é, por natureza, desconstruível, mas, como a justiça, possibilita a existente da desconstrução, e até se confunde com a própria desconstrução.

Como consequência, a desconstrução ocorre no intervalo da indesconstrutibilidade da justiça e da desconstrutibilidade do direito. O problema da justiça, como a desconstrução, acaba por ser infinito nele mesmo. Eles são infinitos neles mesmos e, portanto, exigem a "experiência da aporia", algo que tem relação com o que o autor chama de "mística".[29]

Segundo o autor, a "experiência" é uma travessia, ou seja, "passa através e viaja a uma destinação para a qual ela encontra passagem". Ela encontra passagem, portanto, é possível. Já a "*aporia*" é um "não caminho". Assim, "não pode haver experiência plena na aporia", pois ela "não dá passagem". A justiça seria, então, a experiência do que não se pode experimentar. A justiça é uma experiência do impossível.[30]

A palavra "aporia" (gr. àrcopía; in. *Aporia*; fr. *Aporie*) é um termo usado no sentido de uma dúvida racional, uma dúvida objetiva que representa uma dificuldade efetiva de uma conclusão racional.[31] Trata-se de um paradoxo. De buscar uma experiência onde não há realidade palpável. Buscar passagem onde não há caminho. A desconstrução do indesconstruível.

É possível ter certeza que o direito foi respeitado, mas é impossível saber se a justiça o foi. Pois, o direito não é a justiça. Nas palavras do autor: "o direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável". Trata-se de uma experiência da aporia, do impossível, que são improváveis, mas necessárias. A experiência da aporia é o "momento em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra".[32]

[28] DERRIDA, 2010, p. 27.
[29] DERRIDA, 2010, p. 29.
[30] Ibidem, p. 30.
[31] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** São Paulo: Martins Fonte, 2007, p. 75.
[32] DERRIDA, 2010, p. 30.

As aporias enunciadas pelo autor tratam da justiça, como algo "infinito, incalculável, rebelde às regras, estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica" e o direito, como um dispositivo estabilizável, legítimo e legal, estatutário e calculável, sistema de prescrições regulamentadas e codificadas. Conclui o autor: o direito pretende exercer-se em nome da justiça e a justiça exige ser instalada num direito que deve ser posto em ação, constituído e aplicado pela força – "*enforced*" – e a desconstrução se encontra e de desloca entre ambos.[33]

3.1 Primeira aporia: liberdade e regra

A primeira aporia trata da decisão, o momento em se adequar o direito a um caso concreto, momento de abandono da norma geral e de aplicação ao singular, essencial para a justiça. Neste momento ocorre um *epocké* da norma, uma suspensão de juízo, um momento em que a norma abandona o seu mundo dogmático e passa para o mundo real.

O primeiro ponto a ser analisado acerca da justiça é que para que haja justiça deve existir liberdade. Para que exista a justiça – ou a injustiça – o sujeito deve ser livre para decidir e responsável pelas suas ações. Não é possível afirmar que uma ação foi justa se desprovida de liberdade.

Segundo o autor, quanto ao ser desprovido de liberdade não se pode dizer que sua ação foi justa ou injusta. Mas a liberdade deve ser reconhecida por uma regra, reconhecida como livre, deve seguir uma lei ou uma regra. Porém, se o ato consiste simplesmente em aplicar uma regra, também não há que se falar em ação justa, pela falta de liberdade. Assim, exemplifica Derrida, para ser justa a decisão de um juiz não deve apenas seguir "uma regra de direito, uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso". Conclui o autor: "cada exercício da justiça como direito só pode ser justo se for um 'julgamento novamente fresco'".[34]

Neste sentido, a atividade de julgar, aplicar o direito, somente será justa se existir certa liberdade para julgar, a atividade deve se afastar do conservadorismo e não pode simplesmente reproduzir atos anteriores. Para a decisão ser justa e responsável ela deve ser "regrada e sem regra", ao mesmo tempo, conservadora da

[33] Ibidem, p. 43.
[34] DERRIDA, 2010, p. 44.

lei, mas livre o suficiente para reinventá-la a cada caso concreto. Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação única. Do contrário, o juiz se tornaria uma "máquina de calcular", o que, às vezes acontece, "segundo uma parasitagem irredutível pela mecânica ou pela técnica que introduz a iterabilidade necessária dos julgamentos". Se assim o for não se dirá que o juiz é livre, justo e responsável.[35]

Ao mesmo tempo não pode haver decisão sem nenhuma regra, pois não seria responsável. Não há justiça sem liberdade para decidir. Mas ele não será responsável se não se referir a nenhum direito, a nenhuma regra. A decisão justa deve ser livre e responsável. Mas há violência no início, pois o julgador tem que ser justo, e somente o é por legitimação do direito.

3.2 Segunda aporia: o indecidível

Não há uma decisão indiscutível e nenhuma justiça se exerce sem uma decisão indiscutível. A decisão da justiça é da ordem do incalculável, da desconstrução. O indecidível não é apenas a situação que se apresenta diante de regras contraditórias, da tensão entre decisões, mas é a experiência daquilo que deve estregar-se à decisão impossível, levando em conta o direito e a regra. Mesmo estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, o indecidível impõe o dever de decisão.[36]

O indecidível é um desafio que se impõe, um fantasma. Trata-se de uma prova que fica como uma memória viva de uma decisão. Mas uma vez passada a indecidibilidade ela já seguiu uma regra e já não é "plenamente justa". Mesmo passada a indecidibilidade ela nunca é ultrapassada, pois fica como um rastro na história, um marco da decisão. O indecidível fica como um fantasma. Sua "fantasmaticidade" desconstrói toda a garantia de justiça da decisão. Como acreditar que a decisão não sucumbiu ao discurso dominante, aos dogmas, aos interesses?

3.3 Terceira aporia: o horizonte, a espera e a urgência

A terceira aporia acresce mais um fator à relação entre o direito e a justiça: o tempo. À suspensão da norma e ao fantasma da indecidibilidade soma-se o problema do tempo e da urgência da decisão.

[35] Idem.
[36] DERRIDA, 2010, p. 46.

Nas palavras de Derrida, “um horizonte, como seu nome indica em grego, é ao mesmo tempo a abertura e o limite da abertura, que define ou um progresso infinito ou uma espera. Ora, a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera”.[37]

Aqui se apresenta um paradoxo: a justiça tem pressa, urgência, mas o horizonte é infinito. O autor completa: “uma decisão justa é sempre requerida imediatamente”. “Ela não pode se permitir a informação infinita e buscar o saber sem limite das condições, das regras ou dos imperativos hipotéticos que poderiam justificá-la”.[38] Aqui reside uma crise: a justiça é urgente, mas há horizontes desconhecidos.

O momento da decisão é sempre finito em seu tempo. No momento da decisão rompe-se com toda a análise, com o conhecimento, com a possibilidade de descobertas. O momento da decisão é um momento de fechar os horizontes. Segundo o autor, o momento da decisão justa deve rasgar o tempo e desafiar as dialéticas. É injusto não decidir e injusto não aguardar os horizontes de possibilidades. A decisão é “estruturalmente finita”, ainda que o tempo e a prudência, a paciência do saber e o domínio das condições sejam, por hipótese, ilimitados.[39]

Essa urgência, esse adiantamento da interpretação, a necessidade da decisão, faz com que a justiça não tenha um horizonte de expectativa. A justiça, então, permanece porvir. Nas palavras do autor, “talvez seja por isso que a justiça, na medida em que ela não é somente um conceito jurídico ou político, abre ao porvir a transformação, a refundição ou a refundação do direito e da politica”.[40] Fica clara a relação da justiça com a desconstrução, na medida em que ambas buscam uma transformação, algo prático e com resultados para a ordem social.

4. JUSTIÇA: SINGULARIDADE E ALTERIDADE

A justiça é o incalculável, excede o cálculo, excede às regras. É o porvir. O horizonte de possibilidades. É experiência de alteridade. “A justiça como experiência de alteridade absoluta, é inalcançável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história”.[41] A justiça sempre voltada para o horizonte, como instrumento de transformações.

[37] Ibidem, p. 51.
[38] Idem.
[39] DERRIDA, 2010, p. 52.
[40] Ibidem, p. 55.
[41] Idem.

Derrida, desde o início do texto, se dirige aos ouvintes em inglês. O texto, na verdade, é a leitura de uma palestra ministrada pelo autor nos Estados Unidos e Derrida inicia a palestra com a seguinte frase: é para mim um dever, devo endereçar-me a vocês em inglês.[42] O autor afirma que endereçar-se a outrem na língua do outro é a condição de toda justiça possível.[43] O endereçar na língua do outro pressupõe a preocupação com a singularidade do outro. A justiça está na singularidade, então toda generalização comporta certo grau de injustiça.

A cultura da modernidade tem foco na generalização. O próprio direito, instrumento do Estado moderno, busca a generalização, e, neste ponto, se afasta da justiça. Quando o autor diz que deve endereçar-se na língua do outro são importantes tanto a língua do outro, que mostra a singularidade, quanto o "endereçar". Segundo o autor, o "endereço" diz algo acerca do direito. O "endereço" supõe direção, retidão. O endereço é sempre singular, enquanto o direito parece sempre supor a generalidade de uma regra, de uma norma ou de um imperativo universal. O ato de justiça deve sempre endereçar-se à singularidade do outro. A aplicação do direito é sempre singular, mas sempre pautado em normas gerais.[44] Neste ponto, o direito se afasta da justiça que tem como pressupostos a singularidade e a alteridade.

A "justiça se endereça sempre a singularidades, à singularidade do outro, apesar ou mesmo em razão de sua pretensão à universalidade".[45] Trata-se de uma ideia de justiça infinita. Infinita porque irredutível, e irredutível porque devida ao outro. A justiça aceita a vinda do outro em sua singularidade.

Segundo o autor, "a desconstrução é louca por essa justiça. Louca por esse desejo de justiça". Justiça que não é o direito, mas o movimento da desconstrução agindo no direito, na história do direito, na história da política, antes mesmo de se intitular "desconstrucionismo".[46]

Manter vivos os questionamentos acerca dos fundamentos e limites dos conceitos envolvidos em torno da justiça é manter vivo o interesse pela justiça e estar sensível à justiça, é aumentar a exigência da justiça, o que denuncia limites teóricos

[42] Ibidem, p. 3.
[43] Ibidem, p. 32.
[44] DERRIDA, 2010, p. 31.
[45] Ibidem, p. 37.
[46] Ibidem, p. 51.

e injustiças concretas. A desconstrução faz apelo a um acréscimo de responsabilidade em torna destas questões.[47]

Derrida chega ao final de seu texto clamando pela luta da justiça. Da aplicação da justiça. Diz o autor que o excesso da justiça sobre o direito, sobre o calculável, não pode servir de álibi para ausentar-se das lutas jurídico-políticas. Nas palavras de Derrida:

> A justiça incalculável manda calcular. E primeiramente, no mais próximo daquilo a que associamos a justiça, isto é, o direito, o campo jurídico que não se pode isolar em fronteiras seguras, mas também em todos os campos de que não podemos separá-lo, que nele intervêm e que já não são somente campos: o ético, o político, o técnico, o econômico, o psicossociológico, o filosófico, o literário etc.[48]

O autor faz um apelo para que o confronto que existe entre o direito e a justiça, entre o calculável e o incalculável não paralise a luta pela justiça. Isto porque a justiça, por sua própria natureza, se coloca quase que no inalcançável. O apelo pela luta para alcançar a justiça. Luta que passa pelo campo jurídico e outros demais, que possuem relação com o direito.

São necessários avanços, não apenas no direito e na justiça, esse avanço, vai além disso, avanços que realizados obrigam a reconsiderar, reinterpretar os próprios fundamentos do direito. Fazendo com que o direito se adequa às necessidades sociais, em busca da justiça e não que a sociedade, deturpando-se, se adequa ao direito.

CONCLUSÃO

O texto “do direito à justiça”, primeira parte da obra “Força de lei: o fundamento místico da autoridade” de autoria do filósofo franco-argelino Jacques Derrida, que foi lido num colóquio apresentado pelo em 1989, na Cardoso Law School, nos Estudos Unidos, sob o título “*Desconstruction and the Possibility of Justice*” é único e de grande importância para os estudiosos do direito.

Isto porque traz uma visão contemporânea acerca do direito, da força da lei, da aplicabilidade da justiça como direito e discute a justiça do ponto de vista da desconstrução, teoria questionadora dos fundamentos, que ataca a própria “escritura”,

[47] Ibidem, p. 38.
[48] Ibidem, p. 55/56.

como uma verdade incontestável. A desconstrução ataca os dogmas que são desconstruídos, não destruídos, mas questionados, desmontados e analisados. A desconstrução interpela as verdades concretas, inquestionáveis e as analisa.

Não é comum um discurso desconstrucionista sobre a justiça, mas conclui o autor que é normal, previsível e até desejável que pesquisas desconstrucionistas desemboquem na temática do direito, da lei e da justiça. Derrida chega a afirmar que este questionamento ou "metaquestionamento desconstrutivo", se tivesse um lugar próprio, este lugar seria as faculdades de direito. De forma que tais discussões não permaneçam fechadas em ambientes acadêmicos ou profissionais, mas que cheguem à sociedade e possam ter influência no mundo prático.

A justiça como direito tem uma força que a torna aplicável, possui uma aplicabilidade que faz parte de sua essência. E tal força tem um fundamento, um fundamento da autoridade que faz parte da lei. Obedecemos a lei não porque são justas, mas porque são leis, cremos nas leis e a obedecemos. Mas na realidade por traz desta força existem estruturas fundantes que permanecem ocultas e acabam por refletir interesses não apenas com foco na justiça em si, mas econômicos e políticos de classes dominantes.

O direito, portanto, é moldado, fundado na força mística da autoridade, construído e, assim, calculável. Pode, então, ser desconstruído. Mas a justiça é da categoria dos incalculáveis, pois não fora moldada ou construída, e, não pode ser desconstruída. A desconstrução é a própria justiça.

O problema da justiça, como o da desconstrução, são infinitos neles mesmos e acabam por exigir uma experiência do impossível, uma experiência da aporia. A aporia é um não caminho, um paradoxo, mas a desconstrução e a justiça exigem a construção de um caminho para o impossível, o infinito. É possível afirmar que o direito foi respeitado, mas não que a justiça foi respeitada.

Para analisar a justiça o autor propõe três aporias: a epocké da regra, a assombração do indecidível e a urgência que barra o horizonte do saber. Na primeira é analisada a liberdade da decisão. Não há justiça sem liberdade para decidir. Para existir justiça – ou injustiça – aquele que decide deve ser livre e responsável por sua decisão. A decisão deve ser ao mesmo tempo regrada e sem regra, adequada ao caso concreto. A segunda aporia enfrenta a indecidibilidade. Mesmo sendo a justiça incalculável o dever de decidir se impõe e vira um fantasma. É preciso decidir, ainda que sendo a justiça da ordem do indecidível. Como afirmar que a decisão não

sucumbiu aos interesses, aos dogmas; este é um fantasma que aterroriza. A terceira aporia trata do tempo, da urgência da decisão. A justiça é infinita, está num horizonte de possibilidades, mas a decisão é urgente. É necessário decidir. A justiça é urgente, mas há horizontes desconhecidos.

Mas, afinal, o que é a justiça? A justiça está na singularidade e na alteridade. É do campo do incalculável, não foi construída ou moldada, assim, existe sempre no outro em sua individualidade. A justiça está em endereçar-se ao outro em sua singularidade. O direito moderno sempre busca as generalizações e abstrações e neste ponto o direito acaba por se afastar da justiça. A desconstrução busca essa justiça

Por fim, o autor clama por esta justiça, que mantem vivo os questionamentos e se confunde com a própria desconstrução, pois busca um horizonte de possibilidades. O autor defende o confronto do direito e da justiça, do calculável com o incalculável para que a lute pela justiça jamais seja paralisada.

O Direito contemporâneo é diretamente atingido pela crise da modernidade. Sua estrutura é abalada. O Direito precisa dar uma resposta às necessidades sociais. Como ciência social que é não pode se calar diante das necessidades atuais. É preciso que tenha efetividade, atinja a eficácia necessária para que seja necessário à sociedade contemporânea.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fonte, 2007.

ALTHUSSER, L. **Sobre a reprodução.** Petrópolis: Vozes, 1999.

BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10ª ed. Brasília: UnB, 1997.

CAPUTO, John D. Por amor às coisas mesmas: o hiper-realismo de Derrida. *In:* DUUQUE-ESTRADA, P. C (Org.). **Às margens:** a propósito de Derrida. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2002.

CULLER, Jonathan. **Sobre a desconstrução:** teoria e crítica do pós-estruturalismo. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 2005.

_____. **A escritura e a diferença**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.

_____. **Força de lei:** fundamento místico da autoridade. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Gramatologia**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

_____; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que manhã:** diálogo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de Filosofia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

STRATHERN, Paul. **Derrida em 90 minutos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

EFICÁCIA DAS NORMAS DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

EFFECTIVENESS OF THE NORMS OF ARTICLE 5th OF THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988

Flávio do Prado Alves[1]

Resumo: O presente trabalho procura abordar a eficácia das normas do art. 5º da Constituição Federal de 1988, mediante uma breve análise da classificação clássica adotada por José Afonso Da Silva, que trata das normas de eficácia plena, contida e limitada. Passa-se também pela análise da eficácia mínima ou negativa de tais normas, abordando-se o significado e extensão da norma do § 1º do art. 5º e sua controvérsia doutrinária. Buscou-se identificar que a existência de normas garantidoras de direitos fundamentais não se restringe ao corpo da constituição, não excluindo outros decorrentes dos princípios por ela adotados e os direitos constantes no chamado bloco de constitucionalidade, que inclui as normas dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do § 3º do art. 5º.

Palavras-Chave: Art. 5º. Eficácia. Normas Constitucionais. Direitos Fundamentais.

Abstract: The present work seeks to address the effectiveness of the norms of art. 5th of the 1988 Federal Constitution, through a brief analysis of the classic classification adopted by José Afonso Da Silva, which deals with the rules of full, contained and limited effectiveness. We also analyze the minimum or negative effectiveness of such norms, addressing the meaning and extent of the norm in § 1 of art. 5th and its doctrinal controversy. We sought to identify that the existence of norms guaranteeing fundamental rights is not restricted to the body of the constitution, not excluding others resulting from the principles adopted by it and the rights contained in the so-called constitutionality block, which includes the norms of the Acts of Transitional Constitutional Provisions – ADCT and international human rights treaties approved in accordance with § 3 of art. 5th.

Keywords: Art. 5th. Efficiency. Constitutional Norms. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88, também conhecida como Constituição Cidadã, fundada no princípio maior da dignidade da pessoa humana, fundamento expresso no art. 1º, inciso III, da CF/88, tem como característica marcante a forte proteção aos direitos e garantias individuais, que fazem parte do núcleo abarcado pelas chamadas cláusulas pétreas, previstas no art. 60, §

[1] Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Leste de Minas Gerais – UnilesteMG. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Amparense. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Oficial Judiciário C no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail flavio.prado@live.com.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

4º, da mencionada Lei Maior, cujo conteúdo não pode ser suprimido nem mesmo através de emendas constitucionais. *In verbis*:

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> (...).
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I - a forma federativa de Estado;
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III - a separação dos Poderes;
> IV - os direitos e garantias individuais.

A proibição de alteração das cláusulas pétreas não impede que sejam incluídos novos direitos, sendo vedadas apenas a sua total exclusão. Tais normas ainda admitem certa ingerência do poder constituinte derivado reformador, desde que mantidos o núcleo essencial dos direitos protegidos. É proibida também a chamada dupla revisão, em que em um primeiro momento se alteraria a constituição para retirar a proteção das cláusulas pétreas e após, em uma segunda emenda, o teor específico da cláusula seria suprimido.

Embora os direitos e garantias fundamentais trazidos pela CF/88 se espalhem por todo o corpo da constituição, é no art. 5º que eles encontram seu apogeu, verdadeiro núcleo de direitos fundamentais que irradiam efeitos por todo o ordenamento jurídico, de modo a garantir um sistema harmônico e de efetiva proteção aos mencionados direitos.

Tamanha é a importância do art. 5º que a eficácia de suas normas mereceu especial destaque na doutrina pátria, gerando diversas classificações a discussões sobre o alcance das mencionadas normas, cujos pontos mais relevantes serão abordados abaixo, explicitando as espécies de eficácia das normas constitucionais e sua correspondência ao art. 5º, bem como analisando a cláusula de abertura e a existência do chamado bloco de constitucionalidade, previstos nos §§ 2º e 3º do mencionado artigo, além da possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, com base na aplicação da teoria interna e externa, tendo como arremate, a conclusão.

2. EFICÁCIA DAS NORMAS DO ART. 5º DA CF/88

A eficácia das normas constitucionais pode ser dividida em eficácia social e eficácia jurídica, que nos dizeres de Pedro Lenza, citando Michel Temer, a primeira seria aquela norma já vigente e com potencial para regular relação concretas, enquanto esta seria a que também pode ser aplicada às relações concretas, mas que

produz efeitos jurídicos, como a revogação de normas contrárias (LENZA, 2016, p. 360).

A eficácia das normas constitucionais, na clássica lição de José Afonso da Silva, se divide em normas de eficácia contida, normas de eficácia limitada e normas de eficácia plena, sendo esta a classificação que será abordada a seguir, diante da sua importância, com o estudo das respectivas nuances.

Importante ressaltar que todas as normas constitucionais, mesmo aquelas de eficácia limitada, gozam de efeitos mínimos irradiantes sobre toda a ordem jurídica, como a chamada eficácia paralisante, não recepcionando ou revogando conteúdos que lhes sejam incompatíveis, a eficácia impeditiva, sendo inconstitucionais normas posteriores que lhe contradigam, além de um efeito vinculativo, gerando a obrigação do legislador agir, sob pena de se configurar verdadeira omissão inconstitucional, o que acaba por legitimar a judicialização de normas pragmáticas garantidoras de direitos fundamentais.

2.1 Norma de eficácia contida

Por norma de eficácia contida, também chamada de norma de aplicação restringível ou prospectiva, se entende aquela de aplicabilidade direta e imediata, mas não integral, de modo que pode o legislador ordinário restringir a sua eficácia, desde que de maneira razoável, sem que isso se caracterize em uma violação à Constituição de 1988. Sobre o assunto, Pedro Lenza anota:

> Ao contrário do que ocorre com as normas constitucionais de eficácia limitada, como será visto no item seguinte, em relação às quais o legislador infraconstitucional amplia o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, no tocante às normas constitucionais de eficácia contida percebemos verdadeira limitação (restrição) à eficácia e à aplicabilidade. (LENZA, 2016, p. 362).

Em outras palavras, apesar de aptas a produzirem efeitos desde a sua vigência, tais normas admitem intervenção restritiva, que pode ocorrer por meio de lei, por outra norma constitucional ou mesmo por conceitos éticos-jurídicos indeterminados.

De acordo com Vitor Cruz, o legislador estaria limitado pelos “limites dos limites”, que seria a preservação do núcleo essencial do direito fundamental objeto da limitação, núcleo que seria protegido para que a restrição não descaracterize a sua efetividade, sendo esta proteção implícita em nosso ordenamento jurídico (CRUZ, 2017, p. 166).

Na lição de Flávio Martins:

> Prevalece na doutrina brasileira e na jurisprudência que este núcleo essencial é encontrado na análise do caso concreto (é a teoria relativa do núcleo essencial). Assim, ao nos depararmos com uma lei que restringe o acesso a algumas profissões, por exemplo, devemos examinar se essa restrição é tão excessiva, a ponto de ferir ou não o núcleo essencial do direito constitucional (MARTINS, 2017, p. 341).

O que se denota é que a restrição, além de não atingir o núcleo essencial, deve ser razoável e proporcional, sob pena de restar violado a norma constitucional. Até mesmo a restrição tem o objetivo maior de instrumentalizar outros direitos de igual envergadura, não sendo admitida unicamente para a retirada de direitos.

2.2. Norma de eficácia limitada

Por seu turno, as normas de eficácia limitada, ou chamada de norma de integração completável, de eficácia relativa dependente de regulamentação ou complementação, dependem da elaboração de outras leis, ou mesmo de outros dispositivos da Constituição para produzirem todos os seus efeitos, possuindo aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Como relatado acima, mesmo tais normas gozam de eficácia mínima, com efeitos paralisante, impeditivo e vinculativo. Se dividem em normas declaratórias de princípio institutivo e pragmáticas, que segundo a doutrina as primeiras “contêm esquemas gerais (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos ou entidades” (LENZA, 2016, p. 365), enquanto as segundas “contêm esquemas gerais (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos ou entidades” (LENZA, 2016, p. 366).

Atualmente, com o neoconstitucionalismo, desenvolvido sob a perspectiva filosófica do pós-positivismo, tem se admitida que mesmo as normas programáticas possam ter o seu cumprimento judicializado, em razão da mudança de paradigma que objetiva dar “máxima efetividade” ao texto constitucional, de modo que Supremo Tribunal Federal - STF vem admitindo o controle judicial de políticas públicas, de forma a impor aos demais poderes o cumprimento dos programas estabelecidos na Constituição.

O comando Constitucional, ainda que veiculado por meio de normas pragmáticas, não pode ser ignorado pelos poderes públicos, sob pena de se fazer letra morta a preceitos relevantes elevados ao status constitucional pelo poder

constituinte originário ou derivado reformador, de modo que a reticência inconstitucional do Poder Executivo, por exemplo, não pode igualmente ser ignorada pelo Poder Judiciário, principalmente no caso do Supremo Tribunal Federal, a quem vase a guarda da Constituição.

Como exemplo, Flávio Martins cita o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 271.286, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal, não se pode converter em promessa inconsequente, podendo o Estado ser compelido à prestação (MARTINS, 2017, P. 348).

A margem de conformação do administrador público resta diminuída quando se está diante de direitos fundamentais, admitindo-se a atuação do Poder Judiciário para fazer cumprir as determinações constitucionais. A desídia do administrador não pode ser convalidada pela judiciário, que não pode ficar avesso às omissões violadoras de garantias constitucionais mínimas do cidadão.

2.3. Norma de eficácia plena

Por fim, as normas de eficácia plena são aquelas que, desde logo, são capazes de produzirem todos os seus efeitos, independente de outras normas constitucionais ou da posterior elaboração de leis pelo legislador infraconstitucional, possuindo aplicabilidade direta, imediata e integral, não necessitando de qualquer norma complementar para terem eficácia máxima, não podendo sofrer restrição, a exemplo da norma do art. 5º, III, da CF/88 que estabelece “que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Nos dizeres de Pedro Lenza:

> Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. (LENZA, 2016, p. 360).

Como mencionado acima, tais normas, não dependerem de regulamentação, cabendo ao legislador apenas atuar para garantir o cumprimento da norma. O direito a não ser submetido a tortura não necessita de qualquer regulamentação, mas o Estado pode legislar para criar mecanismos de controle para garantir o exercício de tal direito, punindo os agentes responsáveis pela tortura, por exemplo.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Citando José Afonso da Silva, Flávio Martins destaca que a teoria clássica, de origem norte-americana, sobre a aplicabilidade imediata das normas constitucionais ser excepcional, atualmente deu lugar a entendimento diametralmente diverso, de modo que a orientação doutrinária hodierna é reconhecer a eficácia plena e a aplicabilidade imediata da maioria das normas constitucionais (MARTINS, 2017, P. 338).

A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tenham eficácia plena, deixando para um leque menor de possibilidades as normas de eficácia contida e limitada.

2.4. Aplicabilidade imediata prevista no § 1º do artigo 5º

Assim como as demais normas constitucionais, ao art. 5º é possível se aplicar as definições de norma de eficácia contida, limitada e plena, sendo cada norma do mencionado artigo sujeita a uma das três classificações. Em seu artigo 5º, § 1º, a Constituição de 1988 estabeleceu que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Entretanto, a doutrina diverge sobre qual a extensão do comando constitucional, tendo se desenvolvido quatro correntes, as quais preceituam que a norma em questão seria irrelevante, diante da impossibilidade de se alterar a natureza das coisas pelos simples comando normativo; a cláusula seria regra absoluta, não se podendo relativizar a proteção constitucional literal; a cláusula é regra, mas não é absoluta, aceitando certas limitações. Por fim, a cláusula seria um princípio, com alta carga interpretativa, devendo ser realizado na maior extensão possível.

De acordo com Flávio Martins, a leitura apressada da norma do § 1º do Art. 5º da CF/88 poderia levar a conclusão de que a existência de normas de eficácia limitada seria incompatível com tal a determinação legal acima, o que não é verdade, já que mesmo a normas de eficácia limitada não são desprovidas de eficácia, apenas reclamando uma regulamentação legal, cabendo ao intérprete aplicar a norma na maior medida do possível (MARTINS, 2017. p. 796).

Pedro Lenza, citando mais uma vez José Afonso da Silva, esclarece que tal norma:

> "em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma

> situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes" (LENZA, 2016, p. 1583).

Como se vê, a regra do § 1º do art. 5º se harmoniza com a classificação da eficácia das normas constitucionais. Isso porque, a constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento próprio da República Federativa do Brasil.

Por esse motivo, se conferiu aplicabilidade imediata às normas garantidoras de direitos fundamentais como um mecanismo capaz de evitar que tais direitos pudessem ser ignorados pelo próprio Estado, em caso de omissão legislativa.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, discorrendo sobre § 1º do art. 5º ensinam que tal comando deixa claro que as normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais, mesmo aquelas fora do art. 5º, são de caráter preceptivo, e não simplesmente pragmático, devendo os aplicadores do direito conferir a tais normas a maior eficácia possível, sem condicionar tal eficácia à prévia edição de norma regulamentadora. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 113).

2.5 Norma de abertura e bloco de constitucionalidade

Para deixar claro que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não estariam restritas ao art. 5º, seus §§ 2º e 3º trouxeram verdadeira cláusula de abertura, além de indicar a existência do chamado bloco de constitucionalidade, *in verbis*:

> Art. 5º. (...).
> § 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.
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Neste passo, os direitos e garantias fundamentais não excluem outros decorrentes dos princípios adotados pela Constituição, podendo tais direitos serem extraídos dos tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o regramento previsto no § 3º mencionado acima.

Sobre a não limitação dos direitos e garantias fundamentais ao art. 5º, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero lecionam:

> Aliás, a própria orientação adotada pelo STF em matéria de direitos sociais tem sido sensível, neste particular, ao reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais, o que também demonstra a relevância da atuação do Poder Judiciário nesta matéria, já que a negação da fundamentalidade na esfera jurisprudencial acabaria por esvaziar o texto constitucional, a despeito da expressa previsão de que os direitos sociais – como, aliás, todos os direitos previstos no Título II – são direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 358).

A constituição seria então, sob um prisma legalista e positivista, a somatória de pelo menos três elementos, que seriam o próprio texto constitucional, incluindo as normas do ADCT, os princípios que dela decorrem e os tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que incorporados ao ordenamento pátrio pelo quórum qualificado.

A correta conceituação do bloco de constitucionalidade ou bloco legal é fundamental para a delimitação do parâmetro ou paradigma para o controle de constitucionalidade, a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual de suma importância a sua delimitação (MARTINS, 2017, p. 143).

2.6. Restrição a eficácia das normas do art. 5º

A previsão do § 1º do art. 5º não impede que direitos e garantias fundamentais sejam restringidos temporariamente nas hipóteses definidas pela própria Constituição, como restrições à liberdade de reunião (art. 5 º, XVI) e ao sigilo das correspondências (art. 5 º, XII). São restrições excepcionais somente admitidas em estado de sítio e estado de defesa. Havendo a colisão de direitos fundamentais, há que ser resolvido com base na ponderação, de modo que ambos os direitos sejam observados no maior grau possível, sem a eliminação ou o sacrifício completo de um deles.

Sobre a possibilidade de restrição a direitos fundamentais, lecionam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

> A Constituição Federal reconhece, nas situações excepcionais e gravíssimas de estado de defesa e estado de sítio, a possibilidade de restrições ou suspensões temporárias de direitos e garantias fundamentais, sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 160).

Todavia, mesmo em tais hipóteses extremas, a legalidade das restrições poderá ser amplamente questionada no Poder Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, além das medidas serem

objeto do controle político pelo Poder Legislativo, em verdadeira aplicação da teoria dos freios e contrapesos.

Os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos, de modo que cada direito encontra limites em outros direitos fundamentais, devendo ocorrer a ponderação para que nenhum dos direitos seja sacrificado por inteiro. A doutrina classifica as limitações dos direitos fundamentais em internas ou imanentes e externas.

De acordo com Flávio Martins, as limitações internas ou imanentes estão na própria constituição, encontrando a sua limitação em outros direitos fundamentais, e na verificação de sua própria amplitude. Já as limitações externas seriam impostas por outros direitos constitucionais ou mesmo por meio de leis infraconstitucionais (MARTINS, 2017, p. 789).

Muito se discute sobre a limitação a direitos fundamentais desembarcar na inconstitucionalidade da restrição, o que não ocorre, desde que a limitação seja verdadeiro instrumento da efetivação do direito, já que, como visto acima, a limitação sempre tem por fundamento o respeito e a instrumentalização de outro direito de igual envergadura.

Bernardo Gonçalves Fernandes leciona em seu Curso de Direito Constitucional:

> A limitação deve surgir para desenvolver o direito fundamental ou outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente em caso de colisão. Certo é que a restrição (limitação) não pode ser tal que, ao invés de desenvolver (dar maior efetividade), prejudique o direito fundamental (FERNANDES, 2017, p. 351).

Assim, ainda que se fale em limitação dos direitos fundamentais, tal limitação serve para a própria instrumentalização de outros direitos, o que legitima a restrição do alcance da norma, sem se tornar um ato inconstitucional praticado pelo legislador.

3. CONCLUSÃO

O art. 5º, como reduto principal dos direitos e garantias fundamentais da CF/88, possui aplicabilidade imediata, não obstante algumas de suas garantias estarem sujeitas à regulamentação ou restrição pela legislação infraconstitucional ou pela própria constituição, conforme teorias internas e externas, que legitima a limitação de direitos fundamentais.

Algumas destas normas podem sofrer limitação ou restrição temporárias em casos excepcionais, ressalvado sempre o controle posterior pelo Poder Judiciário, isso sem que tais normas percam seu caráter de fundamentalidade, sendo que as restrições são sempre para instrumentalizar outros direitos de igual envergadura.

O mesmo art. 5º estabeleceu em seus §§ 2º e 3º verdadeira cláusula de abertura, de modo a deixar claro que os direitos e garantias fundamentais não estão restritos unicamente ao mencionado artigo ou mesmo à constituição, abarcando também o bloco de constitucionalidade (que será o parâmetro para o controle de constitucionalidade), composto pela Constituição, normas do ADCT e pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, estes últimos provados com o quórum das emendas constitucionais, diante da relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro vetor interpretativo com efeitos irradiantes para todo o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 abr 2024.

CRUZ, Vitor. **Constituição Federal Anotada para Concursos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Ferreira. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves**. Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, **Daniel. Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: **Saraiva**. 2017.

TIPOLOGIA DAS SENTENÇAS CONSTITUCIONAIS: ATIVISMO JUDICIAL E A TENSÃO COM A SEPARAÇÃO DOS PODERES

TIPOLOGY OF CONSTITUTIONAL. JUDGMENTS: JUDICIAL ACTIVISM AND TENSION WITH SEPARATION OF POWERS

Josimeire Fernandes Netto[1]

Resumo: O trabalho tem por objetivo descrever a diversidade de tipologias de decisões utilizadas pelos Tribunais ou pelas Cortes Constitucionais no controle de constitucionalidade, em razão da relativização do padrão binário do direito (constitucionalidade/inconstitucionalidade). A partir daí, analisam-se os desdobramentos do ativismo judicial e como isso interfere na Separação de Poderes. Para esse objetivo, inicialmente, analisaram-se a evolução histórica do controle de constitucionalidade e, com fundamento na doutrina, o espectro de possibilidades que se abriu para os juízes constitucionais, quando do exercício hermenêutico frente à norma constitucional. Demonstraram-se, empiricamente, hipóteses em que esse dever foi respeitado, bem como outras em que foram admitidas as flexibilizações pela Corte Suprema brasileira. Por fim, apresentaram-se possíveis soluções para evitar as crises institucionais decorrentes da aplicação dessas espécies de sentenças constitucionais frente à Separação de Poderes.

Palavras-Chave: Tipologia de sentenças constitucionais; Ativismo judicial; Tensão com a Separação de Poderes; Autocontenção do Poder Judiciário.

Abstract: The work aims to describe the diversity of decisions typologies used by Courts or Constitutional Courts in the control of constitutionality, due to the relativism of the binary standard of law (constitutionality / unconstitutionality). From there on, it is analyzed the developments of a possible judicial activism and how it interferes with the Separation of Powers. For this purpose, initially, the historical evolution of the control of constitutionality was analyzed and, based on doctrine, the spectrum of possibilities that opened up to constitutional judges, during the hermeneutic exercise in face of the constitutional rule. It was also analyzed the role of the Courts and Constitutional Courts in the Democratic Rule of Law and the possible consequences when the duty of self-restraint is not observed. It was empirically demonstrated hypotheses, in which this duty was respected, as well as others in which flexibilities by the Brazilian Supreme Court were admitted. Finally, possible solutions were presented to avoid the institutional crises resulting from the application of these kinds of constitutional sentences in the face of the Separation of Powers.

Keywords: Typology of constitutional sentences; Judicial activism; Tension with the Separation of Powers; Duty of self-restraint of the Judiciary.

[1] Pós-Graduada em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Projeção – Uniprojeção. Pós-Graduada em Responsabilidade Civil pela Universidade Estácio de Sá.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o escopo de analisar, sob a perspectiva da hermenêutica constitucional, o limite do uso das técnicas e dos mecanismos postos à disposição dos Tribunais ou das Cortes no exercício da Jurisdição Constitucional e o respeito à lisura do jogo democrático.

Dentro dessa temática, analisar-se-á como o uso dessas especificidades metodológicas no exercício da Jurisdição Constitucional pode gerar tensões de ordem institucional, notadamente, no sistema de pesos e contrapesos entre os três Poderes Constituídos na República Federativa do Brasil, após o Judiciário ter assumido um papel relevante a partir da expansão jurisdicional. É certo que o controle de constitucionalidade é exercido pelos três os poderes estatais, dentre os quais o Legislativo e o Executivo, que o realizam por meio do denominado controle político. Porém, somente o Judiciário exerce o controle jurisdicional que, por ter mecanismos mais complexos, costuma despertar maior atenção frente à sociedade, sendo objeto de constantes críticas quando há incursão excessiva na política, por meio da figura do ativismo judicial, seja pela judicialização da Política ou politização da Justiça.

A metodologia aplicada é a descritiva, na classificação e nas características de cada espécie de sentença constitucional, bem como a aplicação de cada uma delas pelo Judiciário no caso concreto, e analítica, no impacto delas decorrente no arranjo constitucional. A fim de garantir a consistência do estudo e sua conclusão, a coleta de informações se deu por meio de vasta revisão bibliográfica da mais abalizada doutrina sobre o tema, revistas jurídicas, palestras de juristas disponíveis em redes sociais, bem como dos precedentes jurisprudenciais extraídos do sítio do Supremo Tribunal Federal.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. Considerações preliminares sobre a Constituição

Do ponto de vista eminentemente sociológico, no mundo, sempre existiu a Constituição material, pois, como afirmava Aristóteles, a Constituição (politeia) era o modo de ser da *polis*[2]. Ou seja, ela seria a "totalidade da estrutura social da comunidade". Somente a partir dos séculos XVII e XVIII, a Constituição ganhou contornos jurídicos-normativos. Mas a ideia de uma organização constitucional formal

[2] ARISTÓTELES., 1988, n.p.

ocorreu com o denominado "movimento do constitucionalismo", decorrente das revoluções americana e francesa, formando o "conceito ocidental de Constituição"[3].

Segundo Rogério Soares[4], por esse conceito moderno, a Constituição evoluiu de um "modo de ser" para "se tornar o 'ato constitutivo' (criador, formador, fundante) da (nova) comunidade", a que todos devem respeito. A partir da ideia da Constituição Formal (que não se confunde com a constituição escrita), estão baseadas: a doutrina da supremacia da Constituição – prevalência sobre todo o ordenamento ordinário, porque dotada de supralegalidade – e a doutrina do controle de constitucionalidade das leis – defesa de sua prevalência frente às infringências das normas ordinárias contrárias à Constituição[5].

1.2. Matrizes do controle de constitucionalidade das normas

Existem três grandes sistemas de controle, que influenciaram a criação e o desenvolvimento dos modelos atualmente existentes. São eles: o sistema americano (1803); o sistema austríaco (1920) e o sistema francês (1958)[6]. Tendo em vista o enfoque deste trabalho, interessa a análise sucinta apenas dos dois primeiros.

A primeira matriz (norte-americana) é de suma importância, pois por meio dela desenvolveu-se a doutrina da supremacia da Constituição, no julgamento do célebre caso Marbury x Madison, pela Suprema Corte Americana. Suas principais características são: (i) controle por todos os juízes e Tribunais – de forma difusa; (ii) controle sempre no âmbito concreto, com efeitos inter partes e (iii) sob a perspectiva temporal, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos (*ex tunc*)[7].

Por sua vez, a matriz austríaca foi delineada foi Hans Kelsen, tendo como marco a Constituição da Áustria de 1920. Aqui, o Judiciário atuaria como "legislador negativo", apenas invalidando atos normativos que afrontassem a Constituição. Suas principais características são: (i) órgão próprio e específico de controle de constitucionalidade, único com legitimidade para análise de adequação das normas, de forma concentrada; (ii) o controle é realizado abstratamente de forma objetiva, com

[3] FERNANDES, 2019, p. 32.
[4] Apud FERNANDES, ibidem, p. 34.
[5] FERNANDES, op. cit., p. 37.
[6] Ibidem, p. 1698.
[7] Ibidem, p. 1699.

efeitos erga omnes e (iii) sob a perspectiva temporal, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex nunc* (pro futuro)[8].

No Brasil, o controle judicial repressivo adota o sistema misto, em razão de o controle ser exercido judicialmente tanto de forma difusa como de forma concentrada.

1.3. Evolução do padrão binário: constitucionalidade/inconstitucionalidade

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a antiga doutrina norte-americana do dogma da nulidade da lei inconstitucional desde a Constituição da República de 1891, corolário do princípio da supremacia da Constituição. Por esse padrão binário, a incompatibilidade de um ato normativo com a norma constitucional não pode produzir efeitos, sob pena de se negarem efeitos à própria Constituição.

Para a doutrina clássica -, além da mera parametricidade, a declaração de invalidade (sanção) do ato normativo incompatível é ínsita à atividade de confrontação. Pois, "a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica".[9]

Contemporaneamente, doutrina e jurisprudência têm reconhecido a flexibilização desse binário, em razão da complexidade das relações e dos avanços da sociedade. Nesse sentido, Joaquim Gomes Canotilho sustenta que:

> (...) a tradicional dogmática ancorada na bipartição radical entre leis e atos normativos constitucionais e inconstitucionais carece de revisão: porque uma lei ou ato normativo inconstitucional pode não ser (como habitualmente se pressupõe) um ato inconstitucional ab initio, vindo apenas tornar-se inconstitucional, e porque os efeitos de inconstitucionalidade podem não ser sempre os da nulidade, mas os de simples declaração de inconstitucionalidade.[10]

Hodiernamente, o dogma da nulidade não é afirmado com a mesma convicção de outrora. Desenvolvimentos posteriores sobre o tema no direito constitucional de diversos países demonstram relativização dessa concepção unitária de inconstitucionalidade.[11]

No Direito brasileiro, a flexibilização desse padrão binário foi, inclusive, positivada no art. 27 da Lei Federal 9868. Por razões de segurança jurídica ou

[8] Ibidem, p. 1700.
[9] MENDES, 2016, n.p.
[10] CANOTILHO, 1994, p. 206.
[11] CANOTILHO, 2002, p. 949.

excepcional interesse social, é possível restringir os efeitos da declaração ou que sua eficácia tenha início a partir do trânsito em julgado ou outro momento que venha ser fixado, se assim decidido por dois terços da Corte Constitucional.

Além disso, dada a textura aberta da Constituição; o STF tem se valido, com frequência, da técnica de decisão da intepretação conforme a Constituição, para "salvar uma norma fazendo com que ela permaneça no ordenamento jurídico."[12] Apesar de não haver essa previsão legislativa no direito comparado, "o legislador brasileiro fez constar tal possibilidade de decisão no art. 28 da Lei 9868."[13], que também prevê a técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Não obstante a positivação dessas modalidades de técnicas de decisão constitucional no Direito brasileiro, existem outras espécies de sentenças intermediárias que são utilizadas com frequência no Direito comparado e, vez por outra, aplicada por nossa Corte Constitucional.

1.4. Sentenças constitucionais intermediárias

Bernardo Gonçalves Fernandes leciona que a sentença intermediária "compreende uma diversidade de tipologias de decisões utilizadas pelos Tribunais Constitucionais e/ou Cortes Constitucionais, com o objetivo de relativizar o padrão binário do direito (constitucionalidade/inconstitucionalidade)"[14].

Vê-se que, para além do padrão binário, agora, há pluralidade de medidas intermediárias, que relativizam tais julgamentos, abrindo um espectro de possibilidades para juízes constitucionais.[15] Aqui, nasce a preocupação de uma jurisdição constitucional ativa, abandonando, aos poucos, a figura do "legislador negativo" defendida por Kelsen. Afinal, em razão da força criativa e inovadora dessas decisões intermediárias, com efeitos erga omnes, são possíveis, não só decisões interpretativas, e sim decisões construtivas - também conhecidas como manipulativas -, a depender do *quantum* de inovação produzam no Direito.

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, o termo "sentenças intermediárias" foi originalmente cunhado na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais europeus,

[12] FERNANDES, op. cit., p. 1859.
[13] Ibidem, p. 1871.
[14] Ibidem, p. 1869.
[15] Ibidem.

em 1987. Pode-se subdividi-las em dois grupos, conforme quadro elucidativo de suas espécies[16]:

Quadro 01: espécies de sentenças intermediárias.

Sentenças normativas:	Sentenças transitivas ou transacionais:
Que levam à criação de uma norma geral (abstrata) e vinculante, que, por sua vez, são subdivididas em outros grupos: ▪ sentenças interpretativas ou de interpretação conforme a Constituição; ▪ sentenças aditivas; ▪ sentenças aditivas de princípio; ▪ sentenças substitutivas.	Que implicam, devido a uma série de fatores (políticos, econômicos ou mesmo jurídicos), a possibilidade de uma relativa transação (relativização) com a supremacia constitucional, e são divididas nas seguintes espécies: ▪ sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo; ▪ sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida; ▪ sentenças de Apelo ou apelativas; ▪ sentenças de aviso.

Fonte: FERNANDES, p. 1870.

1.4.1. Sentenças intermediárias normativas

No grupo das sentenças normativas, também chamadas de manipulativas, as sentenças interpretativas são as mais comuns dentre as intermediárias no Direito brasileiro, pois, como visto anteriormente, elas estão positivadas no art. 28, parágrafo único, da Lei Nacional 9868.

Seja na técnica da interpretação conforme ou na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, observa-se que "infelizmente, o STF, vez por outra, trata de forma equivalente as duas modalidades, deixando assente uma nítida confusão entre as duas técnicas de decisão de controle de constitucionalidade"[17].

Bernardo Gonçalves Fernandes cita como exemplo o julgamento da ADI nº 1719-DF (18.06.2007), na qual se aplicou a interpretação conforme ao art. 90 da Lei Nacional 9099 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contida nessa lei,[18] quando deveria ter sido usada a técnica da declaração parcial de inconstitucional sem redução de texto, pois é nesta que "o órgão judicial elimina as hipóteses de aplicação incompatíveis com a Constituição, de sorte que há a redução do programa normativo, sem alterar a expressão literal da norma jurídica."[19]

[16] Quadro 01: espécies de sentenças intermediárias. Fonte: ibidem, p. 1870.
[17] Ibidem, p. 1872.
[18] Ibidem, p. 1873.
[19] PENÃ, 2018, n.p.

Ainda no grupo das sentenças normativas, estão inseridas as sentenças aditivas. Tais sentenças buscam alcançar situações que deixaram de ser consideradas pelo legislador ordinário no momento da elaboração da norma. Assim, há um alargamento da incidência da disposição legislativa, para além do que estava originariamente previsto[20]. Aqui, há uma verdadeira ação legislativa. Pois, a norma antes insuficiente passa a ser suficiente, em razão da atividade criativa do Tribunal Constitucional.

Conforme Canotilho, o Tribunal "alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na 'parte em que não prevê', contempla uma 'exceção' ou impõe uma 'condição' a certas situações que deveria prever"[21].

Gilmar Ferreira Mendes dirige a seguinte crítica ao Supremo Tribunal Federal:

> (...) é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos.[22]

Porém, o Ministro compreende o porquê da proliferação dessa espécie de sentença, mencionando três fatores constatados por Augusto Martín de La Vega[23]. Segundo o doutrinador espanhol: (i) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; (ii) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários e (iii) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional.

Vislumbra-se, desde logo, alguma coincidência com as justificativas que amparam o ativismo judicial, conforme se verá adiante.

A sentença aditiva se diferencia da sentença aditiva de princípios, também chamada de "aditivas de mecanismo" ou "sentenças de delegação"[24]. Por essa espécie de sentença intermediária normativa, o juiz constitucional reconhece uma omissão legislativa, declarando-a, e, posteriormente, determina uma diretriz a ser seguida pelo legislador na elaboração da nova e necessária normatividade dentro de

[20] SOUZA CRUZ, 2004, p. 184.
[21] CANOTILHO, 2002, p. 1019.
[22] MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., n.p.
[23] Apud MENDES, COELHO; BRANCO, ibidem.
[24] FERNANDES, ibidem, p. 1874.

um prazo determinado. Portanto, são sentenças que visam a corrigir omissões legislativas[25]. Aqui, há maior deferência ao Legislativo, pois, a despeito de orientá-lo quanto aos princípios a serem observados, não há atividade criativa da jurisdição constitucional.

A última espécie de sentença intermediária normativa é a sentença substitutiva. Conforme ensina Bernardo Gonçalves Fernandes, com origem na doutrina italiana, o "juiz constitucional irá, em um primeiro momento, anular uma disposição para em seguida, acrescentar um novo sentido normativo"[26]. Sobre essa espécie intermediária normativa, Paulo Gustavo Gonet Branco expõe o seguinte:

> (...) a Corte declara a inconstitucionalidade de um preceito na parte em que expressa certa norma em lugar de outras, substancialmente distinta, que dele deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial, como o denomina Prieto Sanchís, para quem tais normas já nascem enfermas porque desprovidas de fundamento democrático. Apesar dessa ressalva, esse mesmo jurista pondera que, embora os juízes não ostentem uma legitimidade de origem, de que desfruta o Parlamento por força de eleições periódicas, é de se reconhecer à magistratura uma legitimidade de exercício, de resto passível de controle pela crítica do seu comportamento.[27]

Essa espécie intermediária é a que mais se afasta da ideia do Judiciário como legislador negativo, pois a atividade criativa do juiz constitucional é intensa. Afinal, a disposição normativa é substituída por outra distinta,[28] sequer cogitada pelo legislador.

1.4.2. Sentenças intermediárias transitivas

Passa-se ao segundo grupo de sentenças intermediárias, chamadas de sentenças transitivas ou sentenças transacionais. São assim denominadas porque buscam uma negociação com a supremacia da Constituição, relativizando-a por razões de cunho político, econômico, jurídico ou social.[29]

A primeira espécie é a sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, originária da Corte Constitucional alemã, que "reconhece a inconstitucionalidade da norma, porém não a retira do ordenamento jurídico, com a justificativa de que sua

[25] Ibidem.
[26] FERNANDES, ibidem, p. 1874.
[27] MENDES; COELHO; BRANCO, ibidem.
[28] Ibidem.
[29] FERNANDES, op. cit. p. 1875.

ausência geraria mais danos do que a presença da lei inconstitucional".[30] Conforme ensina Guilherme Penã:

> Em consequência, no dispositivo da decisão definitiva de mérito, o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade é julgado procedente, conquanto a lei ou ato normativo é declarado inconstitucional sem pronúncia de nulidade, em razão da inexistência de norma apta a preencher eventual lacuna no ordenamento jurídico.[31]

Essa espécie normativa é aplicada nos casos em que há a exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade. Assim, permite-se impor os efeitos da declaração apenas a um determinado número de pessoas identificáveis. Bernardo Gonçalves Fernandes atesta que são casos típicos de ADI por omissão.[32]

Outra espécie é a sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida. Nada mais é do que a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, prevista no art. 27 da Lei Nacional 9868. Essa "espécie não é considerada uma sentença intermediária propriamente dita"[33], pois, apenas relativiza a eficácia retroativa das decisões que declaram a inconstitucionalidade da norma.

Neste grupo, também se encontram as sentenças de apelo ou apelativas. Há a declaração de constitucionalidade de uma norma "ainda" constitucional ou declaração de constitucionalidade provisória ou inconstitucionalidade progressiva. Aqui, "o órgão jurisdicional limita-se a reconhecer a constitucionalidade da norma, contudo, advertindo o legislador de que serão necessárias mudanças nas normas legisladas para que, no futuro, não advenha uma inconstitucionalidade".[34]

É um apelo ao legislador para que ele tome providências a fim de que a inconstitucionalidade não passe a existir, tornando inconstitucional uma norma, até então constitucional.[35] Nesta espécie, há um verdadeiro diálogo institucional entre os Poderes Constituídos.

Finalmente, a última sentença intermediária transitiva é a sentença de aviso. O juiz constitucional sinaliza uma mudança na jurisprudência da Corte para o futuro. A mudança não surtirá efeitos para o caso sub judice. Trata-se do "*prospective overruling*, ou seja, a sentença explicita uma futura mudança jurisprudencial, porém,

[30] MEYER, 2008, p. 132.
[31] PENÃ, op. cit., n.p.
[32] FERNANDES, ibidem, p. 1878.
[33] Ibidem, p. 1879.
[34] MEYER, op. cit., p. 138.
[35] FERNANDES, ibidem.

como já dito, o novo precedente não será aplicado no caso em que ele está sendo apresentado".[36]

Diante da variedade de espécies de sentenças à disposição da Jurisdição Constitucional, Emílio Peluso Neder Meyer[37] constata que, na doutrina, há um discurso totalmente confuso a respeito do tema. Ora os juristas tentam distinguir diferenças entre os institutos que compõe este gênero (sentenças intermediárias), ora buscam mesclá-los de modo desarrazoado. Diz, ainda, o autor que, no Supremo Tribunal Federal, o problema é ainda mais grave, já que este opta por decisões com "fundamentação pouco convincente", agravando a precariedade e pouca técnica do debate sobre o tema.[38]

José Adércio Leite Sampaio ainda conclui sobre as sentenças intermediárias: "nas sentenças normativas, o Tribunal Constitucional acaba pecando pelo excesso, indo até mesmo além de suas funções, já nas sentenças transitivas, o mesmo peca por timidez ou pela falta de uma adequada prestação jurisdicional."[39]

Na verdade, as sentenças intermediárias normativas são um campo fértil a uma jurisdição constitucional ativista e, desse modo, mais propensas a interferir na harmonia e na independência dos Poderes constituídos.

2. SEPARAÇÃO DE PODERES

A Separação de Poderes é um modelo político. O Estado tem suas funções divididas em órgãos diferentes e independentes, cada qual com distintas áreas de responsabilidade e, em regra, indelegáveis. A ideia dessa desconcentração é evitar o despotismo.

Conforme ensina Flávio Martins Alves Nunes Júnior, a despeito de Aristóteles ser o primeiro a tratar do assunto, foi Charles-Louis de Secondat – mais conhecido como barão de Montesquieu -, em sua clássica obra O Espírito das Leis, quem concebeu a doutrina da separação dos poderes como sistema, tendo como integrantes o legislativo, o executivo e o judiciário, com poderes independentes e harmônicos entre si. Essa configuração passou a aparecer em praticamente todas as constituições a partir final do século XVIII.[40]

[36] FERNANDES, ibidem, p. 1880.
[37] MEYER, op.cit., 37.
[38] Ibidem.
[39] FERNANDES, ibidem.
[40] Ibidem.

Porém, a doutrina da separação de poderes evoluiu, por influência do constitucionalismo norte-americano[41]. Era necessário mais do que um equilíbrio natural decorrente da rígida e excludente separação de poderes. As funções estatais foram interconectadas, "a fim de manter a autonomia e independência que lhes são típicas, nascendo daí a famosa teoria dos freios e contrapesos ('*checks and balances*')."[42].

Assim, há uma complexa interação entre os órgãos integrantes de cada um dos três poderes, em que cada um desempenha funções típicas e atípicas, por meio de um elaborado sistema de controles recíprocos.

No Direito brasileiro, para além de um princípio (art. 2º da CF/88), é protegido pelo art. 60, §4º, inciso III, como cláusula pétrea, núcleo duro da Constituição, a qual garantiu seu livre exercício sob pena de intervenção federal (art. 34, inciso IV).

Da análise do dispositivo constitucional, Bernardo Gonçalves Fernandes resume as três perspectivas do art. 2º da CR/88: (i) especialização funcional (análise de funções típicas e atípicas); (ii) não usurpação de um poder sobre o outro (ingerência indevida que fere a separação de poderes) e (iii) dos controles recíprocos (freios e contrapesos).[43].

Porém, atualmente, observa-se um protagonismo do Judiciário. Isso se deu por diversos fatores, tais como: a hipertrofia de um dos poderes sobre os outros diante de determinadas concentrações de atribuições no texto constitucional; a mudança gradual de um Estado Liberal para um Estado Social ou de Providência; as recentes crises institucionais e déficit de representatividade democrática, dentre outras. Com isso, o Poder Judiciário passou a atuar decisivamente em questões tipicamente políticas afetas aos outros poderes constituídos, ao que se denominou de judicialização da política[44].

3. PAPEL DAS CORTES E DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Ao desenvolver sua Teoria Sistêmica da Sociedade, Niklas Luhmann[45] defendeu que a Constituição é o produto do acoplamento estrutural entre os

[41] SOUZA; SARMENTO, 2012, n.p.
[42] FERNANDES, op. cit., p. 328.
[43] FERNANDES, op. cit., p. 329.
[44] VIANNA, nov.2007. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em 25 ago. 2020.
[45] Apud NUNES JUNIOR, 2019, n.p.

subsistemas do Direito e da Política, como instrumento de legitimação da vontade soberana.

Contudo, as especificidades metódicas da hermenêutica constitucional postas à disposição da Jurisdição Constitucional proporcionam o manejo do alcance e sentido da Constituição e das leis e o exercício, de forma transversa, de um poder político.

Juízes constitucionais, que não detiveram o voto popular, sobrepõem a sua interpretação à Constituição, que foi elaborada por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática[46], gerando uma aparente incongruência no Estado democrático de direito.

Nessa perspectiva, Luís Roberto Barroso entende as Cortes e os Tribunais Constitucionais no cenário contemporâneo exercem três grandes papéis: contramajoritário, representativo e iluminista[47].

No papel contramajoritário, o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria; a par da incorporação dos valores fundamentais, deve-se considerar sua dimensão substancial, incluindo a igualdade, liberdade e justiça. Assim, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem dois fundamentos principais: (i) a proteção dos direitos fundamentais, inegociáveis por deliberação política majoritária e (ii) a proteção das regras do jogo democrático. Confere-se à Jurisdição Constitucional status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias (John Stuart Mill).[48]

Quanto ao papel representativo, embora os juízes não sejam eleitos pelo povo; em algumas situações, a decisão da Corte atende melhor a vontade popular do que a lei ou o ato normativo editado pelo Parlamento. Principalmente, em situações de crise institucionais. Barroso indica que a qualificação técnica dos julgadores, a garantia da vitaliciedade, a inércia e a motivação das decisões judiciais justificam maior representatividade às demandas sociais.

Por fim, em relação ao papel iluminista, o Judiciário atua no sentido de "empurrar a história na direção do progresso social"[49]. Assim, superam-se bloqueios institucionais e culturais, permitindo avanços imprescindíveis, que não tiveram suas demandas atendidas pelos mecanismos tradicionais.

---

[46] LENZA, op. cit., n.p.
[47] BARROSO, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em 07 set. 2020.
[48] LENZA, op. cit., n.p.
[49] BARROSO, ibidem.

"O termo iluminista está sendo empregado para identificar decisão que não corresponde à vontade do Congresso Nacional nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima"[50]. Mas Barroso reconhece que se trata de competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas.

A advertência do Ministro Luís Roberto Barroso é séria e necessária. Afinal, diante do espectro de possibilidades decorrente dos papeis assumidos pelas Cortes e pelos Tribunais constitucionais abre-se um terreno fértil para o chamado ativismo judicial, diante dos instrumentos disponíveis.

4. ATIVISMO JUDICIAL X DEVER DE AUTOCONTENÇÃO (SELF-RESTRAINT)

Como visto no decorrer deste trabalho, o dogma kelsiano do legislador negativo, refletindo a posição de *self-restraint*, no exercício da Jurisdição Constitucional, está bastante flexibilizado, notadamente, pelo ativismo judicial.

A despeito de críticas, como as de Lenio Luiz Streck[51] - para quem o ativismo judicial é inadequado e danoso -, é importante entender o histórico e o conceito do fenômeno jurídico.

Historicamente, o estadunidense Arthur Schlesinger Jr. publicou na revista Fortune um artigo intitulado *The Supreme Court*, em 1947, traçando o perfil dos nove ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos, classificando-os entre ativistas ("Judicial Activists") e autocontidos ("Chanpions of Self Restraint")[52]. Conforme ensina Luís Roberto Barroso, a ideia de ativismo:

> (...) está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.[53]

Porém, Guilherme Penã, modo interessante, sintetiza o instituto como um comportamento do Poder Judiciário de falta de autocontenção, ligando-o a ideia de

[50] Ibidem.
[51] STRECK, 2018, n.p.
[52] BARROSO, 2012. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/-1794/2297> Acesso em 04 set. 2020.
[53] Ibidem, 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 08 ago. 2020.

invasão, enfrentamento.[54] Pode-se dizer, em resumo, que o ativismo judicial é o exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas da sociedade.

Guilherme Penã ainda alerta sobre necessidade de diferenciação entre judicialização e ativismo. Enquanto este é um comportamento, a judicialização é um fato, um estado de levar ao Judiciário questão que, a princípio, não lhe é própria.[55]

Embora os conceitos se conectem, nem sempre haverá relação de causalidade entre eles. Afinal, é possível que o panorama institucional e o contexto atual da política impliquem numa maior judicialização. Porém, isso não quer dizer que o Judiciário deva se portar, necessariamente, de maneira ativista. Daniel Sarmento e Souza Neto alertam que, embora o papel seja relevante, a Jurisdição Constitucional não pode ser a protagonista da narrativa.[56]

No ordenamento jurídico nacional, é possível identificar sua positivação no art. 12-F, §1º, parte final, da Lei 9868, que permite a concessão de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Pelo texto legal, o STF teria a liberdade de agir ativamente, sem que a lei sequer definisse qualquer medida ou limites, para criar aquilo que melhor entender[57].

Além do ativismo clássico estadunidense, verificam-se outras formas de ativismo contemporâneo.

Guilherme Penã aponta o (i) ativismo extrajudicial: típico do Judiciário brasileiro, quando a Corte se manifesta fora do processo, em entrevistas ou redes sociais. Há verdadeira politização do Judiciário; (ii) ativismo dialógico: verificado na Corte Colombiana que, ao constatar o Estado de Coisas Inconstitucional, com amparo no art. 27, III, do Decreto 2591/91, promoveu o diálogo institucional na construção da solução estrutural, mais adequada possível para o caso concreto e (iii) ativismo procedimental: característico no direito espanhol, em que o Tribunal pode criar um processo adequado à sua realidade, que se amolde ao tipo de causa que julga. Há uma autonomia processual de tribunais constitucionais.[58]

[54] PENÃ (@guilhermepenadm), 2020. Periscope. Disponível em: <https://www.pscp.tv/guilherme-penadm>. Acesso em 06 set. 2020.
[55] Ibidem.
[56] SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., n.p.
[57] PENÃ, 2020.
[58] Ibidem.

Além das formas da criatividade judicial, ainda importa para este trabalho a forma de conciliá-la à ideia da autocontenção.

O ativismo judicial é uma realidade. Não há como negá-lo e, para além de somente criticá-lo, é necessário harmonizá-lo ao princípio da Separação de Poderes. Isso é possível desde que observados alguns *standards* da autocontenção.

Basicamente, a *self-restraint* se fundamenta na deferência aos atos emanados dos órgãos eleitos pelo povo, com base na democracia e na separação de poderes. Ou seja, há um dever de respeito na esfera de atuação própria de cada poder, moderando-se o exercício do *checks and balances*.

A ideia clássica de autocontenção se deve ao jurista norte-americano James Thayer[59] que, em texto canônico publicado no final do século XIX, defendeu a adoção de uma postura de extrema autocontenção judicial no exercício do controle de constitucionalidade. Contemporaneamente, defende-se a necessidade de se estabelecer uma graduação. Segundo Sarmento, conforme o "teste da racionalidade" ou o "teste intermediário", a autocontenção será:

> (...) mais intensa em alguns casos, demandando uma postura judicial mais deferente diante das escolhas feitas por outros poderes, e mais suave em outras hipóteses, em que se aceitará um escrutínio jurisdicional mais rigoroso sobre o ato normativo.[60]

O autor apresenta alguns parâmetros para calibrar o grau de ativismo judicial no exercício da jurisdição constitucional: (i) grau de legitimidade democrática do ato normativo. O foco não é de conteúdo, mas de forma; quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mais autocontido será o Judiciário, que não pode substituir a vontade do povo; (ii) funcionamento democrático. O Judiciário atua mais ativamente para proteger os pressupostos mínimos necessários ao funcionamento da democracia contra grupos detentores do poder político; (iii) proteção de minorias estigmatizadas. Quanto maior o preconceito, maior deve ser a atuação judicial para evitar a discriminação de qualquer matiz. Por vezes, minorias impopulares não são objetos de atenção do parlamento. O parâmetro não é numérico, mas tem que envolver a participação do grupo social no exercício do poder político, social e econômico; (iv) capacidade técnica. A postura de autocontenção judicial deve ser mais

[59] Apud SARMENTO, 2012, n.p.
[60] SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., n.p.

intensa diante da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito; (v) direitos fundamentais. Normas que restrinjam direitos básicos demandam maior controle do Judiciário. Aqui se incluem os direitos das gerações futuras. Nenhuma geração tem o direito de impor sua vontade sobre as outras e (vi) momento de elaboração da norma. Normas editadas antes do advento da Constituição não desfrutam da mesma presunção de constitucionalidade equiparada àquelas feitas posteriormente.[61]

Tais critérios se compatibilizam aos ensinamentos de Robert Alexy, para o qual nenhum direito é absoluto, na medida em que admite ponderação para salvaguardar o núcleo essencial dos direitos colidentes[62].

Portanto, a despeito das críticas ao ativismo judicial, é possível sua harmonização com o Estado democrático de direito e o respeito à democracia e à separação de poderes.

5. EMPIRÍSMO: PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo Guilherme Penã, o STF é conhecido por três características: (i) produtividade: pois é o Tribunal Constitucional que mais produz sentenças no mundo, em razão de sua extensa competência constitucional; (ii) pragmático: já que, muitas vezes, sacrifica a técnica em prol da prática e (iii) ativista: por constantes manifestações de intenção e posicionamentos fora do processo, além de provocar inovações de maneira abstrata e genérica no ordenamento jurídico.[63]

Porém, esse comportamento tem sido alvo de muitas críticas por doutrinadores, cientistas políticos, pela mídia e, principalmente, pela sociedade. Em uma análise empírica, não há dúvidas de que, atualmente, prepondera uma incursão excessiva do Tribunal na política em detrimento de uma postura autocontida.

No julgamento da ADPF nº 54[64], a Corte Suprema permitiu a antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo. Tratou-se de sentença aditiva, pois o Tribunal Constitucional atuou como legislador positivo ao inserir nova hipótese autorizativa de aborto não prevista no Código Penal.

[61] Ibidem
[62] ALEXY, 2014, p. 116-117.
[63] PENÃ, 2020.
[64] ADFP nº 54-DF. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe 30.04.2013.

No julgamento do HC 124.306, 1ª Turma do STF alargou as hipóteses autorizativas de aborto, não contida no Código Penal, ao declarar a "inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre"[65], imiscuindo-se em evidente hipótese de desacordo moral razoável. Isso revela uma atuação extremamente ativa sobre o tema.

No julgamento da ADO 26[66], o STF criou novo núcleo à conduta típica do crime de racismo não previsto na Lei Nacional 7716/89, introduzindo ao conceito de "raça" a orientação sexual e identidade de gênero. Típica sentença aditiva.

No julgamento da ADI 2652[67], outro exemplo dessa espécie de decisão manipulativa. O STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 14 do CPC-73 para, sem redução de texto, "dar à expressão 'ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB' (...) interpretação conforme a Constituição, de modo a abarcar os advogados do setor privado e do setor público".[68]

Em um primeiro momento, pode até parecer tratar-se de sentença aditiva. Porém, a palavra "exclusivamente" contida no mencionado dispositivo objeto da ação descartava qualquer agregação. Afinal, a pretensão do legislador era a exclusão de qualquer outra categoria. Não havia polissemia na norma que pudesse autorizar o acréscimo interpretativo. Porém, para salvar esse preceito, já que feria a isonomia, a solução foi substituir a "exclusividade" do setor privado para permitir a inclusão de advogados públicos.

Quanto às sentenças transitivas ou transacionais, em que não se constata uma criatividade tão intensa do Judiciário, elas são usadas com mais frequência, sendo certo que desde a década de 70, verifica-se a aplicação dessa técnica pelo STF no controle in abstrato, quando adotou a tese do efeito *ex nunc*[69].

Em posição antagônica, claramente autocontida, a Corte Suprema julgou improcedente o pedido da ADO 22[70], em que se alegava a omissão parcial do Congresso Nacional quanto às propagandas de bebidas de teor alcóolico inferior a 13º GL, frente o art. 220, §4º da CR/88. O STF entendeu que o critério fixado no parágrafo único do art. 1º da Lei Nacional 9294 foi objeto de amplos debates em

[65] HC nº 124306-RJ. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe 17.03.2017.
[66] ADO nº 26-DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 14.06.2019.
[67] ADI nº 2652-DF. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJe 14.11.2003.
[68] STRECK. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/69984,1.> Acesso em 08 set. 2020.
[69] FERNANDES, op. cit., p. 1877.
[70] ADO nº 22-DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe 03.08.2015.

ambas as Casas do Poder Legislativo. Portanto, houve deferência aos critérios técnicos estabelecidos quando da elaboração da mencionada lei.

No julgamento da ADI 6025[71], vê-se outra postura de *self-restraint* do STF. Pleiteava-se a extensão de isenção tributária, concedida aos inativos, para os trabalhadores em atividade. Porém, a Corte Suprema julgou improcedente a ação direta em face do art. 6, inciso XIV, da Lei 7713 para respeitar a escolha política concessiva de isenção tributária de efetivação fiscal e econômica.

Na Cautelar da ADPF 709[72], não obstante ter determinado algumas medidas para a contenção do avanço da Covid-19 entre os indígenas, o STF salientou a necessidade de um diálogo institucional para a concretização de políticas públicas na proteção dos povos indígenas do Brasil. Embora seja uma demonstração de ativismo dialógico, houve uma posição autocontida, pois reconhecida a necessidade de expertise técnica em cada área de atuação para alcançar a melhor solução aos indígenas, efetivando-se seus direitos fundamentais à vida e à saúde. Houve clara calibração com os standards de ativismo, diante da incapacidade institucional.

Diante da análise empírica aqui exposta, é importante mencionar a conclusão do professor Álvaro Ricardo Souza Cruz sobre as decisões intermediárias, que filiado à teoria discursiva da Constituição, afirma o seguinte:

> (...) resta claro que, tanto as decisões normativas quanto as decisões transitivas, por estar presente a noção de ponderação de valores, a supremacia da Constituição é colocada em risco. Agregadas à compreensão do efeito vinculante das decisões abstratas no controle de constitucionalidade, as Cortes Constitucionais assumem o papel de intérprete último e único da Constituição. Tornam-se mais que legisladores concorrentes do Parlamento e chegam à condição de uma modalidade esdrúxula de Poder Constituinte Originário.[73]

Sobre esse tema, Pedro Lenza menciona as razões de Souza Neto e Sarmento ao afirmarem que não é salutar:

> (...) atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...). É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição — nem do Judiciário, nem do Legislativo — o 'direito de errar por último', abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na

[71] ADI nº 6025-DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJe 26.06.2020.
[72] ADPF nº 709 MC-DF. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe 12.08.2020.
[73] SOUZA CRUZ, 2004, p. 185

> ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.[74]

Pedro Lenza conclui que seria mais adequado adotar a tese da "última palavra provisória", abandonando-se a ideia de soberania judicial (sentido da única palavra), atendando-se ao alerta de Kramer[75]:

> (...) precisamos de alguém para resolver certas questões constitucionais e, por uma variedade de razões históricas e jurisprudenciais, a Suprema Corte tem parecido ser a nossa melhor opção. Mas isso não significa que a Corte deva exercer a sua autoridade sobre todas as questões ou que, quando exerce a sua função, a Corte possa desprezar ou rapidamente substituir os pontos de vista de outras instituições mais democráticas.

Diante do cenário empírico demonstrado, a despeito da ausência de previsão legal para o uso de sentenças intermediárias, percebe-se que elas são usadas com frequência pela Jurisdição Constitucional Brasileira, sob a pecha da interpretação conforme a Constituição. Porém, não se pode negar a percepção de uma certa postura autocontida pela Corte Constitucional em temas de repercussões técnicas, sejam pela incapacidade institucional ou pelos efeitos sistêmicos.

6. CONCLUSÃO

Diante de tudo aquilo que foi pesquisado, conclui-se um discurso fiel do Supremo Tribunal Federal no sentido de que ainda atua, exclusivamente, como "legislador negativo".

Porém, a observação empírica dos precedentes do Supremo Tribunal Federal permite aferir que a atuação criativa da Jurisdição Constitucional tem se sobreposto à do legislador. A incorporação de técnicas decisórias alienígenas não previstas no ordenamento jurídico tem sido uma prática habitual, em que pese às vezes necessária, mas, por outras, causadora de crises institucionais.

Um claro exemplo dessa dualidade consequencial ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal, em evidente sentença intermediária normativa aditiva, reconheceu as relações homoafetivas como entidade familiar, no julgamento da ADI 4277[76], em 05.05.2011. Por sua vez, em 2013, em evidente ativismo congressual, a Câmara dos Deputados iniciou o processo legislativo para criação do Estatuto da Família

[74] LENZA, op. cit., n.p.
[75] Apud LENZA, ibidem
[76] ADI nº 4277-DF. Relator: Min. Ayres Britto. DJe 14.10.2011.

conceituando no artigo 2º do PL 6583/1361: "(...) define-se entidade familiar como núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes"[77].

A caso acima exposto apenas confirma o que foi exposto neste estudo, quanto à tensão gerada entre os Poderes constituídos quando há uma postura mais ativa do Judiciário diante das vicissitudes da sociedade.

Porém, é importante esclarecer que o cerne da discussão não está em reconhecer ou não o ativismo judicial. Ele é uma realidade e, por vezes, necessário. A pedra de toque está em democratizá-lo.

Mesmo reconhecendo os papeis das Cortes Constitucionais, os riscos dos excessos se exteriorizam com a intervenção no espaço da política, podendo dar lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário. Também há risco de um populismo judicial tão ruim quanto qualquer outro, obstruindo até mesmo a evolução da sociedade na história.

Para evitar esses males, é necessário incorporar, na prática, uma sociedade democrática e aberta; um debate público e uma consciência crítica. Ou seja, respeitar a Constituição Federal como constituição normativa, para imprimir, na realidade fática, o pluralismo político, apontado pelo art. 1º, inciso V, da CF/88 como fundamento da República Federativa do Brasil.

Essa lógica se compatibiliza com o ativismo judicial dialógico. Tal como demonstrado neste estudo, é possível que as instituições mantenham um diálogo cooperativo, segundo suas singulares expertises, na tomada de decisão em *hard cases* ou em processos estruturantes. Respeitar-se-ia, assim, uma das faces do federalismo cooperativo adotado pela CF/88.

Se respeitada a autocontenção com a calibragem defendida por Daniel Sarmento, a Corte Constitucional passaria a julgar de modo mais qualitativo os grandes temas inseridos na Constituição. Isso provocaria o seu fortalecimento e, por consequência, o das demais instituições.

Não há dúvida de que todas as propostas aqui expostas são sedutoras, mas não são de simples implementação. A realidade política e social estabelecida no Brasil

[77] CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL. 6586/2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?id-Proposicao=597005> Acesso em 12 set. 2020.

demonstra uma significativa dificuldade de sua concretização, seja pela falta de representatividade da sociedade diante da massiva corrupção estabelecida no sistema político nacional ou, ainda, pela crise institucional instalada entre todos os Poderes constituídos e que tem se mostrado ainda mais acentuada.

A consequência disso desagua novamente no protagonismo do Judiciário, que permanece na ideia de soberania judicial, criando constante insegurança. Afinal, não é correto supor que os juízes constitucionais sejam desprovidos de cunho político e que suas decisões são sempre virtuosas e sábias, imunes ao erro. Evidente que a criação do direito por meio de decisões judiciais, em regra, é carregada de subjetivismo. Não há como deixar a influência de pré-compreensões que o julgador carrega consigo.

Por isso, reafirma-se aqui que, a par de se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, não se deve utilizar os mecanismos e as espécies de sentenças constitucionais postas à disposição para ir além de suas funções.

Ao contrário. Deve-se valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, considerando as reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal e até mesmo por meio das audiências públicas.

Assim, estar-se-á permitindo florescer uma sociedade justa, aberta e plural.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. (Trad. Roberto Leal Ferreira). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimação Democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 08 ago. 2020.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, Rio de Janeiro: v. 2, n. 21, p.8, jan./jun. 2012. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297> Acesso em 04 set. 2020.

_____. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em 07 set. 2020.

_____. O papel criativo dos Tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 46, n. 146, junho, 2019. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2020/01/-Papel-criativo-dos-tribunais.pdf> Acesso em 11 set. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade.** São Paulo: Método, 2008.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PENÃ, Guilherme. **Curso de direito constitucional**.10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Social. **Revista de Sociologia da USP**, São Paulo: v.19, n.2, p. 39-85, nov. 2007. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-207020070002000-02&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em 25 ago. 2020.

ANÁLISE DO DOLO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA PERSPECTIVA DA LIA PÓS-REFORMA PROMOVIDA PELA LEI 14.230/21

ANALYSIS OF INTENT IN THE LAW OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY FROM THE PERSPECTIVE OF THE POST-REFORM LIA PROMOTED BY LAW 14.230/21

Bruno Miquelão Gottardi[1]

Resumo: O presente artigo apresenta um estudo acerca da análise do dolo para fins de imputação de atos ímprobos com ênfase no contexto das alterações trazidas pela Lei Federal nº 14.230/21.

Palavras-Chave: dolo. Improbidade. Lei nº 8.429/92. pós-reforma. Lei nº 14.230/21.

Abstract: This article presents a study on the analysis of intent for the purposes of imputing illegal acts with an emphasis on the context of the changes brought about by Federal Law No. 14,230/21.

Keywords: fraud. Impropriety. Law Nº. 8,429/92. post reform. Law Nº. 14,230/21.

1. INTRODUÇÃO

O combate à corrupção sempre foi uma preocupação desde o início da constituição das sociedades, almejando-se uma boa gestão da coisa pública.

Entende-se, inclusive, que o direito a uma administração pública proba revela-se como um direito fundamental difuso, de terceira dimensão.

Nesta senda, o jurista Roberto Lima Santos (apud José Antônio Remédio e Thiago Henrique Teles Lopes: A probidade Administrativa como Direito Fundamental Difuso[2]) assevera que:

> (…) o direito fundamental à probidade administrativa decorre, na Constituição Federal de 1988: I) do princípio republicano (art. 1º, caput); II) do princípio democrático (art. 1º, parágrafo único); III) de seus fundamentos (art. 1º, I a V: soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político; IV) dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, I a IV: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); V) da prevalência dos direitos humanos e da defesa da paz nas suas relações internacionais (art. 4º, I e VI); e VI) dos demais princípios constitucionais administrativos, previstos no *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

[1] Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce – Fadivale (2011). Pós-Graduado em Direito Tributário pela Rede Anhanguera – Uniderp (2013). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Pernambuco.

[2] <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/download/1414/1302/5802>

Atento a esses preceitos, deverá do legislador atuar visando a facilitar a investigação e punição dos atos de improbidade administrativa (respeitados os direitos fundamentais dos réus/investigados), sob pena de violar normas de envergadura constitucional.

Destarte, o presente trabalho procura analisar o modo de atribuição do elemento subjetivo – dolo – ao sujeito ativo do ato ímprobo, com base nas teorias jurídicas, à luz das normas pátrias e internacionais, sobretudo a Constituição Federal e a Convenção de Mérida, buscando satisfazer o direito fundamental difuso a uma Administração Pública proba.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS À CRIAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEI Nº 8.429/92

A Constituição de 1988 foi pioneira na previsão de mandamento constitucional para combate à corrupção, prevendo de antemão sanções mínimas, a saber, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcimento ao erário, nos termos do §4º de seu art. 37.

Eis a raiz que confere esteio à Lei nº 8.429/92.

Antes da Constituição Cidadã, havia duas leis que tinham a finalidade de punir agentes públicos que praticassem atos de corrupção: Lei nº 3.164/57 – Lei Pitombo-Gódoi Ilha e Lei nº 3.502/58 – Lei Bilac Pinto.

Inobstante a festejada intenção de punir agentes públicos corruptos, ambas as leis restringiam-se ao sancionamento de condutas que resultassem em enriquecimento ilícito.

Vejamos dispositivos esclarecedores das referidas normas nesse sentido:

> Lei 3.164/57
> art. 1º. São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido.
>
> Lei 3.502/58
> art. 1º. O servidor público, ou o dirigente, ou empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao sequestro e perda dos respectivos bens ou valores.

Não bastasse a restrição ao combate dos atos que ensejassem enriquecimento ilícito, a Lei nº 3.502/58 trazia exigências que dificultava sua aplicação no caso concreto para combater os atos de corrupção.

A título de exemplificação, o parágrafo único do art. 2º exigia para a caracterização do enriquecimento ilícito a prova de que o responsável pela doação tinha interesse político ou de outra natureza que direta ou indiretamente pudesse ser beneficiado pelo ato.

Essas restrições demasiadas para se punir corrompidos e corruptores não deu a necessária eficácia social à norma, de modo que a sociedade vislumbrava aumento progressivo dos atos de corrupção.

No contexto social de crescentes notícias de corrupção na gestão da coisa pública, a constituinte fez a previsão do §4 do art. 37.

A fim de desenvolver a eficácia do dispositivo constitucional, o Poder Executivo federal apresentou o Projeto de Lei nº 1.446/91, que, seguindo as normas anteriores, somente fazia previsão de atos ímprobos que ensejavam enriquecimento ilícito.

Todavia, em vista do clamor social, o projeto recebeu várias emendas durante a tramitação no Congresso Nacional, que resultou na previsão de atos ímprobos de três espécies: a) que ensejassem enriquecimento ilícito; b) causassem dano ao erário; c) atentassem contra os princípios norteadores da Administração Pública.

E a norma foi além, pois nos atos ímprobos que causassem dano ao erário, tipificou-se a conduta dolosa e culposa.

3. REDAÇÃO ORIGINAL DA LEI Nº 8.429/92 E A REAÇÃO LEGISLATIVA ATRAVÉS DA LEI Nº 14.230/21

Nos termos abordados acima, a redação original da Lei nº 8.429/92 trouxe a tipificação: a) dolosa de condutas ímprobas que ensejassem enriquecimento ilícito ; b) dolosa e culposa daquelas que ocasionassem dano ao erário; c) dolosa nos casos de violação aos princípios norteadores da Administração Pública.

Através da Lei nº 8.429/92 houve perceptível avanço legislativo do Brasil no combate à corrupção.

Ocorre que no ano de 2021 foi apresentado o Projeto de Lei nº 2.505/2021 (número anterior PL 10.887/2018) em que, dentre outras alterações, aboliu a tipificação de conduta ímproba culposa que causasse dano ao erário.

Essa alteração foi fomentada por reclamações de agentes políticos, em sua maioria prefeitos, que alegavam o ajuizamento indiscriminado de ações de improbidade administrativa por quaisquer irregularidades praticadas na gestão da coisa pública.

Não merecia prosperar estas alegações, eis que já era firme a jurisprudência de que a mera prática de ato revestido de ilegalidade, per se, não seria classificado como ato de improbidade administrativa. De fato, não bastaria a mera inabilidade do agente que tenha resultado em dano ao erário para que fosse imputado ao agente ato ímprobo.

Vejamos um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que bem ilustra o posicionamento jurisprudencial, *ipsis litteris*:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, I, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.
> 1. "O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8).
> 2. "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611).
> 3. "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).
> 4. "A Lei nº 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública" (REsp nº 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, DJU de 24.5.2004, p. 162).
> 5. O recorrente sancionou lei aprovada pela Câmara Municipal que denominou prédio público com nome de pessoas vivas.
> 6. Inexistência de qualquer acusação de que o recorrente tenha enriquecido ilicitamente em decorrência do ato administrativo que lhe é apontado como praticado.
> 7. Ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público.
> 8. Não configuração do tipo definido no art. 11, I, da Lei nº 8.429 de 1992.
> 9. Pena de suspensão de direitos políticos por quatro anos, sem nenhuma fundamentação.
> 10. Ilegalidade que, se existir, não configura ato de improbidade administrativa.
> 11. Recurso especial provido.
> (REsp n. 758.639/PB, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 28/3/2006, DJ de 15/5/2006, p. 171.)

Destarte, a retirada do tipo de improbidade culposo não se justificava e constituiu retrocesso no combate à corrupção.

Noutro vértice, a par da retirada do tipo culposo, o legislador pretendeu dificultar ainda mais a responsabilização pelos atos de improbidade dolosos, ao pretender exigir a comprovação de finalidade específica do agente (elemento subjetivo especial do tipo). Vejamos o que dispõe a novel legislação:

> art. 1º (…)
> §2º – Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos art. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.
> Art. 11 (…)
> §1º – Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.
> §2º – Aplica-se o disposto no §1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.
> §5º – Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.

Percebe-se, a partir destes dispositivos, a intenção de dificultar a responsabilização pelos atos ímprobos praticados pelos agentes públicos.

Houve, pois, retrocesso legislativo, ao se fazer as mesmas exigências da presença de elemento subjetivo especial do tipo que eram feitas na Lei Bilac Pinto, abordadas no introito deste artigo.

Todavia, antes de eventual promoção de arquivamento de procedimentos extrajudiciais pelo Ministério Público ou julgamento de improcedência da ação de improbidade administrativa por ausência de dolo direto, deve-se aferir a existência de dolo eventual do agente.

Com efeito, a prática de uma conduta assumindo o risco de praticar o resultado previsto na norma - art. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa – autoriza a punição do agente pelo dolo eventual.

Não se deve olvidar que a Lei de Improbidade Administrativa visa a punir o agente público desonesto; portanto, aquele que, *verbi gratia*, pratica uma conduta porque quer causar dano ao erário ou, pelas circunstâncias, assume o risco de

produzi-lo, deve ser punido a fim de se resguardar, com viés repressivo, bem como pelo escopo de prevenção geral e especial, a coisa pública.

Conquanto a Lei de Improbidade Administrativa tenha feito a previsão de tipos ímprobos dolosos, não tratou de adotar expressamente alguma ou algumas teorias do dolo, como fez o Código Penal.

O Código Penal adota no inciso I do art. 18 as teorias da vontade e do assentimento, nos seguintes termos:

> art. 18. Diz-se o crime:
> I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Destarte, pela aproximação entre as normas do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, ante a ausência de disposição em sentido diverso na Lei nº 8.429/92, é perfeitamente possível a punição de ato ímprobo praticado por dolo eventual.

Ressalte-se que esse entendimento encontra guarida no princípio da proporcionalidade: se o Direito Penal, de natureza mais rigorosa que o Direito Administrativo Sancionador, a ponto de admitir pena que incide sobre a liberdade do indivíduo – e excepcionalmente sobre a vida (art. 5º, XLVII, a, da CF/88) – admite a punição de conduta revestida de dolo direto ou eventual, não haverá óbice do Direito Administrativo Sancionador fazê-lo.

4. ACEPÇÕES DE DOLO

É cediço que a doutrina penalista preconiza que são elementos do dolo a vontade e a consciência.

Especificamente na teoria finalista, perfilhada pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, que tem por artífice Hans Welzel, o dolo e a culpa habitam o tipo.

Surge a indagação no Direito Penal – extensiva às ações de improbidade administrativa - acerca da existência do dolo diante da ocorrência de um fato penalmente típico: como aferir a existência de dolo, pelo que o agente queria em seu íntimo ou aquilo que ele demonstrou com seu ato?

Antes de se buscar uma resposta imediata, deve-se compreender que a vontade pode ser vista à luz de duas perspectivas.

De um lado, o sentido psicológico, a partir do qual a vontade revela-se como um fato, um estado mental; portanto, é algo que deve ser "extraído" da psique do agente.

Percebe-se a impossibilidade fática de se extrair a vontade psíquica do agente, ao menos atualmente. Destarte, uma vez adotado esse sentido de vontade, raramente se chegaria à constatação de dolo na conduta do agente, a não ser nos casos de confissão.

Noutro vértice, no sentido atributivo-normativo a vontade não é um fato, mas sim uma atribuição. Em outras palavras, a vontade é extraída da forma de se interpretar um comportamento.

Nesse diapasão, o dolo será atribuído ao agente a partir da leitura de seus comportamentos realizados por um terceiro observador.

Nesta concepção, é possível que haja conduta dolosa sem vontade psicológica. Com efeito, nesta concepção, a vontade deve ser vista como a atribuição da interpretação de um comportamento e não aquilo que o agente pensava no seu claustro psíquico.

Da mesma forma, quanto ao segundo elemento do dolo – a consciência, também pode ser concebida no sentido psicológico (estado mental) ou no sentido atributivo-normativo.

Essa análise remete àquilo que Günther Jakobs batizou de cegueira diante dos fatos. O jurista alemão compreende o conhecimento não como aquilo que está na mente do autor, mas sim como o comportamento exterior e o efeito social que a conduta gera.

Há, ainda, um entendimento defendido por alguns juristas de que a consciência constitui o elemento único do dolo, tornando-se despicienda a análise da vontade do agente: eis a teoria cognitivista do dolo.

Para os cognitivistas, consoante preleciona Luís Greco, basta o elemento cognitivo (conhecimento) para que se conclua que o autor agiu com domínio sobre aquilo que pretendia fazer.

Luís Greco (apud Patrick Assunção Santiago: Dolo sem vontade: o elemento cognitivo como via de justificação ao dolo[3]), com precisão afirma:

[3] <https://canalcienciascriminais.com.br/dolo-sem-vontade-o-elemento-cognitivo-como-via-de-justificacao-ao-dolo/>

> Aquele que sabe o que faz e o que pode decorrer de seu fazer controla, em um certo sentido, aquilo que faz e o que pode decorrer de seu fazer. O conhecimento é necessário para a existência de domínio sobre a realização do fato, e esse domínio dá origem a duas fortes razões para que aquele que o possui receba um tratamento mais severo.

Destarte, bastaria a análise do conhecimento do agente acerca de sua conduta e das consequências que dela poderão advir para afirmar que há dolo naquela conduta.

5. A CORRETA COMPREENSÃO DO DOLO DIANTE DE CONDUTAS ÍMPROBAS

Diante das disposições trazidas pela Lei nº 14.230/21, passa-se ao ponto central deste artigo jurídico: a análise do dolo diante da prática de condutas descritas nos art. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, bem como outras condutas típicas de improbidade previstas em legislações especiais.

Neste ponto, surge relevante indagação: qual a melhor forma de se extrair o sentido e o alcance do disposto no §2º do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa?

O referido dispositivo legal estatui, *ipsis litteris*:

> art. 11 (…)
> §2º - Aplica-se o disposto no §1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

O §1º do mesmo dispositivo legal preconiza que:

> art. 11(…)
> §1º – Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

Numa leitura apressada, através de uma interpretação literal da norma, poderia se concluir que, a partir da reforma da Lei de Improbidade Administrativa, todo e qualquer ato de improbidade previsto na LIA ou em leis especiais, passariam a exigir a presença tanto do elemento subjetivo geral do tipo (dolo), como o elemento subjetivo especial do tipo (intenção de obter uma vantagem indevida para si ou para outrem).

Ora, *mutatis mutandis*, incluir essa exigência em todos os tipos penais resultaria em absoluta ineficácia da finalidade protetiva dos bens jurídicos mais relevantes selecionados pelo próprio legislador, em afronta direta ao princípio da proporcionalidade, sob o ângulo da proibição da proteção deficiente. Logo, a mesma conclusão é trazida para o campo da improbidade administrativa.

Portante, a interpretação mais razoável da norma é realizada a partir do método lógico-sistemático, à luz da Convenção de Mérida, citada inclusive no dispositivo supratranscrito e em outras partes do diploma legal de improbidade por várias vezes.

Nesta senda, a Convenção de Mérida prevê 11 tipos de ilícitos. Dentre esses, apenas um exige essa finalidade especial (art.19). Vejamos:

> Artigo 19 – Abuso de Funções – Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade.

Esta é a previsão de punição do abuso de funções, que equivale ao art. 11 da LIA.

Noutro giro, nos delitos correspondentes aos atos de lesão ao erário (artigo 17) e enriquecimento ilícito (artigo 20), não se exige nenhuma finalidade especial. Com efeito, estes dispositivos convencionais estatuem:

> Artigo 17 – Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público – Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a malversação ou o peculato, a apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens, fundos ou títulos públicos ou privados ou qualquer outra coisa de valor que se tenham confiado ao funcionário em virtude de seu cargo.
>
> Artigo 20 – Enriquecimento ilícito – Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

Nesse diapasão, a exigência de finalidade especial nos art. 9º e 10 da LIA viola o artigo 65, itens 1 e 2, da Convenção de Mérida, que assim dispõe:

> art. 65 – Aplicação da Convenção
> 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas que sejam necessárias, incluídas medidas legislativas e administrativas, para garantir o cumprimento de suas obrigações de acordo com a presente Convenção.
> 2. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção.

De fato, a interpretação lógico-sistemática do art. 11, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa é a que está em harmonia com a Convenção de Mérida e com a própria Constituição Federal, à luz do princípio da proporcionalidade.

Tendo em vista a redação do art. 65.2 da Convenção de Mérida, o legislador do Estado-Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas para prevenir e combater a corrupção. Cite-se como exemplo a previsão do tipo ímprobo de dano ao erário culposo, que foi além do mínimo que previu a norma convencional.

Por outro lado, o legislador do Estado-Parte não poderá abrandar o tratamento aquém do previsto na Convenção de Mérida. Logo, se a Convenção não faz previsão de elemento subjetivo especial do tipo para os ato ímprobos que gerem enriquecimento ilícito ou causem dano ao erário, norma interna não poderá fazê-lo, sob pena de ser reconhecida sua inconvencionalidade.

Até o momento, não se vislumbra discussão aprofundada sobre este tema na jurisprudência dos tribunais de superposição.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, na formatação do tema de repercussão geral nº 1.199, o Pretório Excelso limitou-se a indicar no item 1 que:

> É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO.

Destarte, urge a discussão do tema pelo Superior Tribunal de Justiça e, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal.

6. CONCLUSÃO

No ano de 2021 entrou em vigor a Lei nº 14.230 que promoveu alterações substanciais na Lei de Improbidade Administrativa, em especial na extinção do ato ímprobo culposo e previsão de normas que teriam o condão de exigir elemento subjetivo especial em todos os tipos de improbidade, seja enriquecimento ilícito,

causador de dano ao erário ou atentado aos princípios norteadores da Administração Pública.

Entretanto, a partir de uma interpretação lógico-sistemática do art. 11, §2º da Lei de Improbidade Administrativa, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade (acepção de vedação da proteção deficiente) e dos preceitos da Convenção de Mérida, apenas deve-se exigir o elemento subjetivo especial do tipo (finalidade especial que anima o agente ímprobo) das condutas delineadas no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Ademais, a aferição do dolo do ato ímprobo em uma conduta deve ser realizada de modo semelhante ao Direito Penal, valendo-se do sentido atributivo-normativo da vontade, que se exterioriza pela própria conduta praticada pelo agente.

Por fim, ressalte-se que se faz necessária a apreciação dos temas tratados neste artigo pelos tribunais de superposição, valendo-se da função nomofilácica, a fim de afastar tratamento não isonômicos aos jurisdicionados, garantir a higidez do ordenamento jurídico, bem como garantir uma proteção eficaz à coisa pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário.** ARE 843.989, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES. TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/08/2022, DJe 09/12/2022. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/-search/sjur473324/false>. Acesso em 08 mai 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial.** REsp 758.639/PB, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2006, DJe 15/05/2006. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/-documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2345939&num_registro=200500973949&data=20060515&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 03 mai 2024.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. **Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa, má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

REMÉDIO, José Antônio; LOPES, Thiago Henrique Teles. A probidade administrativa como direito fundamental difuso. **Revista Paradigma,** Ribeirão Preto-SP, ª XXIV, v. 28, n. 2, p. 154-176, mai/ago 2019. Disponível em <https://revistas.unaerp.br/-paradigma/article/download/1414/1302/5802>. Acesso em 13 mai 2024.

SANTIAGO. Patrick Assunção. Dolo sem vontade: o elemento cognitivo como via de justificação ao dolo. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/dolo-sem-vontade-o-elemento-cognitivo-como-via-de-justificacao-ao-dolo/>. Acesso em 02 de maio de 2024.

TOURINHO. Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avança ou retrocesso?. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 84 – abril / junho de 2022. Disponível em <https://www.mprj.mp.br/documents/20184//Rita+Tourinho_RMP84.pdf> Acesso em 02 de maio de 2024.

UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA DA FIXAÇÃO E ALTERAÇÃO DE ASTREINTES NO PROCESSO CIVIL

A PRAGMATIC ANALYSIS OF THE FIXATION AND CHANGE OF ASSIGNMENTS IN THE CIVIL PROCESS

Beatriz Scotelaro de Oliveira[1]

Resumo: O presente artigo busca realizar uma análise crítica da jurisprudência pátria, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no que toca à temática da cominação, majoração e/ou redução de multa cominatória, também chamada de astreintes, no âmbito do processo civil. Analisa-se a efetividade no atingimento do objetivo coercitivo da multa cominatória ante a jurisprudência até então pacificada no STJ, que permite a alteração da multa cominada, até mesmo em sede de cumprimento de sentença, quando atingido valor reputado exorbitante pelo julgador, como forma de conter suposto enriquecimento ilícito do credor. Para tanto, utiliza dos instrumentos da análise econômica do direito, da teoria sobre o comportamento humano, como suporte teórico apto a fornecer base para a compreensão de como os agentes sociais respondem aos indutores de comportamento advindos da aplicação do direito. Partindo da premissa de que a economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos e tendo em vista que o juiz, no seu atuar jurisdicional, possui diversas formas de impor coercitivamente uma decisão judicial às partes que compõem um litigio, procura-se analisar se e quando a modificação das astreintes reflete um meio eficiente de realização do direito material. Realiza-se, portanto, uma análise predominantemente consequencialista da jurisprudência quanto ao tema, sem descurar das bases legais e teóricas que fundamentam o instituto, com objetivo de suscitar o debate quanto a eficiência da atuação jurisdicional, e de semear um novo olhar sobre o instituto da multa cominatória, consentâneo com o atual ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil. Multa cominatória. Astreintes. Efetividade. Coercividade.

Abstract: This article seeks to carry out a critical analysis of the jurisprudence of the country, especially the Superior Court of Justice and the Court of Justice of Rio de Janeiro, with regard to the issue of commination, increase and/or reduction of a comminatory fine, also called astreintes, in the context of civil procedure. It analyzes the effectiveness in achieving the coercive objective of the imposing fine, regarding the jurisprudence hitherto pacified in the STJ, which allows the alteration of the imposed fine, even in the lack of compliance with the sentence, when an exorbitant value is considered by the judge, as a way of contain alleged illicit enrichment of the creditor. To do so, it uses the instruments of economic analysis of law, the theory of human behavior, as a theoretical support capable of providing a basis for understanding how social agents respond to the inducers of behavior arising from the application of law. Starting from the premise that economics is the science that studies human behavior as a relationship between ends and scarce means that have alternative uses and considering that the judge, in his jurisdictional action, has several ways of coercively

[1] Bacharel em Direito pela UFF. Advogada. E-mail: biascot@yahoo.com.br.

imposing a judicial decision on liagant parties , attempts to analyze whether and when the modification of the astreintes reflects an efficient means of realizing the material law. Therefore, a predominantly consequentialist analysis of the jurisprudence on the subject is carried out, without neglecting the legal and theoretical bases that underlie the institute, with the objective of raising the debate regarding the efficiency of the jurisdictional action, and of sowing a new look at the comminatory fine penalty, consistent with the current legal system.

Keywords: Civil Procedural Law. Penalty fine. Astreintes. Effectiveness. Coercivity.

1. INTRODUÇÃO

O direito tem como objetivo principal a efetivação do direito material, ou seja, garantir que as normas e regras estabelecidas sejam cumpridas dentro de um contexto de legitimidade democrática. Para alcançar esse objetivo, é fundamental compreender o papel do processo jurídico.

O processo surge, em regra, quando há uma lide, ou seja, um conflito de interesses no qual há resistência por uma das partes envolvidas. Nesse contexto, a efetividade do processo é essencial para que atinja, ao final, o seu objetivo primeiro, que é assegurar o direito material.

Segundo o professor Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.270), a efetividade do processo refere-se à capacidade desse mecanismo de cumprir plenamente sua função socio-político-jurídica, atingindo todos os seus objetivos institucionais. Acrescenta o ilustre professor que:

> “efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade, assegurar-lhes a liberdade” (DINAMARCO, 2002, p.270)

A efetividade do processo não se limita apenas a resolver as insatisfações e garantir a justiça, mas também desempenha um papel educativo ao promover o exercício e o respeito aos direitos e servir como canal de participação dos indivíduos na sociedade. Portanto, além de buscar a satisfação das partes envolvidas, o processo também assegura a liberdade dos indivíduos.

Um dos princípios fundamentais do direito é o da legalidade, que estabelece que o juiz deve se ater ao texto expresso da lei ao tomar suas decisões. No entanto, é importante considerar a hermenêutica jurídica, ou seja, a interpretação e integração das normas legais, para garantir uma aplicação coerente e justa do direito. Nesse

sentido, é válido discutir o pragmatismo jurídico e o consequencialismo como abordagens que consideram as consequências das decisões jurídicas.

As decisões tomadas pelos indivíduos, desde as mais simples até as mais complexas, são baseadas nas regras que disciplinam a conduta humana. Essas decisões não afetam apenas suas vidas privadas, mas também têm impacto em toda a sociedade. Portanto, é crucial compreender o funcionamento do processo jurídico e sua efetividade para garantir a previsibilidade e a segurança jurídica.

Com base nesses temas, o presente trabalho tem como objetivo analisar a importância da efetividade do processo e sua relação com a garantia do direito material, considerando a aplicação dos princípios da legalidade, hermenêutica jurídica e pragmatismo jurídico. Ao longo deste estudo, serão examinados casos e doutrinas relevantes para ilustrar a aplicação desses conceitos no contexto jurídico contemporâneo.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do direito busca aplicar conceitos e ferramentas da economia para compreender as implicações do ordenamento jurídico. Essa perspectiva interdisciplinar tem ganhado destaque na academia e na prática jurídica, inclusive nos tribunais brasileiros.

A aplicação prática da análise econômica do direito nos tribunais brasileiros tem se dado de diversas formas como, por exemplo, a utilização de critérios econômicos na tomada de decisões judiciais. Ao considerar fatores como custos, benefícios, eficiência, maximização do bem-estar social ou de recursos ao analisar casos, os juízes podem determinar as melhores soluções jurídicas. Essa abordagem busca garantir que as decisões sejam tomadas levando em conta não apenas aspectos jurídicos, mas também resultados, consequências econômicas e sociais envolvidas.

Através dessa abordagem, é possível avaliar os incentivos econômicos dos agentes envolvidos, prever comportamentos e propor medidas regulatórias mais eficientes. Autores como Richard Posner e Guido Calabresi têm influenciado a compreensão de que as regras jurídicas devem ser avaliadas em termos de custos e benefícios, buscando uma alocação eficiente de recursos.

Outra posição doutrinária relevante é a escola da escolha racional, que considera que os agentes tomam decisões racionais em busca da maximização de sua utilidade individual. Autores como Gary Becker aplicaram essa teoria ao direito,

destacando a importância de entender os incentivos e as preferências individuais para elaborar soluções jurídicas adequadas.

Conforme bem descreve Ivo T. GIco Jr (2010 p.17):

> A análise econômica do direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.

Para o presente estudo, interessa a análise econômica do direito aplicada à eficácia das medidas jurídico-coercitivas, ou seja, a partir da compreensão de que o direito possui como objetivo primeiro ordenar a vida em sociedade, gerando segurança jurídica, previsibilidade e desenvolvimento social é crucial que haja efetividade da norma jurídica em vincular os contendores. Em outras palavras, a decisão judicial, ao ser aplicada, deve ser capaz de condicionar o comportamento dos seus destinatários. Um dos instrumentos jurídicos que visam a atingir esse objetivo de induzimento de comportamento é a multa cominatória.

A multa cominatória é uma sanção pecuniária imposta pelo juiz com o objetivo de compelir uma parte a cumprir uma obrigação determinada em uma decisão judicial. Ela funciona como um incentivo econômico para o cumprimento da obrigação, ao criar um custo adicional significativo para o descumprimento.

A relação entre a análise econômica do direito e a multa cominatória é evidente. A AED nos permite compreender como a multa cominatória age como um mecanismo eficaz para a garantia do cumprimento das obrigações. Ao impor um custo financeiro adicional para a parte que não cumpre a decisão judicial, a multa cominatória cria incentivos econômicos para o cumprimento voluntário da obrigação, uma vez que o custo de não cumprir torna-se mais elevado do que o benefício de descumprir.

Além disso, a análise econômica do direito também nos permite avaliar os efeitos da multa cominatória em termos de eficiência econômica. A imposição de uma multa cominatória adequada e proporcional ao dano causado ou à obrigação não cumprida pode promover uma alocação mais eficiente de recursos. Isso ocorre porque a ameaça de uma sanção pecuniária pode incentivar as partes a agirem de acordo com as obrigações estabelecidas, evitando assim o desperdício de recursos e potenciais custos adicionais associados a litígios prolongados.

Em suma, a análise econômica do direito nos permite compreender como a multa cominatória age como um mecanismo eficaz para garantir o cumprimento das obrigações no sistema jurídico. Ela cria incentivos econômicos para o cumprimento voluntário das decisões judiciais, promove a eficiência econômica e pode ser aplicada em diversos contextos, incluindo o ensino a distância.

3. PRAGMATISMO JURÍDICO E MULTA COMINATÓRIA

O pragmatismo jurídico busca conciliar a teoria com a realidade prática, considerando as consequências das decisões jurídicas para além da mera interpretação textual das leis. Sob essa perspectiva, o juiz não está restrito apenas ao texto expresso da lei, mas deve levar em conta as circunstâncias e os resultados que serão alcançados com sua decisão. Dessa forma, o pragmatismo jurídico permite uma aplicação mais efetiva do direito, levando em consideração o contexto social e os impactos das decisões.

Além disso, no âmbito da aplicação do direito, é necessário contar com meios coercitivos que assegurem o cumprimento das decisões judiciais. Nesse sentido, a aplicação de astreintes se destaca como um desses meios. As astreintes são multas diárias impostas pelo juiz como forma de compelir uma parte a cumprir determinada obrigação ou ordem judicial. Essa medida coercitiva tem como objetivo garantir a efetividade do processo e a implementação do direito material, estimulando o cumprimento das decisões judiciais por meio de sanções financeiras.

A utilização das astreintes demonstra uma abordagem pragmática e coerente com os princípios de efetividade do processo. Ao estabelecer uma obrigação financeira diária para o descumprimento de uma decisão judicial, o sistema jurídico busca garantir a previsibilidade e a segurança jurídica, bem como promover a satisfação das partes envolvidas. A imposição de astreintes não apenas incentiva o cumprimento voluntário das decisões, mas também proporciona um meio coercitivo eficaz para lidar com a resistência das partes, assegurando a realização do direito material.

4. A MULTA COMINATÓRIA

O juiz deve garantir a execução, a satisfação do credor que buscou a jurisdição estatal e, sobretudo, o cumprimento da autoridade de suas decisões. Partindo desse pressuposto, o ordenamento jurídico prevê meios, medidas executivas, típicas,

nominadas pelo Código de Processo Civil, ou atípicas, aquelas não reguladas diretamente pela legislação processualista. Das medidas executivas típicas, uma das mais aplicadas na prática é a cominação de multa.

A multa cominatória é instrumento processual, previsto no Código de Processo Civil de 2015 no art. 537, que possui como objetivo coagir o devedor ao cumprimento de decisão judicial. Prevê assim o referido dispositivo legal:

> "A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito".

A multa cominatória também é comumente denominada pela doutrina e jurisprudência pátrias de "astreinte" tendo em vista a sua semelhança com o instituto do direito francês. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2018, p.254) mencionam que o termo "astreintes" tem origem no direito francês e foi adotado para designar as multas cominatórias, que são aplicadas para compelir o cumprimento de uma obrigação.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior (2018, p.430) também faz referência à origem francesa do termo "astreintes", utilizado para designar as multas coercitivas aplicadas com o intuito de forçar o cumprimento de uma obrigação.

Por meio da cominação da multa, pretende-se induzir o comportamento do devedor, de forma que, na opção entre o tempestivo cumprimento do *decisum* e a sua protelação, o devedor opte pela primeira sob pena de ser onerado financeiramente. É, portanto, evidente instrumento indução de comportamento.

A depender das peculiaridades do caso concreto, pode ser cominada com periodicidade diária, por hora, por semana ou sobre determinados eventos. Por exemplo, havendo sentença cominando obrigação de o devedor não fazer determinado ato haverá incidência de multa cominatória se e caso haja a pratica do ato o qual deveria se abster. Ou seja, será cominada multa para convencer o devedor a não praticar o ato obrigado, sob pena de, se o praticar, ter que arcar com o valor da multa. Por outro lado, se houver a condenação do devedor a praticar algum ato em 5 dias sob pena de uma multa por dia de atraso, haverá a incidência da multa por tantos dias quantos forem aqueles equivalentes ao tempo que o devedor levou para cumprir a obrigação.

Portanto, as particularidades do caso concreto serão sempre determinantes na fixação da periodicidade da multa, pois é a natureza da obrigação, se prolongada no tempo ou não, se pode ser desfeita ou não, que determinará a adequação da multa para o fim que se propõe.

5. CRITÉRIOS LEGAIS PARA A FIXAÇÃO MULTA COMINATÓRIA

Conforme observado anteriormente, a legislação atual, por meio do artigo 537 do CPC, exige que a multa seja suficiente e compatível com a obrigação que se pretende cumprida e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Pormenorizando os referidos requisitos, por "suficiente" temos que a fixação da multa exige uma análise de proporcionalidade, razoabilidade, que seja estritamente necessária à consecução do seu fim, sem importar em enriquecimento para o credor a ponto de valer mais a pena a não realização do direito material assegurado no processo.

Importante destacar que a multa deve ser compatível com a obrigação que se pretende cumprida e não com o valor dessa obrigação. Deve-se ater à natureza da obrigação cominada judicialmente e não com a sua quantificação econômico-financeira. Assim, em uma obrigação que envolva a garantia de um bem indisponível, como saúde, por exemplo, pode haver a cominação de uma multa em valor mais alto para lhe assegurar o respeito que uma multa cominada para assegurar o cancelamento de um cartão de crédito. Isso porque, em uma ponderação de valores, de bens ambos constitucionalmente protegidos, a vida e a saúde versus a propriedade privada, há maior peso na valorização dos primeiros, indisponíveis e irrecuperáveis. Assim, a primeira análise que o juiz deve fazer ao quantificar o valor da multa cominatória é, portanto, da natureza do bem jurídico tutelado.

Ora, tendo em vista as opções de que o devedor dispõe, cumprir a decisão judicial ou descumpri-la e arcar com a multa cominada, a doutrina ensina que "o valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das 'astreintes' especificamente, não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma especifica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.

Ou seja, tendo em vista a natureza jurídica da obrigação que se pretende assegurar, deve-se olhar, pela perspectiva do devedor as opções de que dispõe, suas peculiaridades e, assim “A multa deve ser fixada de tal maneira que leve o executado a entender que a melhor solução para ele, pelo menos do ponto de vista econômico, é o acatamento da determinação judicial.” (NERY JR, 2016, p.1454).

Tendo esse plano de fundo estabelecido, é importante destacar que nem sempre a fixação da multa cominatória como meio coercitivo vai ser a abordagem mais adequada. Observe, por exemplo que há situações nas quais a imposição de multa não aumentaria a eficiência da decisão judicial. Isso porque, existem situações em que, por exemplo, o devedor é notoriamente insolvente, ou seja, não possui recursos financeiros suficientes para arcar com a obrigação.

Nesses casos, impor uma multa ao devedor não teria efetividade prática, uma vez que ele não tem condições de cumprir com a obrigação mesmo diante de penalidades adicionais. Perceba que não é o valor da multa, ou a periodicidade de sua incidência que a tornarão mais ou menos efetivas. Se o executado não possui nenhum meio para solver a multa se cominada em R$10 ou em R$1.000,00, a sua fixação, em si, é indiferente. Nesses casos, a fixação de uma multa seria inócua e não contribuiria para alcançar o resultado desejado.

Além disso, a natureza jurídica dos bens em litígio também pode influenciar na adequação da fixação de uma multa como medida coercitiva. Se os bens em disputa não são passíveis de conversão em dinheiro ou não podem ser facilmente alienados para arcar com a obrigação, a imposição de uma multa se torna menos eficiente. Nesses casos, outras medidas, como a busca de alternativas de cumprimento da obrigação ou a imposição de medidas específicas, podem ser mais adequadas para garantir o resultado esperado, como por exemplo, a busca e apreensão de bens móveis.

Outra situação em que a fixação de multa pode não ser a abordagem mais adequada é quando existe uma impossibilidade fática de cumprir a obrigação. Se o cumprimento da obrigação é inviável por motivos práticos ou técnicos, a imposição de uma multa não seria efetiva para solucionar a questão. Nesses casos, é necessário considerar alternativas de cumprimento ou mesmo a revisão da própria obrigação, levando em conta as circunstâncias específicas do caso.

Portanto, é fundamental que os juízes e operadores do direito estejam atentos a essas situações em que a imposição de multa como medida coercitiva pode não ser

a mais adequada. É necessário avaliar cuidadosamente as circunstâncias envolvidas, como a insolvência do devedor, a natureza dos bens em litígio e a impossibilidade fática de cumprir a obrigação, a fim de adotar medidas que sejam efetivas e realmente contribuam para o alcance do resultado desejado. A busca pela adequação na escolha das medidas coercitivas é essencial para a eficiência e a justiça do sistema jurídico como um todo.

No contexto do direito, adequação refere-se à compatibilidade ou conformidade de uma conduta ou situação com as normas jurídicas estabelecidas. A adequação é um dos critérios utilizados para avaliar a conformidade de uma conduta em relação ao que é exigido ou permitido pela lei.

O juiz deve sempre ter em mente que a multa é mecanismo para aumentar a eficiência da execução, para constranger, pressionar o devedor. A multa, portanto, deve ser capaz de efetivamente pressionar o devedor o que está diretamente ligado a capacidade econômica da parte devedora. Assim, multas muito altas ou muito baixas não cumprirão esse papel de coerção.

Dessa forma, a multa ideal seria aquela que nunca precisaria ser paga porque o devedor, na iminência de ter que pagá-la, se vê compelido a cumprir a obrigação. Ou seja, há o cumprimento da obrigação sem que o devedor desembolse um centavo sequer. Há nesse caso um nível de eficiência ótimo, uma vez que o valor da multa cominada foi suficiente para que o devedor racionalmente escolhesse entre a opção de não cumprir a decisão e arcar com a multa ou cumprir a decisão, optasse pela segunda.

Portanto, para que esse efeito seja atingido, inegavelmente deve-se ater a qualidade econômica do devedor. Ora, grandes empresas, com faturamentos gigantescos, não se sentirão compelidas a cumprir uma decisão com receio de pagar multas em valores irrisórios.

Além da atenção ao critério socioeconômico, o juiz, ao fixar a multa deve se ter atenção ao prazo para o cumprimento da sentença, que deve ser razoável, adequado aos procedimentos que o devedor deve adotar para fazer cumprir as ordens.

A multa não deve incidir a todo custo. O intuito da multa é dissuadir aquele devedor que pode cumprir a decisão, mas não quer. Se o devedor não pode, não consegue cumprir a decisão, a multa não deve ser imposta.

Diferentemente das multas de natureza punitiva ou reparatória, a astreinte não possui caráter punitivo nem reparatório. Seu propósito principal é incentivar o

cumprimento da obrigação determinada pelo juiz, funcionando como uma espécie de pressão econômica sobre o devedor para que este se adeque à decisão judicial. A finalidade da astreinte é assegurar a efetividade do processo, garantindo que a parte obrigada cumpra a determinação judicial dentro do prazo estabelecido, evitando assim a perpetuação do descumprimento. Portanto, a astreinte tem um caráter coercitivo e instrumental, visando ao cumprimento da obrigação e à eficácia da decisão judicial, e não tem por objetivo punir ou reparar eventuais danos decorrentes do descumprimento.

6. A FIXAÇÃO DE UM VALOR MÁXIMO PARA A MULTA COMINATÓRIA

Há Tribunais que orientam a fixação de um teto para a multa cominatória, como forma de prefixação do valor máximo que a multa poderá atingir. Não parece ter efeito prático positivo. Limita a penalidade do devedor e estipula um teto para prejuízo que terá se postergar o cumprimento da ordem judicial. A fixação de um teto na cominação de astreintes, ou seja, estabelecer um limite máximo para o valor da multa diária aplicada como medida coercitiva, é uma prática adotada em alguns casos pelos tribunais. No entanto, essa abordagem suscita críticas e levanta questões sobre sua efetividade e impacto na busca pelo cumprimento das obrigações determinadas pelo Poder Judiciário.

Uma das críticas mais evidentes em relação à fixação de um teto na cominação de astreintes é que essa limitação pode comprometer a eficácia da medida coercitiva. Ao estabelecer um valor máximo para a multa diária, pode-se criar uma situação em que o devedor perceba que o descumprimento da obrigação dentro desse limite é vantajoso, mesmo que acarrete o pagamento da multa. Essa percepção pode desincentivar o devedor a cumprir a obrigação no prazo determinado, uma vez que ele já tem conhecimento de que o valor da multa será limitado.

Além disso, ao fixar um teto na cominação de astreintes, também se estabelece um limite para o prejuízo que o devedor sofrerá caso opte por postergar o cumprimento da ordem judicial. Essa limitação pode enfraquecer o caráter coercitivo da medida, pois o devedor pode calcular os custos e benefícios de descumprir a obrigação e decidir que é mais vantajoso suportar o pagamento da multa dentro do limite estabelecido do que efetivamente cumprir com a determinação judicial.

Outro ponto crítico é que a fixação de um teto na cominação de astreintes pode desconsiderar as particularidades do caso concreto. Cada situação possui suas

próprias peculiaridades, como a urgência do cumprimento da obrigação, o impacto das consequências do descumprimento sobre os envolvidos e a necessidade de assegurar a efetividade da decisão judicial. Estabelecer um teto pré-determinado pode não levar em conta esses elementos e não permitir uma análise mais individualizada e adequada para cada caso.

Diante dessas considerações, questiona-se a efetividade prática de fixar um teto na cominação de astreintes. Limitar a penalidade imposta ao devedor pode enfraquecer a capacidade coercitiva da medida e não incentivar o cumprimento da obrigação dentro do prazo estabelecido. A busca pela efetividade do processo e pela concretização das decisões judiciais deve levar em conta a individualidade de cada caso, evitando restrições arbitrárias que possam comprometer a eficácia da medida coercitiva.

Em conclusão, a fixação de um teto na cominação de astreintes suscita críticas quanto à sua efetividade na busca pelo cumprimento das obrigações determinadas pelo Poder Judiciário. Ao limitar o valor da multa diária e o prejuízo que o devedor enfrentará, essa prática pode enfraquecer o caráter coercitivo da medida, desincentivar o cumprimento da obrigação e des desconsiderar as particularidades de cada caso. É fundamental repensar a utilização desse teto e buscar alternativas que assegurem a efetividade do processo e a concretização das decisões judiciais de forma mais adequada e individualizada.

7. FIXAÇÃO DE MULTA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ECONOMICAMENTE QUANTIFICÁVEL OU NÃO

Existem distinções significativas no uso da multa coercitiva para impor uma obrigação de fazer ou pagar, quando o valor é quantificável economicamente, em comparação com uma obrigação não economicamente quantificável. No caso de uma obrigação com valor mensurável, a multa é determinada com base em critérios específicos, geralmente estabelecidos pelo juiz. Este montante é calculado considerando o valor da obrigação principal, os danos resultantes do descumprimento e a proporção da sanção. Assim, a multa coercitiva possui uma dimensão econômica clara, sendo passível de mensuração objetiva.

Por outro lado, ao lidar com uma obrigação não economicamente quantificável, a abordagem é distinta. Nessas situações, a multa é destinada a forçar o devedor ao cumprimento, porém não há uma correlação direta entre a penalidade e um valor

financeiro mensurável. Essas obrigações podem envolver ações específicas, como cessação de comportamento prejudicial, fornecimento de documentos específicos ou realização de atividades determinadas. Nesses casos, a multa coercitiva pode ser estipulada como um valor simbólico, com o objetivo de incentivar a conformidade com a obrigação, sem necessariamente refletir uma perda econômica tangível.

8. CRITÉRIOS PARA A ALTERAÇÃO DA MULTA COMINADA

Vistos alguns critérios para a fixação do valor e da periodicidade da multa cominatória, inicia-se a análise dos critérios para a modificação da multa já cominada.

Quanto ao tema, o CPC/15 dispõe em seu artigo 537, § 1º que:

> "O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:
> I - se tornou insuficiente ou excessiva;
> II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento."

Há algumas questões de interessante debate que podem ser retiradas do referido texto. A primeira seria quanto às possíveis situações fáticas que levariam a necessidade de alteração do valor e/ou periodicidade da multa cominada, ou até mesmo com a sua exclusão. Veja que o texto legal informa que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, alterar o valor ou a periodicidade da multa, ou excluí-la se verificada ao menos uma de duas situações fáticas elencadas nos incisos I e II.

O Inciso I trata da hipótese na qual a multa se tornou insuficiente ou excessiva. Ou seja, se a multa é aplicada para forçar o devedor a cumprir uma obrigação, a insuficiência do seu valor a torna ineficaz, pois incapaz de exercer o efeito coercitivo. Por outro lado, a excessividade do seu valor pode tanto resultar também na sua ineficácia, ao extrapolar sobremaneira a capacidade econômica da parte devedora a ponto de tornar a multa impagável, e logo, indiferente na coerção ao cumprimento, ou em potencial enriquecimento sem causa para o credor.

Quanto a essa última hipótese é preciso destacar que, a multa extremamente alta, excessiva, só gerará enriquecimento do credor por desproporção se o devedor não cumprir a obrigação principal dentro do prazo a ele concedido. Uma vez cumprida a obrigação fixada na sentença, é indiferente o valor da multa cominada, se em R$200 ou R$ 20.000,00. Uma vez descumprida a obrigação, entende-se que a multa não seria mais vincenda, mas vencida, logo impassível de alteração, conforme logo a

seguir se exporá. Mas, para além disso, ainda que o devedor cumpra a obrigação a destempo, mas com justificativa para o atraso ou para o cumprimento somente parcial, a multa poderá ser alterada, não só porque o seu valor nesse caso é considerado excessivo, mas porque havia alguma impossibilidade ou dificuldade fática no cumprimento da obrigação que independe do valor da multa cominada.

Temos, por exemplo situação na qual, por sentença houve a condenação do réu a realizar cirurgia médica em até 5 dias, sob pena de multa diária no valor de R$1.000,00. Passados 10 dias, sem o cumprimento da obrigação e sem que o réu aponte qualquer justificativa para tanto, pode-se considerar que o valor da multa fixada se tornou insuficiente? Em uma primeira análise, parece que sim, pois o devedor diante das suas opções, cumprir ou pagar, está optando pelo pagamento. Por outro lado, cumprida a obrigação tão somente no sétimo dia, após expressa justificação do devedor quanto a uma impossibilidade fática absoluta de cumpri-la no prazo de 5 dias, pode-se dizer que a multa cominada se tornou excessiva, e, logo merece reparo? Apesar de a resposta para o segundo questionamento parecer ser positiva, a referida hipótese está expressamente prevista no inciso II, o qual permite a alteração da multa quando o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. Em que situação então se poderia considerar que a multa vincenda se tornou excessiva?

Há outras situações que devem ser levadas em consideração pelo julgador no momento da alteração da multa cominada. Por exemplo o caso do credor que dificulta o cumprimento da obrigação, em evidente violação da boa-fé processual. Com a sua conduta, posterga o cumprimento da obrigação pelo devedor com o objetivo de receber a multa cominada.

Essa é uma conduta que evidentemente deve ser rechaçada pelo judiciário e punida como ato violador da dignidade da justiça, conforme art. 77 parágrafo 2º do CPC. Para além da punição do credor, entende-se devida a redução da multa cominada, em proporção adequada ao caso concreto ou até mesmo a sua extinção se verificado que a conduta do credor impossibilitou por completo a atuação tempestiva do devedor, resultado na resistência tão só do primeiro.

Cogita-se ainda análise da postura do devedor que reitera descumprimento no tempo, prolonga o cumprimento da decisão judicial, descumprindo-a reiteradamente. Entende-se que o devedor analisando racionalmente as vantagens e desvantagens entre as suas possibilidades, de cumprir ou não a decisão judicial, e, em caso de

descumprimento, pagar a multa, a segunda opção está oferecendo mais vantagens. Nesse caso, é possível, a depender das circunstâncias concretas que aumentar o valor da multa, mude a equação e o cumprimento passe a ser mais vantajoso.

Outra questão de relevante debate é quanto ao aspecto temporal para a alteração, ou seja, até quando uma possível alteração da multa cominada pode ser aplicada? Nota-se que o texto legal fala em modificação da multa vincenda, porém a jurisprudência pátria não fixa uma interpretação literal do dispositivo.

Não obstante o texto legal seja claro, sem espaço para integração, STJ tem jurisprudência remansosa no sentido de permitir alteração da multa vencida, ou seja, cujo período de incidência já foi ultrapassado. Nesse sentido é o julgamento sob a sistemática de recursos repetitivos (REsp 1.333.988/SP), no qual foi firmada a seguinte tese jurídica (Tema 706): “Questão submetida a julgamento: Possibilidade de rediscussão do cabimento das astreintes após preclusão do decisum que as cominou. Tese Firmada: A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada.”

Ou seja, conforme entendimento do STJ, tanto a multa vencida quanto a vincenda podem ser alteradas a posteriori pelo juiz. Curiosamente, no entanto, os tribunais pátrios entendem que a multa vencida não pode ser aumentada para fazer face ao descumprimento do devedor, tão somente a vincenda.

Por exemplo, em decisão que fixa obrigação de o devedor autorizar e realizar um tratamento médico cirúrgico em 24h sob pena de multa diária de R$1.000,00, passados 14 dias sem cumprimento, o juiz majora a multa para R$3 mil reais por dia, quando então a decisão é cumprida com mais 1 dia de atraso pelo devedor. Quando o credor for executar a multa cominada ele só poderá exigir 14 dias de multa no valor de mil reais, que já estava vencida quando da decisão de alteração, e um dia no valor de R$3 mil. Ou seja, a alteração para majorar a multa só incide sobre aquela que, ao tempo já alteração, era vincenda.

Na prática, no entanto, é corriqueira situação na qual devedor se mantem inerte por longo período, demonstrando evidente desídia no cumprimento da decisão judicial e, após a multa atingir altos valores recorre ao judiciário para requerer a sua redução, sob alegação de suposto enriquecimento ilícito do credor. Como se verá melhor a seguir, por muitos anos STJ e TJRJ acolheram, e ainda colhem ainda que em perspectiva de modificação futura, tais argumentos e reduzem significativamente as multas cominatórias, após o período de multa já vencida, levando em consideração,

quase que exclusivamente, o valor total da multa atingida em abstrato quando do cumprimento da obrigação.

Há efeito coercitivo da multa nesse cenário? Por que o devedor cumpriria a decisão tempestivamente quando a jurisprudência consolidada assegura, quase que à unanimidade, a redução da multa imposta? Ora, se o ser humano é movido por incentivos, calcula racionalmente as suas decisões, em análise ponderada entre custos e benefícios de suas escolhas, qual é o incentivo que tal jurisprudência oferece que possa favorecer à efetividade e eficiência das decisões judiciais?

Ao que indica, a jurisprudência está muito presa a uma falaciosa busca à equidade, a manutenção da igualdade, a uma proporcionalidade entre o valor do bem da vida assegurado pelo processo e o valor da multa vencida, esquecendo-se do propósito primeiro do instituto que é a coerção sobre a conduta do devedor, como forma de efetividade e eficiência da própria justiça.

9. A ALTERAÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO TJRJ

A análise da jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro mostra que o Tribunal, em regra, mantém a tradição de reduzir a multa cominatória que, em uma análise subjetiva do julgador, atinja valor excessivo, supostamente apto a ensejar enriquecimento ilícito ou sem causa do credor se confrontado com o valor da obrigação que se pretende cumprida.

Nesse sentido é o seguinte julgado, proferido em caso no qual após mais de duas décadas de desídia do devedor no cumprimento da decisão judicial que determinou a correção de vazamento em um imóvel, e alcançado, em razão do longo lapso temporal, multa cominatória no valor de R$ 1.174.500,00, houve a redução da multa em sede de cumprimento de sentença, mantida pelo Tribunal ao patamar de R$ 150.000,00.

É a ementa do julgado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRANSCURSO DE MAIS DE 20 ANOS DE INÉRCIA DO EXECUTADO. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS. SOMATÓRIO DA MULTA DIÁRIA QUE ALCANÇOU O IMPORTE DE R$1.174.500,00. EXORBITÂNCIA A SER REPARADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 537, §1º, INCISO I DO CPC. DECISÃO QUE REDUZ O VALOR DA MULTA PARA R$ 150.000,00. IRRESIGNAÇÃO DO EXEQUENTE. ACERTO DO DECISUM.

> 1. A finalidade precípua da multa cominatória é compelir a parte ao cumprimento da ordem judicial, razão pela qual deve ser arbitrada em valor suficiente de modo a garantir a efetividade do provimento jurisdicional. Possibilidade de alteração do valor da multa, quando essa se tornar irrisória ou exorbitante. Inteligência do artigo 537, §1º, inciso I do CPC.
> 2. Inocorrência de preclusão. Retificação do valor da multa que pode ocorrer a qualquer tempo ao considerar que "a decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada". Aplicação ao caso do tema repetitivo nº 706 do STJ. Entendimento jurisprudencial no sentido de que essa alteração não está restrita às multas vincendas, mas deve se estender a multas vencidas. Precedentes do STJ e do TJRJ.
> 3. Redução da multa para o patamar de R$ 150.000,00 que se mostrou pertinente, adequada e proporcional às especificidades do caso sub judice. Consonância com a jurisprudência sobre a matéria. Manutenção do r. decisum que se impõe.
> 4. Recurso a que se nega provimento.
> (0006342-22.2023.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES - Julgamento: 23/05/2023 - DECIMA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 1ª CÂMARA)

Percebe-se pela análise do seu inteiro teor que os eminentes Desembargadores que integram a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fundamentam a possibilidade de reduzir em 90% o valor da multa cominatória, decorridas décadas de descumprimento da decisão judicial, exclusivamente em razão de uma comparação em abstrato do valor total atingido pela incidência das multas diárias – R$ 1.174.500,00 – e o valor da obrigação de fazer convertida em perdas e danos no valor de R$ 49.000,00.

Observa-se que, enquanto a premissa fática avaliada foi a desproporção abstrata entre os valores executados, a jurídica, a permitir a referida redução, foi a tese firmada sob a sistemática de recursos repetitivos pelo STJ no tema 706, e a jurisprudência remansosa do STJ que permite não só a alteração da multa vincenda, nos termos do art. 537 §1, I do CPC, mas alteração a qualquer tempo, até mesmo da vencida.

Como já apontado, no julgado analisado, a suposta exorbitância do valor que a multa cominada atingiu foi identificada abstratamente, tão somente pelo valor nominal alcançado. Sequer há menção, no inteiro teor ou nos votos dos eminentes julgadores, quanto ao valor da multa diária originariamente aplicada que, tão somente após 22 anos de descumprimento, foi capaz de atingir o valor judicialmente impugnado.

Ao analisar *ex post* o valor global da multa e concluir, em razão dele, pelo enriquecimento do credor, os eminentes julgadores reduziram a multa para o valor de R$ 150.000,00 que, divido pelo número aproximado de dias de desídia do devedor, 8.250 dias, resulta em uma multa cominatória diária de R$ 18 reais. Tal multa é,

indubitavelmente incapaz de influenciar o comportamento do devedor, uma construtora de imóveis, forçando-o a cumprir a decisão judicial proferida. Parece evidente que, após a alteração da multa vencida não houve respeito à adequação e proporcionalidade do seu valor ao seu propósito.

Nota-se ainda que não houve ponderação quanto aos motivos que levaram a descumprimento tão prolongado, além disso, as condutas do credor e do devedor não foram sopesadas em nenhum momento para justificar a proporcionalidade e adequação do valor da multa, mas tão somente o valor final alcançado. Ora, a multa não é um fim em si mesma, de forma que analisar o contexto da sua aplicação era de suma importância para determinar os termos em que adequada aos seus fins.

Infelizmente, casos semelhantes são recorrentes no TJRJ e, frequentemente devedores recalcitrantes são premiados pela justiça após anos de descaso com a autoridade do poder judiciário.

Diferentemente dos casos anteriores, no julgado a seguir apontado houve uma análise mais acurada das circunstâncias fáticas que levaram a um descumprimento parcial da obrigação fixada em sentença e da sua repercussão sobre o valor da multa a ser executado. Importante apontar, desde logo, que o julgado tem origem em obrigação de fazer de cunho médico, qual seja, a prestação por plano de saúde de home care. Segue a ementa:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. MULTA DIÁRIA. IMPUGNAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. HOME CARE. CUMPRIMENTO PARCIAL DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS. VALOR GLOBAL EXEQUENDO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. CARÁTER ACESSÓRIO DAS ASTREINTES. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. No processo matriz, o juízo singular deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que a empresa ré providenciasse, no prazo de 24h, toda a terapêutica indicada pelo médico que assiste a paciente, incluindo os medicamentos e insumos indicados a fls. 07 (000007) no sistema de home care, sob pena de multa diária arbitrada em R$1.000,00 (mil reais).
> 2. Agora, em cumprimento provisório articulado nos autos n.º 0001468-71.2022.8.19.0212, é justamente esta multa que a recorrida tenciona executar, sob a quantia global de R$242.000,00 (duzentos e quarenta e dois mil reais), ao argumento de que o comando liminar foi inteiramente descumprido.
> 3. Ocorre que, em juízo perfunctório de prelibação, dessumem-se robustos indícios de que não houve o descumprimento integral da tutela de urgência, havendo a agravante acostado telas e comprovantes demonstrativos de que implementou o serviço de home care à agravada, com, pelo menos, parte dos serviços e equipamentos necessários.
> 4. O togado decisor, ao dispor na decisão impugnada que a documentação não seria válida, pois "unilateralmente elaborada por seus prepostos e

associados", não dispôs de que outra forma poderia a agravante comprovar o cumprimento do comando liminar, pois é evidente que o serviço de internação domiciliar será implementado e operado por seus colaboradores, conveniados ou cooperados.
5. Por sua vez, a parte agravada juntou aos autos comprovantes de pagamento referentes à aquisição de cilindros de oxigênio e recargas (indexes 073, 077 e 088), o que se mostra coerente com suas alegações de que a seguradora recorrente não vinha fornecendo suporte suficiente de oxigênio leve. No entanto, isso não afasta o fato de que os documentos encartados nos autos mostram que, ao menos, a empresa diligenciou no sentido de providenciar o serviço de home care. Assim, tudo indicia, no presente momento processual, que o caso se enquadra no disposto no art. 537, §1º, inciso II, do Código de Processo Civil.
6. A multa coercitiva tem a finalidade de impor ao devedor de uma obrigação de fazer ou não fazer o cumprimento da tutela específica prolatada pelo juízo, substituindo a visão antiga do direito privado que tendia a converter qualquer obrigação em perdas e danos. Perquire-se assim que o Judiciário cumpra a contento seu imorredouro mister de prestar a Jurisdição de maneira célere e efetiva.
7. Neste passo, o valor arbitrado a título de astreintes, visando a assegurar o cumprimento da ordem judicial, não deve ser ínfimo, tampouco exorbitante, podendo o magistrado, de ofício, modificá-lo, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessivo, ou que o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento, nos termos do art. 537 do Código de Processo Civil.
8. Ora, no caso em testilha, a decisão recorrida desconsiderou a documentação aportada pela agravante, a demonstrar o cumprimento parcial da tutela de urgência, e manteve a execução das astreintes no valor global indicado pela exequente, de R$ 242.000,00 (duzentos e quarenta e dois mil reais).
9. Deveras, a novel legislação processual brasileira, via de regra, admite somente a modificação do valor ou da periodicidade de multa vincenda, nos termos do §1º do art. 537 do CPC/2015, condicionada à comprovação de que o valor se tornou insuficiente ou excessivo ou que o devedor demonstrou o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para descumprimento.
10. Nada obstante o §1º do art. 537 mencionar a expressão "multa vincenda", o caput continua a vincular a existência da multa à sua suficiência e compatibilidade com a obrigação perseguida, permitindo ao juízo revisar o valor consolidado da multa em caso excepcional de patente incompatibilidade com o propósito perquirido.
11. A jurisprudência admite de forma pacífica a revisão do valor global das astreintes, quando desmesurado, no afã de se prestigiar uma interpretação do Código de Processo que seja consentânea ao primado da Justiça e da razoabilidade, elidindo-se a distorção da finalidade do instituto e a configuração de enriquecimento sem causa, ex vi do art. 884 do Código Civil.
12. Ora, veja-se que no presente caso o valor da causa foi arbitrado pela própria autora em R$20.000,00 (vinte mil reais), consoante fls. 09 (000003) do processo matriz, porém a exequente exige, a título de astreintes acumuladas por alegado descumprimento da obrigação de fazer (liminar), a quantia de R$ 242.000,00 (duzentos e quarenta e dois mil reais), em sede de cumprimento provisório, sequer havendo sentença prolatada nos autos.
13. Dessa forma, quando se mostrar exorbitante, esse valor pode e deve ser limitado, adequando-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se podendo permitir que o valor da multa alcance patamar tão desproporcional a ponto de ser preferível o seu recebimento ao cumprimento da obrigação principal.
14. Reitere-se que, na espécie, conforme demonstrado por documentos de fls. 04/05 (000002), o home care e os tratamentos de fato foram disponibilizados e já estão sendo regularmente usufruídos pela autora, às

> expensas do plano, ainda que paire dúvida acerca do fornecimento de alguns itens, notadamente cilindros de oxigênio, o que será melhor depurado no curso dos autos, e de todo modo não justificaria a imposição de astreintes como se fosse integral o descumprimento.
> 15. Ou seja, embora existam indícios, passíveis de detido escrutínio ulterior, de que a executada não cumpriu plenamente a obrigação de fazer sob as exatas condições e tempo estatuídos, os elementos de convicção encartados nos autos permitem inferir que envidou esforços para implementar o tratamento da forma prescrita.
> 16. Outrossim, há relato nos autos, elaborado pela equipe responsável pela prestação do serviço de home care, no sentido de que determinados comportamentos dos familiares da idosa vêm dificultando a prestação do serviço a contento. Nesse ponto, não se deve olvidar que, a teor de entendimento encampado pelo Superior Tribunal de Justiça, o comportamento do credor também há de influir no valor consolidado das astreintes. Precedentes.
> 17. Nesse passo, sopesando-se o parcial cumprimento, a efetividade da tutela e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afigura-se possível a redução da multa ora em execução de metade, ou seja, para a quantia de R$ 121.000,00 (cento e vinte e um mil reais), mais condizente com a duração e circunstâncias do atraso no cumprimento da obrigação de fazer, sem que se olvide da proteção integral ao direito fundamental à saúde e ao idoso.
> 18. Por fim, acolhida a impugnação, ainda que parcialmente, ofertada pela executada-recorrente, é o caso de fixação de honorários advocatícios em decorrência do princípio da causalidade, sendo certo que a jurisprudência mais recente se assentou no sentido de sua plena admissibilidade. Precedente STJ.
> 19. Dessa forma, verifica-se a ocorrência de sucumbência e, por conseguinte, necessário o arbitramento de honorários advocatícios em benefício da parte executada, que, observados os parâmetros previstos pelo artigo 85, §2º do CPC, serão fixados em 10% (dez por cento) sobre o excesso de execução reconhecido.
> 20. Recurso provido em parte.
> (0087446-70.2022.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 16/03/2023 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL)

Percebe-se que diversos fatores foram levados em consideração pelos julgadores para permitir a redução da multa cominada e já vencida. Primeiro, constatou-se que houve resistência do credor, ou ao menos da sua família, no cumprimento da decisão. Além disso, ponderou-se que o descumprimento não foi absoluto, mas parcial.

Seguindo na pesquisa de jurisprudência do TJRJ, é possível encontrar, ainda que em quantidade reduzida, decisões que apreciam de forma mais acurada, ou ao menos em maior sintonia com o abordado no presente trabalho, as circunstâncias que permitem a alteração da multa cominatória

Nota-se que há julgados mais recentes na jurisprudência do TJRJ no sentido de privilegiar a atuação ética e cooperativa das partes durante o processo, promovendo incentivos efetivos de comportamento conforme a boa-fé objetiva e, para

tanto, impedindo a alteração da multa cominatória já vencida, sobretudo a sua redução sem que haja demonstração nos autos de efetivo impedimento ou dificuldade por parte do devedor de dar fiel cumprimento à decisão judicial.

10. A ALTERAÇÃO DA MULTA CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Analisa-se, por fim, a jurisprudência do STJ sobre o assunto, sobretudo o julgado que fixou o tema repetitivo número 706, que serve de fundamento para praticamente todas as decisões do TJRJ que reduziram a multa já vencida em sede de cumprimento de sentença.

A tese foi fixada nos seguintes termos: “A decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada.”

Vale apontar desde o início que o STJ não aprecia com profundidade o tema no referido julgado. Além disso, o julgamento foi realizado em 2014, antes da vigência da lei 13.105/15 (CPC/15) na qual houve alteração na previsão da matéria. Ora, se na vigência do CPC/73, plano de fundo para julgamento do tema 706 pelo STJ, não havia a expressa limitação temporal para a alteração da multa cominada – não se falava em alteração somente da multa vincenda, como agora – espera-se que haja alguma cautela dos julgadores ao aplicar a referida tese no contexto atual.

No Código de Processo Civil brasileiro de 1973, a previsão de astreintes está contida no artigo 461. Segue o texto do dispositivo:

> "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
> § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.
> § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (astreinte).
> § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu.
> § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.
> § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial."

Por sua vez, no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a previsão de astreintes está contida no artigo 537, conforme texto a seguir:

> "Art. 537. O autor tem direito a que a sentença seja cumprida pelo réu, sob pena de multa, fixada pelo juiz, para cada caso de descumprimento.
> § 1º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.
> § 2º O valor da multa será fixado pelo juiz ou pelo tribunal, conforme o caso, não podendo exceder a quantia determinada na sentença nem ser inferior a 1% (um por cento) do valor da causa. Será devida apenas uma vez, ainda que se trate de obrigação de fazer ou não fazer cumulada com multa diária.
> § 3º O disposto no § 2º aplica-se independentemente de pedido do autor e incidirá sobre a parte que deu causa ao descumprimento.
> § 4º O valor da indenização será atualizado na fase de cumprimento de sentença."

Há, portanto alteração legislativa de suma importância, que modifica de forma substancial a aplicação pratica do instituto da multa cominatória e apta a relativizar a obrigatoriedade do precedente qualificado formado pelo STJ.

Isso ocorre porque o magistrado está obrigado a aplicar a nova sistemática legal, não podendo ignorar as alterações legislativas que o vinculam a fim de cumprir o precedente. O precedente tem o papel de interpretar a legislação vigente. Assim, quando a lei é modificada, é necessário também modificar o precedente. Essa modificação do precedente é conhecida como superação. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) continua a aplicar a tese anterior, sem reabrir o debate sobre o assunto.

11. CONCLUSÃO

Se o direito se propõe a regular o comportamento humano, organizar a sociedade, permitir a vida em sociedade, induzir o comportamento com o uso legítimo da força, por meio da legitimação democrática, em prol do bem-estar social, e se a justiça se propõe sobretudo com o novo CPC eficiente, célere, eficaz.

A economia do direito tem muito a contribuir por fornecer instrumentos técnicos de estudo do comportamento, das consequências, forma como o ser humano pensa e toma decisões. Cumprir ou não uma decisão judicial são opções postas aos litigantes. Manutenção da ordem social impõe a autoridade da decisão judicial, descumprimento deve ser punido, no mínimo desestimulado. Proposito da astreinte é

induzir o devedor ao cumprimento tempestivo da ordem judicial, contribuindo para o funcionamento do sistema. Como as pessoas tomam decisões racionais, em regra, sopesando as suas opções, consequências, a multa cominatória serve como desestimulo ao descumprimento e deve ser fixada em valor condizente com efeito que pretende surtir. Portanto, condições de cada caso concreto devem ser levadas em consideração para que o julgador possa atingir de forma adequada esse estímulo.

Fixar uma multa diária de 50 reais para uma multinacional bilionária não possui efeito dissuasório significativo, uma vez que o valor da penalidade é desproporcional aos recursos financeiros da empresa em questão. A imposição de uma multa nesse patamar não cria incentivos suficientes para garantir o cumprimento da obrigação ou desencorajar práticas contrárias à lei. É necessário considerar a capacidade econômica da empresa e a gravidade da conduta para estabelecer uma multa que seja efetiva e proporcional, de modo a garantir a coerção adequada e promover o cumprimento das obrigações legais.

Quando o Poder Judiciário indica à sociedade que a regra é a redução da multa cominatória quando esta se torna abstratamente elevada, transmite-se a mensagem de que a penalidade inicialmente estabelecida não é significativa e não deve ser levada a sério. Essa prática gera a percepção de que, em geral, se o devedor persistir no descumprimento da decisão judicial por um longo período, a multa será reduzida a um valor globalmente baixo. Consequentemente, é mais vantajoso para o devedor desobedecer à determinação por um período prolongado em vez de períodos mais curtos, uma vez que o fator decisivo na avaliação judicial é o valor final da multa, o qual será reduzido se for considerado excessivamente alto. Esse cenário pode desencorajar o cumprimento tempestivo das obrigações, já que a expectativa é de uma penalidade reduzida.

A situação descrita, em que os processos judiciais se arrastam por longos períodos e os devedores não têm interesse em cumprir as obrigações, pode levar a uma série de problemas. A falta de interesse no cumprimento das decisões judiciais prejudica a efetividade do sistema de justiça, causando descrédito e gerando uma imagem de ineficácia perante a sociedade. Esse problema é ainda mais acentuado em pequenos núcleos sociais, onde o descumprimento das obrigações tem um impacto significativo.

Para melhorar a imagem do Poder Judiciário e garantir sua eficiência como gestor, é necessária uma mudança de cultura. O Judiciário deve buscar se tornar um

adjudicador do direito mais eficiente, capaz de garantir o cumprimento das obrigações de forma tempestiva. Isso envolve a adoção de práticas e procedimentos que acelerem a tramitação dos processos, a imposição de multas proporcionais e efetivas, e a criação de mecanismos que permitam a satisfação do credor mesmo diante do descumprimento do devedor, como a adjudicação de bens buscados.

É fundamental que o Judiciário se preocupe em transmitir uma imagem de efetividade e responsabilidade perante a sociedade. Isso requer esforços para reduzir os prazos processuais, estimular a conciliação e mediação, investir em tecnologia e capacitação dos profissionais da área jurídica. Somente com uma mudança de cultura e uma atuação mais eficiente será possível reverter o descrédito da justiça e assegurar que o cumprimento das obrigações seja percebido como fundamental para a ordem social.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BODART, Bruno; FUX, Luiz. Processo civil e análise econômica. 2ª edição Rio de Janeiro. Forense, 2021.

CATEB, Alexandre Bueno. Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito. 4ª edição. Indaiatuba. Editora foco, 2021.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª edição. Salvador, editora Jus Podvm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12ª edição. Salvador. Editora Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 7ª edição. Salvador. Editora Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo, 10ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

GICO JR., Ivo Teixeira. Análise Econômica do Processo Civil. 2ª edição. Indaiatuba. Editora Foco, 2023.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil - Volume 2. Editora Forense, 2018.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 16ª edição. São Paulo. RJ. 2016.

A EFICÁCIA DO TESTAMENTO VITAL À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

THE LIVING WILL AND ITS APPLICABILITY BASED ON PERSONALITY RIGHTS AND BIORIGHT

Isabella Kaial Cury Gaspar[1]

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar o testamento vital e sua aplicabilidade, pautando-se nos direitos da personalidade e no biodireito. Para isso, necessário examinar primeiramente dois direitos da personalidade que possuem relação direta com os direitos em discussão no testamento vital, quais sejam o direito à vida e o direito à liberdade. Assim, a partir desse primeiro estudo será possível examinar com maior clareza os institutos da bioética e do biodireito, além os meios de intervenção humana no momento da morte, como a eutanásia, a distanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido. Mais adiante, impõe-se o estudo do testamento vital e todas as suas diretrizes, que levarão à conclusão se este instituto é cabível dentro dos direitos da personalidade e se há a possibilidade de colisão entre eles, gerando um novo direito: o direito à morte digna.

Palavras-Chave: testamento vital, biodireito, bioética, direito à vida, direito à morte, eutanásia, suicídio assistido.

Abstract: The presente study aims do examine the living will and its applicability based on personality rights and bioright. It's necessary to examine first two personality rights that have direct relationship with the discussion based on the living will: right to life and the right to liberty. Thereby will be possible to exame more clearly the institutes of bioethics and biorights, as well as the means of human intervention at the moment of death, such as euthanasia, dysthanasia, orthotanasia and assisted suicide. Moreover, there will be presented the living will and all its guidelines, which will then lead to the conclusion of whether or not this institute is fit within the rights of personality and the possibility of collision between them, creating a new right: the right do death.

Keywords: living will, bioright, bioethics, right to life, right to liberty, euthanasia, assisted suicide.

1. INTRODUÇÃO

A morte digna é, com certeza, um dos assuntos mais controversos em qualquer sociedade democrática[2]. Isso porque, a possibilidade de a pessoa dispor da própria vida, decidindo quando deseja morrer, vai de encontro com a própria medicina, a qual se vale de todos os meios para garantir a vida[3].

A verdade é que, apesar do tabu existente, se mostra essencial a qualquer ser humano refletir sobre o assunto - mesmo que internamente – afinal, todos irão morrer

[1] Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Advogada. Atuação na área civil. E-mail isakcg@hotmail.com.
[2] GODINHO, Adriano. Op cit, p. 05
[3] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 01

e, o que mais se deseja é que no final da vida haja uma paz interior e que a dignidade pessoal seja mantida.

Nesse entendimento, o testamento vital vem para proporcionar ao titular do direito que disponha, ainda em vida, sobre o modo como deseja conduzir a sua morte, em situações especiais, levando em consideração a sua dignidade e seus valores pessoais.

É certo que o tema colide diretamente com o direito à vida e à liberdade[4], sendo essas uma das principais polêmicas sobre a eficácia do testamento em questão e, consequentemente, nesse estudo, que fará uma abordagem do tema à luz do Direito Civil e da Bioética, sob a influência do Direito Constitucional.

Assim, o trabalho iniciará com uma abordagem acerca dos direitos da personalidade, mais especificamente sobre o direito à vida e à liberdade. Seguidamente, será analisado o biodireito e a bioética, conceituando-os e abordando os temas da eutanásia, distanásia, ortotanásia, mistanásia e suicídio assistido, com suas principais diferenças e conceitos.

Finalmente mergulha-se no testamento vital, momento em que será analisado este instrumento, juntamente com o estudo da autonomia do paciente e a existência/ou não, do direito à morte digna.

Nesse sentido, o presente trabalho possui como objetivo apontar diversos entendimentos acerca da existência, ou não, de espaço no ordenamento jurídico brasileiro para o direito à morte digna, que é a garantia fornecida à pessoa autônoma para recusar previamente determinados tratamentos voltados ao prolongamento da vida[5], bem como qual seria sua extensão e aplicabilidade, gerando a possibilidade de aplicabilidade do testamento vital.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Foi apenas no final do Século XVIII que os direitos da personalidade começaram a surgir, na Europa, como um problema jurídico, político e social[6].

[4] DIAS, Roberto. Op cit, p. 210
[5] GODINHO, Adriano. Op cit, p. 09
[6] CAMPOS, Diogo Leite de. Nós – estudo sobre o direito das pessoas, Almedina, Coimbra, 2004, p. 110/111.

Todavia, esses direitos, quando criados, estavam inseridos em uma sociedade cristã, cujo direito era fundamentado em uma lei natural, determinada por Deus[7].

Segundo Adriana Maluf, foi através da Declaração dos Direitos do Homem, advinda da Revolução Francesa que os direitos da personalidade entraram para o ordenamento positivo[8].

O Direito também passou a ser visto de modo distinto, uma vez que antigamente visava reequilibrar as naturais desigualdades entre os seres humanos, e hoje, dado que todos são iguais, ele intervém apenas quando surge um obstáculo a essa igualdade[9].

Assim, os direitos da personalidade, criados em uma sociedade liberal, foram se amoldando a uma sociedade da liberdade, em que cada indivíduo se vê superior ao outro e o que se deseja é limitar o outro.

Na atualidade, esses direitos são vistos e conceituados das mais variadas formas. Segundo Rubens Limongi França, direitos da personalidade são "faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos"[10]. Já para Maria Helena Diniz, esses direitos são direitos subjetivos que cada pessoa detém para defender o que lhe é próprio: sua integridade física, intelectual e moral[11].

Por muito tempo, os direitos da personalidade eram cuidados apenas na seara do Direito Público, ou seja, serviam "para mostrar a importância desses direitos, pois muitos deles integram as Declarações de Direitos que servem como garantia dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado"[12].

Nesse sentido, diante do menosprezo à dignidade humana vivenciada na história, em especial à Alemanha nazista, os tribunais foram incentivados a agir em proteção da pessoa humana face às arbitrariedades estatais, motivo pelo qual atualmente essa tese não prevalece, visto que são de suma importância não só para os indivíduos em geral, mas também para o próprio Estado Democrático de Direito,

[7] CAMPOS, Diogo Leite de. Nós – estudo sobre o direito das pessoas, Almedina, Coimbra, 2004, p. 110/111.
[8] MALUF, Adriana. Op Cit, p. 34.
[9] CAMPOS, Diogo Leite de. Nós – estudo sobre o direito das pessoas, Almedina, Coimbra, 2004, p. 125.
[10] FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 1.033.
[11] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Parte Geral, 17 Ed, São Paulo, Saraiva, 2002, v. 1, p. 135.
[12] FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 936.

que é tutelado tanto pelo Direito Público quanto pelo Privado, sempre dentro da ideia de visão unitária do sistema jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, os Direitos da Personalidade são tratados de maneira expressa no Título II da Constituição Federal de 1988, sob a denominação de "Dos Direitos e Garantias Individuais", que consagrou o entendimento de que os indivíduos são detentores de sua própria personalidade, visando garantir uma convivência digna, com liberdade e igualdade para todos[13].

Por sua vez, na esfera do Direito Privado, o Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) também dedicou um capítulo exclusivo para os denominados direitos da personalidade (Parte Geral – Livro I – Das Pessoas – Título I – Das Pessoas Físicas – Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade), visando proteger a dignidade da pessoa humana e diversos direitos previstos constitucionalmente, como o direito à vida, à liberdade e à honra[14], dando um passo à frente em relação ao antigo diploma de 1916, o qual disciplinava o assunto de maneira esparsa e marginal[15].

O legislador não abordou, no Código Civil de 2002 diversos direitos da personalidade, como, por exemplo, aquele relacionado à sexualidade da pessoa humana, o qual se relaciona diretamente com a bioética e com o biodireito, o que denota que não há um rol taxativo imposto pela legislação, segundo disposto no Enunciado 274 do CJF/STJ[16].

Dentre os direitos da personalidade, aquele que ocupa posição de primazia na esfera natural e jurídica é o denominado direito à vida, dado que é um pressuposto essencial para a existência de todos os demais direitos, pois, afinal, se não há vida, não há direito[17]. Tal direito permanece com o seu titular até sua morte, constatada pela morte encefálica[18] e é inerente a todos os seres humanos.

O direito à vida está consagrado em todas as Constituições modernas, inclusive na brasileira (artigos 1º e 5º, *caput*) e também no plano ordinário, o qual encontra ampla proteção no âmbito penal, bem como no âmbito civil.

[13] MALUF, Adriana. Op Cit, p. 32
[14] MALUF, Adriana. Op. Cit, p. 33
[15] BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit, p. 105
[16] "Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação."
[17] BITTAR, Carlos Alberto. Op Cit, p. 119.
[18] A morte encefálica não se confunde com a morte cerebral, visto que esta pode ser reversível.

No que tange à sua conceituação, Emerson Ike Coan aduz que o direito à vida é "indisponível, não sendo um direito sobre a vida, mas à vida, assim de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos se exige", de modo a ser um direito à vida sem direito à morte, dado que, universalmente, é entendido que o homem não vive apenas para si, mas também para cumprir sua missão na sociedade, sendo, portanto, um direito absoluto, fundamental[19].

Em oposição, Roberto Dias apresenta o significado do direito em questão, segundo o qual ele não deve ser entendido como um dever consigo mesmo, mas sim como um direito a algo, composto por três elementos: "o sujeito do direito, ou seja, aquele que está vivo; o responsável pela obrigação correspondente ao direito, que são todos os que têm dever de respeitar e preservar o direito, ativa e passivamente; e o objeto do direito, isto é, o valor protegido, qual seja, a própria vida"[20].

Para o autor, os três elementos devem ser sempre analisados diante de um caso concreto e não abstratamente como uma lei universal. Completa exemplificando que "a liberdade pode esvaziar o direito à vida se as condições existentes naquele momento indicarem que a preservação desse valor constitui uma violação à dignidade da pessoa humana, na concepção do titular do direito"[21].

Nesse sentido, para o autor, a expressão "inviolabilidade do direito à vida", disposta no caput do artigo 5o da Constituição Federal, não pode ser entendida como um dever absoluto, indisponível e irrenunciável, mas sim como um direito que não possui conteúdo econômico-patrimonial, e, mais que isso, ninguém pode ser privado dele arbitrariamente.

Em sentido análogo, o artigo 5o, XLVII, da Constituição, estabelece que não haverá pena de morte no Estado, exceto em casos de guerra declarada, demonstrando como solucionou o conflito entre os princípios da segurança do país e o direito à vida, novamente alertando acerca de sua possibilidade de renúncia.

Outro direito de grande relevância para o Direito é o atinente à liberdade. Inicialmente, cumpre esclarecer que o direito à liberdade "é a prerrogativa que tem a

[19] COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito: desafios bioéticos: traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 259/260.
[20] DIAS, Roberto. Op. Cit. p. 121
[21] DIAS, Roberto. Op cit, p. 121

pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo social das relações"[22].

Nos dizeres de Montesquieu "A liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem; e, se um cidadão fizesse o que elas proíbem, não mais teria a liberdade, porque os outros teriam idêntico poder"[23].

O ordenamento confere ao indivíduo tal proteção, a fim de que possa exercer sua personalidade, em consonância com a sua própria vontade, no que tange à sua locomoção, seu pensamento e sua expressão, seu culto, a sua comunicação, a sua associação, entre outros.

No que tange à sua proteção, é no próprio campo penal que o direito à liberdade encontra a sua maior regulamentação[24], sendo que no âmbito civil, esse direito está implícita e explicitamente ditado no Código, ao passo que é um dos norteadores da esfera do Direito Privado[25]. Isso porque, a liberdade de agir, de contratar, de consorciar-se, de associar-se está vinculada com o Direito Privado, tudo isso condicionado aos limites impostos pela autonomia da vontade.

Eventuais atentados a esse direito são sancionáveis nos termos da teoria geral dos direitos da personalidade (artigos 12 e 21 do Código Civil), inclusive acrescentando-se eventuais danos morais e/ou patrimoniais.

3. BIODIREITO E BIOÉTICA

Nos anos compreendidos entre 1960 e 1970, os avanços científicos no meio médico começaram a receber fortes incentivos e seus resultados confiantes passaram a gerar diversos questionamentos na sociedade daquela época.

Em 1971, o termo bioética surgiu pela primeira vez, no título da obra *Bioethics: bridge to the future, de Van Rensselaer, Englewood Cliffs/New York: Prentice-Hall*, 1971, cuja finalidade principal seria auxiliar a sociedade no sentido de participação racional e cautelosa dessa evolução biológica e cultural[26].

Mais recentemente, Adriana Maluf define que "Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que

[22] BITTAR, Carlos Alberto. Op Cit p. 167
[23] CHEVALIER, Jean Jacques. As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias. Trd. Lydia Cristina, 8 Ed., Rio de Janeiro: Agir, 1998, p. 139.
[24] BITTAR, Carlos Alberto. Op Cit p. 168
[25] BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit, p. 170
[26] NAMBA, Edson. Op Cit, p. 09

investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental." Para ela, são estudadas nesse tema as questões que não possuem consenso moral, mas devem ser regulamentadas[27].

Mesmo diante das diversas definições, a matéria tornou-se amplamente conhecido por tratar de temas polêmicos que passaram a invadir a vida de todos, como o aborto, a eutanásia, a distanásia, os transplantes, a clonagem, a reprodução assistida e a manipulação genética.

Diante do amplo rol de temas tratados pela bioética, ela foi doutrinariamente dividida em microbioética e macrobioética[28]. A primeira tem por objetivo principal o estudo das relações entre médicos e pacientes; a segunda, por sua vez, visa o estudo das questões ecológicas para a preservação da vida humana. Ela trabalha com as questões persistentes, ou seja, que se repetem frequentemente no grupo social e devem ser regulamentadas[29].

Em decorrência da criação, pelo Congresso dos Estados Unidos, de uma Comissão Nacional que visava identificar os princípios éticos que norteavam a bioética, desejando guiar as investigações em seres humanos pelas ciências do comportamento e pela biomedicina, foram elaborados três princípios basilares da bioética: o da autonomia, o da justiça e o da beneficência[30].

O primeiro princípio estabelece a ligação com o valor mais abrangente da dignidade da pessoa humana, representando a afirmação moral de que a liberdade de cada ser humano deve ser resguardada; o princípio da justiça ou equidade visa a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios da prática médica, em busca do tratamento igual para todos, evitando-se a discriminação[31]; já no princípio da beneficência, existe o reconhecimento do valor moral do outro, considerando-se que aumentar o bem do outro significa diminuir o mal[32]. Ele se baseia na ideia de que o profissional da saúde deve utilizar os tratamentos à sua disposição apenas para o bem de seu paciente, e nunca para fazer o mal ou injustiças.

Por sua vez, o Biodireito pode ser definido, segundo as palavras de Adriana Maluf, como "um novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética

[27] MALUF, Adriana, op. cit. p. 6
[28] Conforme se verifica nas obras de Edson Namba e Adriana Maluf
[29] MALUF, Adriana, op. cit. p. 11
[30] NAMBA, Edson. Op cit, p. 11
[31] NAMBA, Edson. Op cit. p. 11
[32] MALUF, Adriana. Op cit, p. 10

e o direito", que estuda a relação entre o direito e os avanços tecnológicos da sociedade.

Trata-se da regulamentação legal da problemática trazida pela bioética. Significa, portanto, estudar as normas de prevenção e do descompromisso da eticidade na condução da vida humana e nos avanços científicos[33].

Um dos temas de maior relevância da bioética é a eutanásia. Etimologicamente, o termo significa morte serena, sem sofrimento, eis que composto pelos vocábulos gregos *eu* (boa) e *thanatos* (morte)[34].

Conforme o sentido originário do termo, se caracterizariam como medidas eutanásicas não a morte em si, mas sim os cuidados paliativos[35] do sofrimento, bem como a interrupção de tratamentos inúteis que prolongassem a vida.

Contudo, na atualidade o conceito de eutanásia é objeto de grande discussão. Maria Celeste Dias entende se tratar da antecipação da morte[36]; Adriano Godinho afirma existir diversas "eutanásias", dado que pode ocorrer vários tipos dela, abrangendo, cada uma, o seu quinhão de discussão[37], entre ele, a necessidade ou não do sentimento de compaixão, ou até da doença terminal.

Apesar de toda a discussão ao redor de seu conceito, deve-se compreender que existem duas modalidades de eutanásia, quais sejam a voluntária e a involuntária. A primeira se caracteriza por uma prática solicitada pelo paciente, seguindo seus interesses fundamentais, enquanto a última ocorre contra a vontade da pessoa[38].

Nas palavras de Roberto Dias, a eutanásia involuntária deveria ser considerada homicídio e, para ele, os institutos não se confundem, pois "aquela se realiza para proteger a dignidade do destinatário, buscando reduzir os danos por ele experimentados. Já o homicídio não tem nem uma nem outra característica, visto que sua prática não está fundada numa razão humanitária e, com ele, não se procura reduzir qualquer dano, mas simplesmente matar"[39].

Outro termo relevante relacionado à intervenção humana no momento da morte é a distanásia, a qual ocorre o prolongamento artificial do processo da morte,

[33] MALUF, Adriana. Op cit 14
[34] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Op cit, p. 285
[35] Todo cuidado empregado a um paciente terminal, que visa aumentar sua qualidade de vida, amenizando seu sofrimento
[36] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Op cit, p. 285
[37] GODINHO, Adriano. Op cit, p. 103
[38] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Op cit, p. 285
[39] DIAS, Roberto. Op cit, p 146

acarretando o sofrimento do doente. “É uma ocasião em que se prolonga a agonia, artificialmente, mesmo que os conhecimentos médicos, no momento, não prevejam possibilidade de cura ou de melhora”[40].

Ainda, há de se caracterizar o instituto da ortotanásia, o qual, etimologicamente, significa a morte correta (*orto* = certo e *thanatos* = morte). Seria, portanto, o processo natural da morte do paciente[41].

A ortotanásia se refere à uma “aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso”, ou seja, seria a morte em seu tempo adequado, não se utilizando meios para prolongar a vida (como na distanásia), tampouco para encerrá-la antecipadamente (como na eutanásia)[42].

Este instituto pode ser cometido apenas pelo médico, o qual irá contribuir para que o processo da morte de seu paciente ocorra de modo natural. Isso porque, o paciente há de consentir que a sua vida seja prolongada/ou não artificialmente, e o médico há de respeitar essa decisão, sob pena de constrangimento ilegal, e em respeito à autonomia do paciente[43].

Em relação à sua licitude, as discussões são as mais amplas. Isso porque, com a evolução da medicina, a indicação de um quadro irreversível de um paciente pode ser falho.

No Brasil, a discussão sobre esse instituto conduziu à aprovação da Resolução 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, o qual permitiu ao médico, em seu artigo 1o, limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal. Trata-se, noutras palavras, da ortotanásia.

Por fim, há de ser analisado o suicídio assistido.

Nas palavras de Luciana Dadalto “O suicídio assistido, por sua vez, é tido como a abreviação da vida, feita pela própria pessoa que está com uma doença grave, incurável e/ou terminal. Nesse caso, a pessoa é ajudada por outrem (médico ou não), que lhe concede os meios para que possa, por si mesma, abreviar sua vida”[44].

[40] SANTOS, Maria Celeste. Op Cit. p. 286/287
[41] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Op cit, p. 287
[42] GOZZO, Débora, LIGIERA, Wilson (organizadores). Bioética e direitos fundamentais. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 25
[43] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Op cit, p. 287
[44] DADALTO, Luciana. Op Cit. p. 33

Pode-se compreender que no suicídio assistido uma terceira pessoa irá fornecer os materiais necessários para que o individuo por si encerre sua vida da maneira que desejou.

Cumpre mencionar, como exemplo, que o suicídio assistido foi legalizado, em 2001, na Suíça[45]. Para tanto, é necessário que o pedido de assistência seja reiterado e que o paciente possua uma doença incurável, com morte previsível e que provoque a ele sofrimentos psíquicos e físicos que tornem sua vida insuportável[46].

Diferentemente do que ocorre nos Países Baixos e na Bélgica, em que o suicídio assistido necessariamente precisa envolver o médico, na Suíça ele é realizado por organizações sem fins lucrativos, como a "Exit" e a "Dignitas"[47]. Válido mencionar que a segunda organização, ao contrário da primeira, aceita pedidos enviados por estrangeiros, fato que a tornou popularmente conhecida por ser o "turismo da morte"[48].

Ressalte-se que não há nenhuma lei que regularize a prática do suicídio assistido na Suíça, sendo que sua prática decorre de uma lacuna existente no Código Penal, fundamentado pelas organizações que defendem o direito de morrer[49].

4. TESTAMENTO VITAL

No tocante à aplicação da autonomia do paciente na tomada das decisões acerca dos tratamentos de saúde aos quais deseja ou não ser submetido, deve-se levar em conta três modelos de autonomia, propostos por Beauchamp e Childress[50].

O primeiro, chamado de modelo de julgamento substituto, visa a nomeação de um decisor substituto que deverá tomar as decisões como se fosse o próprio paciente. Tal modelo é utilizado apenas para pacientes que já foram capazes, a fim de que a

[45] Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%AD-dio-assistido-na-su%C3%AD%C3%A7a/893224>. Acesso em 04 de novembro de 2019.
[46] Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%AD-dio-assistido-na-su%C3%AD%C3%A7a/893224>. Acesso em 04 de novembro de 2019.
[47] OZZO, Débora, LIGIERA, Wilson (organizadores). Bioética e direitos fundamentais. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 340
[48] Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%AD-dio-assistido-na-su%C3%AD%C3%A7a/893224>. Acesso em 04 de novembro de 2019.
[49] OZZO, Débora, LIGIERA, Wilson (organizadores). Bioética e direitos fundamentais. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 340
[50] BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. Principios de ética biomédica. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. In: DADALTO, Luciana. Op cit, p. 44

pessoa nomeada possa ter subsídios para prever qual seria a decisão que o paciente teria tomado[51].

Por sua vez, o segundo modelo, denominado modelo dos melhores interesses, visa outorgar ao decisor a obrigação de atribuição de pesos aos interesses que o paciente tem em cada opção, e subtrair os riscos e custos de cada uma delas. Tal modelo possui uma carga valorativa, que vai de encontro com a teoria do Direito como Integridade de Dworkin, cuja a atribuição de pesos da lugar à adequação dos princípios jurídicos[52].

Já o modelo de pura autonomia, é utilizado no momento em que o paciente tenha expressado previamente sua vontade e esta orientará as posteriores tomadas de decisão no tocante aos cuidados de sua saúde. Tal modelo é o utilizado nos termos do testamento vital[53], ora em análise.

Válido lembrar que o testamento vital e o mandato duradouro são espécies de Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV)[54], a qual é entendida como sendo todas as instruções escritas que determinado sujeito prepara, com vistas a ajudar a guiar o seu cuidado médico, em situações específicas como uma doença terminal ou um dano irreversível, que produzirá efeito apenas quando o médico indicar que a pessoa não é mais capaz para decidir[55].

Resolução do Conselho Federal de Medicina, aprovada em 30 de agosto de 2012, regulamenta as DAV, definindo-as como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, que diz respeito a quais cuidados e tratamentos quer, ou não, receber no momento em que estiver impossibilitado de expressar sua vontade e disciplina o modo pelo qual os brasileiros poderão registrar em seu histórico clínico o desejo, ou não, de serem submetidos a tratamentos considerados invasivos ou dolorosos, com vistas a prolongar sua vida[56].

Por sua vez, o testamento vital é um “documento redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver com

[51] DADALTO, LUCIANA. Op cit, p. 43
[52] DADALTO, LUCIANA. Op cit, p. 43/44
[53] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 45
[54] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 45
[55] GONZALES, Miguel Angel Sánchez. O novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique. Família e Jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 91-137
[56] Artigo 1º, da Resolução do CFM nª 1.995/12

uma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade"[57]. Visa a influir nos profissionais da área médica, no sentido de não permitir que realize determinado tratamento, como vontade do paciente, que esteja impedido de manifestar sua vontade, em razão de determinada doença.

Esse instituto ainda não possui disciplina legal no Brasil, de modo que se aguarda a aprovação de um dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional[58]. Todavia, destaque-se a aprovação, na V Jornada de Direito Civil de 2011, do seguinte enunciado "É válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado "Testamento Vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar sua vontade" (Enunciado n. 528).

Cumpre ressaltar, ademais, o entendimento de Roberto Dias, que aduz não existir razão para rejeitar a força jurídica do instrumento, visto que o artigo 104, do Código Civil disciplina que o negócio jurídico só será válido se apresentar três requisitos, são eles: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Assim, respeitando tais exigências não há como negar a validade do testamento vital[59].

No âmbito da Ética Médica, tal instrumento já foi autorizado, conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina (1.995/12), sendo que o presidente Roberto Luiz D'Ávila qualificou mencionada Resolução como "histórica", por enfrentar um dilema que surge com o avanço da tecnologia médica[60].

Mencionada Resolução reconheceu, inclusive, a supremacia do documento em detrimento à vontade dos próprios familiares (art. 2º).

Por não existir forma prescrita em lei, deve-se utilizar o artigo 212, II e III do Código Civil, para sua elaboração, de forma a admitir o testamento vital reduzido a um

[57] DADALTO, op. cit. p. 48
[58] "temos, hoje, dois projetos de lei em tramitação no Senado Federal: No dia 03.04.2018 o senador Lasier Martins apresentou o projeto de lei 149/2018 e no dia 30.05.2018 o senador Paulo Rocha apresentou o projeto de lei 267/2018". In: <https://testamentovital.com.br/blog/yes-nos-temos-2-projetos-de-lei/>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.
[59] DIAS, Roberto. Op cit, p. 194
[60] Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:-pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

documento escrito, com duas testemunhas, a fim de viabilizar a prova do fato jurídico, sendo que nada impede que outras formas menos usuais sejam adotadas[61].

Assim, o documento deverá ser escrito por uma pessoa com discernimento, maior de 18 anos de idade e deverá ser mantido aberto, para o conhecimento da família, médico ou amigos, sendo que somente será eficaz quando o paciente não puder exprimir sua vontade em situações de irreversibilidade do quadro.

Insta pontuar que o testador pode, a qualquer momento mudar de ideia sobre suas disposições de última vontade e revogar o testamento vital. Nas palavras de Roberto Dias, "a pessoa poderá mudar de ideia a qualquer hora, sem se ater à forma, pois a vontade mais atual do paciente poderá surgir quando ele já estiver hospitalizado e sem meios ou tempo de firmar um novo testamento"[62].

Interessante mencionar que no Brasil, o primeiro acórdão proferido pelos Tribunais sobre o tema foi no Rio Grande do Sul, em 20 de novembro de 2013[63], em que houve a discussão do direito de um idoso de recusar a se submeter a amputação de um membro necrosado. O resultado foi o acolhimento do pedido do autor, para reconhecer este direito, tido por eles como constitucional, supostamente por constituir ortotanásia, através do desejo manifestado pelo paciente em seu testamento vital.

No que tange ao seu conteúdo, Luciana Dadalto[64] afirma que há três pontos fundamentais que devem estar presentes em qualquer testamento vital. O primeiro, diz respeito aos tratamentos médicos; o segundo ponto deve ser a nomeação de um

[61] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 49
[62] DIAS, Roberto. Op cit, p. 195
[63] "APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.(Apelação Cível, Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 20-11-2013).
[64] DADALTO, Luciana. Op. cit, p. 50

procurador para executar tudo o que for disposto no documento; e o último diz respeito à vontade do paciente em doar órgãos.

O efeito do documento é *erga omnes*, de forma a vincular médicos, pacientes e eventual procurador, visando dar garantia de que as vontades do paciente serão atendidas[65].

Importante verificar também os limites que Luciana Dadalto aponta ao testamento vital: a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamentos que já estejam superados pela Medicina[66].

Um ponto bastante discutido é o direito do médico à objeção de consciência. Em relação a ele, o artigo 28 do Código de Ética e Medicina dispõe que é direito do médico recusar a realização de atos que forem contrários à sua consciência. Assim, ante a existência de testamento vital deixado pelo paciente, o médico poderá recusar a obedecê-lo se, por justa causa, for contra suas razões morais, éticas, religiosas ou qualquer outra de foro íntimo, devendo proceder com o encaminhamento do paciente a outro médico.

No que tange a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, a principal preocupação diz respeito às disposições que incitem a prática da eutanásia, vedada no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, o que se deve pretender no testamento vital é a retirada de tratamentos extraordinários ou fúteis, ou seja, aqueles que servem apenas para prolongar a vida do paciente[67], enquadrando-se na ortotanásia.

Por fim, a vedação de disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou que prevejam tratamentos já superados pela medicina devem ser rechaçadas, visto que não visam o melhor interesse do paciente. Tal limite é de suma importância, visto que pode ocorrer um grande lapso temporal entre a elaboração do testamento vital e sua necessidade de utilização.

Assim, como a Medicina avança de forma muito rápida e muitas vezes são descobertas novas drogas e novos tratamentos, o papel dessa limitação é evitar que

[65] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 50
[66] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 50
[67] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 51

haja a suspensão do esforço terapêutico em casos que não mais se caracterizam como obstinação terapêutica, vez que surgiram novos tratamentos[68].

Nesse sentido, importante dizer que Luciana Dadalto afirma que o instituto poderá ser aplicado em todos os estágios clínicos que coloquem o paciente frente a uma situação de incurabilidade, sendo eles: a doença terminal, o estado vegetativo persistente e doenças crônicas, em especial a demência avançada[69].

4.1. A autonomia do paciente

Diante das explicações acima sobre o testamento vital, surge o questionamento se mencionado instituto se trata de um exercício admissível da autonomia privada, ou se é um exercício ilícito do testador, com conteúdo nulo[70].

Mencionada autonomia não significa dar a liberdade para o sujeito fazer o que bem entender, mas sim que o mesmo tenha sua autonomia privada para buscar o seu significado de "boa vida" e buscar tal objetivo, sempre dentro dos limites impostos pelo Estado[71].

Por se tratar de um princípio jurídico, a autonomia privada não encontra um conteúdo previamente definido. O ordenamento jurídico conforma sua aplicação, assim como qualquer outra norma prevista, por meio dos agentes internos[72].

Nas palavras de Francisco Amaral, a autonomia privada é "o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício da sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica"[73].

Baseado nesse princípio, há de se analisar o limite da autonomia do paciente na relação médico-paciente, a qual, desde o início foi marcada pela imagem de que o médico, detentor de todo o conhecimento técnico, deve prescrever o melhor tratamento e procedimento a curar o paciente, ao passo que este deveria se submeter ao que foi prescrito[74].

A verdade é que após a Segunda Guerra Mundial, tal modelo começou a sofrer bruscas modificações, decorrentes de novos parâmetros normativos baseado,

[68] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 51
[69] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 52
[70] TARTUCE, Flavio. Op cit, p. 414
[71] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 10
[72] NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 89
[73] AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 6a edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 345
[74] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 13

principalmente, no objetivo de impedir novas atrocidades, como as cometidas pelos experimentos nazistas.

O vínculo vertical existente anteriormente entre médico e paciente passou a dar lugar a um liame horizontal, em que o indivíduo passou a ter direito de autodeterminação do próprio corpo que, junto com o constante crescimento da Medicina, pode contar cada vez mais com o seu consentimento nas intervenções médicas[75].

Neste novo cenário, o termo paciente passou a ser obsoleto, na visão de Roberto Dias, ao passo que a palavra "remete não só ao indivíduo enfermo, mas também à pessoa conformada, que aguarda com tranquilidade as ordens de seu superior. E o paciente de hoje, ciente de seus direitos, não é propriamente uma pessoa que deva esperar passivamente as determinações médicas, sem participar das decisões sobre sua saúde e, em última análise, sobre sua vida e sua morte"[76].

Tudo isso levou a influenciar o ordenamento jurídico brasileiro a considerar a relação médico-paciente como consumerista, conforme se denota do artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor ("CDC"), passando a ser regida pelo direito a informação (artigo 6º, III, CDC).

No mesmo sentido, o Código de Ética Médica n. 2.217 de 27 de setembro de 2018, em seu artigo 34, também veda a possibilidade do médico "Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal".

Cumpre esclarecer que a informação só deixará de ser prestada se não houver tempo hábil de prestá-la e receber dele sua recusa ou aprovação, sob risco iminente de morte, visto que, o médico tem o dever legal de utilizar-se de todos os meios para salvar a vida de seu paciente[77].

Inclusive, faz parte da noção de cidadania e dignidade o direito do paciente ser informado sobre as questões relativas à sua saúde e só com ela é possível falar em um direito geral de liberdade relativa à sua própria vida – e até sua morte.

[75] DIAS, Roberto. Op cit, p. 139
[76] PIOVENSAN, Flavia e DIAS, Roberto. In: GODINHO, Adriano, op cit, p. 73.
[77] MATOS, Gilson Ely Chaves de. Aspetos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica. Revista Bioética, Brasília, v. 1, n. 2, 2007, p. 200. In: DADALTO, Luciana. Op cit, p. 22

Isso porque, autorizar que o médico imponha um tratamento em seu paciente sem obter sua prévia autorização, sob o argumento de que está atuando de acordo com os ditames bioéticos da beneficência é um grande equívoco, ao passo que esta deve levar em consideração a vontade expressa do paciente e não pode ser imposta pelo médico com base em sua própria noção de benefício[78].

Assim, entende-se que o consentimento livre e esclarecido é elemento central na relação, sendo resultado de um processo dialógico e colaborativo, que visa atender às necessidades e aos princípios do paciente, não possuindo o objetivo de restringir a atuação do médico, ao passo que ele será responsável pelo tratamento escolhido[79].

Cumpre ressaltar, ademais, que a autonomia do paciente permite também que o mesmo renuncie as informações a serem prestadas pelo Médico, acerca dos diagnósticos e procedimentos, se ele assim preferir. Dessa forma, ele não possui só o direito de ser informado, mas também pode optar por não ser informado sobre seu quadro de saúde[80].

Um ponto que gera ampla discussão no ambiente jurídico é sobre a capacidade para consentir do paciente, ou seja, se ele possui discernimento para aceitar um determinado tratamento e se para isso ele precisa ser civilmente capaz.

No que tange aos menores de 18 anos, o artigo 31 do Código de Ética Médica veda ao médico o desrespeito sobre o "direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso iminente de morte". Contudo, o problema surge no caso em que a equipe médica e o responsável legal do menor chegam a conclusões diversas em relação ao melhor tratamento a se aplicar no caso, levando em consideração o melhor interesse do paciente[81].

Nesse caso há de ser apreciada não a capacidade do paciente, mas sim sua competência, entendida como a pessoa que "tenha aptidão para desenvolver certa função e possa avaliar, livre de coerção, as consequências relevantes de sua decisão para sua saúde"[82].

Nesse sentido, destaca-se o disposto no artigo 74 do Código de Ética Médica, que proíbe ao médico revelar "sigilo profissional relacionado ao paciente menor de

[78] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 22
[79] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 20
[80] DIAS, Roberto. Op cit, p. 178
[81] DIAS, Roberto. Op cit, p. 182
[82] SZTAJN. Autonomia privada e o direito de morrer: eutanásia e suicídio assitido. P. 28-29

idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente".

Cláudio Leone ensina que, nessas situações "não há uma única resposta ou solução mágica, perfeita, para a questão da autonomia da criança e do adolescente." Portanto, sugere ele que todos os envolvidos no problema, e, principalmente o menor, construam uma verdade para a situação[83].

Ademais, no que tange ao consentimento informado do paciente menor de 18 anos, Roberto Dias nos ensina que "deve-se levar em consideração não só a participação dos pais ou responsáveis, dos médicos e profissionais da saúde na verificação dos interesses da criança ou do adolescente doente, mas, principalmente, caso a caso e dentro do possível, a própria manifestação do paciente acerca do diagnóstico, do tratamento e da prognose"[84]. Completa afirmando a possibilidade de acionamento do poder judiciário quando estiver frente à situação de divergência entre a equipe médica e o responsável legal do menor.

A autonomia está intimamente ligada a dignidade da pessoa humana, a disponibilidade da própria vida, ao direito à integridade física e moral, em que a pessoa está autorizada a se recusar a se submeter a tratamentos se entender que o mesmo viola sua dignidade, seu corpo, sua honra e sua imagem (de si mesma). Muitas vezes, contudo, ele pode ser mais deprimente que a própria morte. Imaginemos um professor que perde as cordas vocais, ou mesmo um pianista que tem suas mãos amputadas, ou até uma testemunha de Jeová que é obrigado a fazer uma transfusão de sangue[85].

Frederico Augusto D`Avila Riani, ao ressaltar que a Constituição protege a vida digna, afirma que "não se pode conceber que o Estado imponha uma situação de angústia e infelicidade ao indivíduo, obrigando-o a violar suas convicções mais íntimas"[86].

Tais entendimentos devem ser adotados com base nas disposições constitucionais de direito à vida (artigo 5o, caput), que vedam tratamentos desumanos

[83] LEONE, Cláudio. A criança, o adolescente e a autonomia. Bioética, Brasília, v. 6, n. 1, 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v6.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.
[84] DIAS, Roberto. Op. Cit., p. 186
[85] DIAS, Roberto. Op cit, p. 180
[86] RIANI, Frederico Augusto D`Avila. O direito à vida e negativa de transfusão de sangue baseada na liberdade de crença. Revista do Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul – IMES, São Caetano do Sul, p. 8-18, 2000.

e degradantes (artigo 5o, III), na medida em que asseguram a livre manifestação de pensamento, de consciência e de crença (artigo 5o, IV e VI).

4.2. Direito de morrer

Segundo o dicionário Houaiss, a morte é a cessação definitiva da vida[87]. Morte é o antônimo de vida. Sem vida não há morte. E com a vida só há uma certeza, a morte chegará. Para muitos, principalmente os ocidentais, a morte é um tabu, algo medonho, um assunto evitado, um evento artificial, inesperado e injusto[88].

Ciência e religião se completam, para que o ser humano, atormentado com a ideia de sua morte, possa conferir a maior qualidade de vida ao período que aqui lhe é reservado[89].

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de reger algumas situações ligadas a morte[90], não a trata como um direito. Ora, o direito à vida possui status constitucional, conforme já analisado, mas o direito à morte, que é algo que todos têm certeza que acontecerá, não existe. Pelo contrário, o tema é abordado como algo a ser evitado.

Importa mencionar que o objetivo do estudo do direito à morte digna não é apoiar a legalização da eutanásia em suas várias formas, muito menos normatizar o suicídio assistido, mas apenas analisar a autonomia do paciente na escolha de sua morte, quando estiver frente às situações de doenças terminais[91].

Nesse sentido, em um Estado laico, uma pessoa que segue determinada religião que veda a prática da eutanásia, por exemplo, não estaria obrigada a praticá-la, possuindo o direito de vedar, para si, essa conduta. Contudo, visto que o Estado laico deve garantir e preservar a diversidade, não deve se aceitar, da mesma forma,

[87] HOUAISS, Antonio, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 1964
[88] NALINI, José Renato. Pronto para partir? Reflexões Jurídico-Filosóficas sobre a morte. 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 15
[89] NALINI, José Renato. Pronto para partir? Reflexões Jurídico-Filosóficas sobre a morte. 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 16
[90] Como, por exemplo, a preocupação com o cadáver, o qual lhe é conferido respeito; a produção de efeitos patrimoniais com a morte, motivo pelo qual o Código Civil destinou um livro especialmente para os Direitos das Sucessões.
[91] MELO, Nohemias Domingos de. O direito de morrer com dignidade. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Mateleto; LEITE, George Salomão. Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna, Rio de Janeiro, Almedina, 2017, p 98

a imposição a outros de uma vedação de dispor de sua própria vida por se acreditar que ela é um dom divino[92].

Por outro lado, também, defender a morte digna e, consequentemente a escolha do momento da morte, há de se levar em consideração que medicina pode apresentar, por vezes, erros de diagnósticos, os quais acabariam por dizer a um paciente em estado terminal que este não teria mais chances de recuperação, e acabaria optando pela morte, quando, na realidade, este ainda teria chances de se recuperar e viver mais alguns anos[93].

Não há dúvidas que o objetivo do Estado Democrático de Direito é evitar o desrespeito a vida e uma morte arbitrária[94]. Contudo, cumpre-nos saber se o choque do direito à vida com as garantias constitucionais da liberdade e dignidade da pessoa humana faz surgir um novo direito não contemplado explicitamente na Constituição: o direito à morte digna.

Conforme já visto, a irrenunciabilidade do direito à vida gera diversas controvérsias na doutrina, sobremaneira considerando a posição pessoal de cada um no tocante à religião. Ora, falar da morte sem falar de religião parece algo muito difícil, dado que ela existe para acalmar os indivíduos no tocante aos pensamentos mórbidos da morte. Contudo, ela não é tratada da mesma forma em todas as religiões, motivo pelo qual cada um terá o seu pensamento acerca do prolongamento/ou não prolongamento da vida em estados terminais[95].

Para Carlos Alberto Bittar, por exemplo, “tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito [direito à vida], visto que se não pode ceifar a vida humana, por si ou por outrem, mesmo sob consentimento”, dado que para ele, o homem vive para cumprir uma missão na sociedade e não deve escolher sua morte[96].

Já para Dworkin “levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”[97].

[92] DIAS, Roberto. Op cit, p. 169
[93] DIAS, Roberto. Op cit, p. 171
[94] DADALTO, Luciana. Op cit, p. 30
[95] NALINI, José Renato. Pronto para partir? Reflexões Jurídico-Filosóficas sobre a morte. 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 109
[96] BITTAR, Carlos Alberto. Op cit, p. 120
[97] DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais, p. 307

A atual análise sobre um direito à morte digna, perpassa sobre uma colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade, segundo o qual o intérprete do direito deve se ater às condições sob as quais um precede ao outro, levando em consideração a proporcionalidade e as peculiaridades da Constituição Federal[98].

Nas palavras de Robert Alexy "como resultado de toda ponderação jusfundamental correta, pode-se formular uma norma de direito fundamental adstrita com caráter de regra, sob a qual pode ser subsumido o caso"[99].

Nesse sentido, quando da colisão dos princípios, além de cada um abrir espaço ao outro para possibilitar a vivência harmônica entre eles, em determinados casos concretos deverá existir a confirmação de um dos direitos, por meio de uma regra, que será aplicada na hipótese, como se verifica na colisão entre o direito de liberdade de expressão e o direito à honra. Nesse caso, serão analisadas as condições sob as quais um deve prevalecer sobre o outro[100], conforme já demonstrado.

Mas, em outras circunstâncias, surgirão direitos correspondentes, nascendo um novo direito fundamental, veiculado por uma regra subsumível ao caso concreto. Essa colisão é uma fonte do Direito e nasce por expressa autorização do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal[101] e podem ser tratados como direitos subjetivos, ao passo que seu titular tem a faculdade de exigir da pessoa obrigada o seu cumprimento, mediante processo judicial[102].

Pode-se dizer que a eventual existência do Direito à Morte Digna se enquadra nesse aspecto, surgindo da colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade, possuindo como base a concepção de dignidade da pessoa titular desse direito[103].

Para afirmar que tal direito existe em nosso ordenamento, o Estado e os particulares devem reconhecer como legítimas as escolhas feitas por alguém, desde que estas não causem dano perceptível a outra pessoa além de si mesma, levando

[98] DIAS, Roberto. Op cit, p. 25
[99] ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentals, p. 98. Ana Paula de Barcellos, analisando a obra de Alexy, afirma que a ponderação "transforma o princípio, para aquele caso, em uma regra, biunívoca e diretamente aplicável" (A eficácia juridical dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 121)
[100] DIAS, Roberto. Op cit, p. 33
[101] "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: § 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."
[102] DIAS, Roberto. Op cit, p. 34
[103] DIAS, Roberto. Op cit, p. 210

em conta o bem superior da liberdade humana, da autonomia e da liberdade. Pois, afinal, a dignidade da pessoa humana não deve ser interpretada de forma genérica, visto que para uns, prolongar a vida por meios artificias é uma beneficie da medicina, ao passo que para outros é um grande pesadelo.

Ademais, muitos defendem que a decisão de como se deseja morrer não deve ter interferência do Estado, visto que tal ato significaria um "paternalismo injustificado"[104], devendo os princípios bioéticos da beneficência ou da não-maleficência levar em conta apenas a vontade da pessoa, e não a do Estado. Isso porque, seria inadmissível cada individuo sacrificar a sua dignidade em benefício da comunidade ou do grupo em que vive.

Mais ainda, cabe ao Estado agir e punir mortes arbitrárias, bem como reduzir os riscos de doenças, contudo, não cabe a ele o dever de preservar a vida de certa pessoa, cujo bem-estar estaria "em poder morrer com dignidade"[105].

Nas palavras de Jorge Reis Novais "o Estado paternalista se arroga a pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio", deixando de conhecer os direitos decorrentes da cidadania, da liberdade e da dignidade[106].

Albert Calsamiglia, no mesmo sentido, afirma que a decisão de como o indivíduo deseja morrer "não é uma questão que interesse ao Estado", dado que a "intervenção estatal neste assunto supõe um paternalismo injustificado. Não deixar as pessoas escolherem é um erro e tal equivoco existe porque ha uma confusão acerca do significado de dano"[107].

Ademais, "se a morte é parte da vida e o direito à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, temos como corolário que o direito à vida digna não se resume ao nascer, ao manter-se vivo ou mesmo lutar pela continuação da vida, pois tal direito vai muito além, devendo-se inclusive respeitar a dignidade do direito de morrer"[108]. Uma vida digna requer uma morte digna.

Para o biodireito, por sua vez, uma morte digna seria "ter permissão para morrer com seu caráter, com sua personalidade, com seu estilo"[109].

---

[104] CALSAMIGLIA, Albert. *Sobre la eutanasia*, p. 164-166.
[105] DWORKIN. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Martins Fontes, 2006, P. 221
[106] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria, p.235.
[107] CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la eutanasia. In: DIAS, Roberto. Op cit. p. 140.
[108] GODINHO, Adriano. Op. Cit. p. 88
[109] KUBLER-ROSS, Elizabeth. Sobre a morte e o morrer. São Paulo: Martins Fontes, 1991. Apud DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6a Ed. São Paulo, Saraiva, 2009,p. 395

Nesses entendimentos, não prevalecem as razões para o Estados intervir de maneira tão drástica na liberdade e na dignidade do ser humano, de forma a proteger o direito à vida, quando para ele esta não faz mais sentido. Para Roberto Dias “adotar uma visão paternalista e, além disso, tratar do assunto no âmbito do direito penal, nada mais faz do que empurrar a prática da eutanásia para a clandestinidade e, assim, deixar fora de controle eventuais abusos cometidos em nome da preservação de uma vida ou de uma morte digna”[110].

[110] DIAS, Roberto. Op cit, p. 142.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, 8 Ed, São Paulo, Saraiva, 2015.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. Edita Foco, São Paulo, 2018.

DIAS, Roberto. O Direito Fundamental à Morte Digna: Uma Visão Constitucional da Eutanásia. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012.

GODINHO, Adriano Marteleto. Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna. Editora Almedina Brasil, São Paulo, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito. Editora Atlas S.A., São Paulo, 2010.

NAMBA, Edison Tetsuzo. Manual de Bioética e Biodireito. Editora Atlas S.A., São Paulo, 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 1: Lei de Introdução da Parte Geral, 13 Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2017.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

UMA ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA SOB A PERSPECTIVA DE DURKHEIM

AN ANALYSIS OF THE MARIA DA PENHA LAW FROM DURKHEIM'S PERSPECTIVE

Janaine Nardotto[1]

Resumo: O presente trabalho consiste em uma análise do contexto social da publicação da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, no Brasil, à luz da perspectiva sociológica da pena de Émile Durkheim. Inicialmente, apresenta-se a evolução do tema da violência doméstica contra as mulheres no contexto global, que angariou espaço e importância no debate internacional até vir a ser reconhecido como um fenômeno criminal global de notável relevância que leva à violação dos direitos humanos, no qual se insere o contexto histórico específico que levou à publicação da Lei Maria da Penha no Brasil. Em seguida, são expostos os conceitos principais do autor sob estudo, com enfoque na teoria sociológica da pena; e, ao final, a discussão e a análise crítica da legislação à luz da teoria durkheimiana. Por meio deste estudo, sob a perspectiva da teoria sociológica da pena, discute-se o advento da referida legislação como resultado de uma reação emocional da consciência coletiva, que passou a perceber a violência doméstica contra as mulheres – que sempre existiu, mas àquela altura era relegada dos debates públicos – como ato criminoso merecedor de tutela judicial e penalização, como consequência desse movimento global que levou ao surgimento de normas penais específicas acerca do tema e, por essência, em decorrência do reconhecimento coletivo de que tais condutas delituosas culminam no abalo dos valores da sociedade. À luz da teoria de Durkheim, o presente artigo buscou demonstrar a caracterização do ato criminoso com maior intensidade nos sentimentos coletivos da sociedade brasileira, a partir da consideração da violência doméstica contra as mulheres no contexto da globalização, bem como a reação social da coletividade com relação a referidos atos criminosos, que passaram a exigir maior reforço penal e culminaram na Lei nº 11.340/2006.

Palavras-Chave: violência doméstica; Lei Maria da Penha; Durkheim.

Abstract: The present study entails an analysis of the social context surrounding the enactment of Law No. 11.340/2006, commonly known as the Maria da Penha Law, in Brazil, from the perspective of Émile Durkheim's sociological theory of punishment. Initially, it delineates the evolution of the theme of domestic violence against women in the global context, which gained prominence and significance in international discourse until being recognized as a globally significant criminal phenomenon leading to human rights violations. This includes the specific historical context that led to the enactment of the Maria da Penha Law in Brazil. Subsequently, the primary concepts of the author under examination are elucidated, focusing on the sociological theory of punishment; concluding with a discussion and critical analysis of the legislation in light of Durkheimian theory. Through this study, from the vantage point of sociological theory of punishment, the advent of said legislation is deliberated as a consequence of an emotional reaction of the collective consciousness, which began to perceive

[1] Mestra em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto em Portugal. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina e em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Servidora Pública e Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça de São Paulo. janaine.nardotto@gmail.com.

domestic violence against women - an issue that has always existed but was previously marginalized from public discourse - as a criminal act deserving judicial protection and penalization. This was instigated by a global movement that led to the emergence of specific criminal norms on the subject, essentially stemming from the collective acknowledgment that such delinquent behaviors undermine societal values. In the light of Durkheim's theory, this article sought to demonstrate the heightened characterization of criminal acts in the collective sentiments of Brazilian society, considering domestic violence against women within the context of globalization, as well as the societal response to such criminal acts, demanding greater penal reinforcement and resulting in the enactment of Law No. 11.340/2006.

Keywords: domestic violence; Maria da Penha Law; Durkheim.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é fazer uma análise do contexto social da publicação da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, no Brasil, à luz da perspectiva sociológica da pena de Émile Durkheim. Para a abordagem do presente estudo, será feita, primeiramente, uma breve apresentação da relevância do tema no contexto global e do contexto histórico específico que levou à publicação da lei sob estudo; em seguida, apresentação dos conceitos principais do autor; para então analisar criticamente a legislação à luz da teoria sociológica da pena.

A Lei Maria da Penha, publicada em 07 de agosto de 2006 no Brasil, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, o que não existia até aquele momento no país, decorre de um movimento global de notável importância aos direitos das mulheres e mais especificamente de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, corroborado por meio de tratados internacionais acerca do tema, que passaram a definir estratégias de intervenção, medidas de proteção e políticas de combate de proteção às mulheres vítimas de violência intrafamiliar. A partir da análise do assunto sob a perspectiva internacional, com a abordagem da relevância que o tema passou a adquirir ao se tornar objeto de tratados internacionais de direitos humanos, pretende-se demonstrar como a violência doméstica contra as mulheres passou a se tornar um fenômeno criminal dotado de relevância global e como a globalização de tal crime e das consequentes políticas de combate, prevenção e erradicação de seus atos criminosos repercutiram no Estado Brasileiro, resultando na Lei Maria da Penha.

Sob a perspectiva sociológica da pena de Durkheim, pretende-se analisar o advento da legislação como resultado de uma reação emocional da consciência coletiva, que passou a perceber a violência doméstica contra as mulheres como ato

criminoso merecedor de tutela judicial e penalização, com o surgimento de normas penais específicas acerca do tema, a fim de resguardar o abalo da moral social. Em meio às diversas considerações teóricas de Durkheim, o enfoque do presente trabalho será a teoria sociológica da pena como reação emocional da sociedade aos atos criminosos. À luz da teoria durkheimiana, pretende-se demonstrar a caracterização do ato criminoso com maior intensidade nos sentimentos coletivos da sociedade brasileira, a partir da consideração da violência doméstica contra as mulheres no contexto da globalização, bem como a reação social da coletividade com relação a referidos atos criminosos, que passaram a exigir maior reforço penal e culminaram na Lei nº 11.340/2006.

2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER SOB ENFOQUE GLOBAL

Com a evolução das sociedades contemporâneas, os ideais de igualdade e liberdade entre os cidadãos passaram a permear os debates internacionais e começaram a colocar em pauta a participação da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, como meio de desenvolvimento pleno e completo de um país.

A relevância do tema passa a englobar os debates internacionais a partir do reconhecimento de que as mulheres, que ocuparam, ao longo do tempo, papeis de subordinação com relação ao homem e posições desiguais econômica e politicamente perante a sociedade essencialmente patriarcal, relegados à maternidade e aos cuidados da família, passavam a ser reconhecidas como sujeitos de direito à participação social e política igualitária, com igualdade de oportunidades e benefícios.

Importante destacar a importância do movimento feminista, sobretudo a partir dos anos setenta, para trazer ao debate científico a mulher como ser político, social e objeto de estudo criminológico, sobretudo chamando a atenção para a enorme incidência de casos de violência contra as mulheres no seio familiar. Nas palavras de Bell Hooks (1952): “o movimento feminista contemporâneo chamou a atenção, com sucesso, para a necessidade de acabar com a violência dos homens contra as mulheres” (p.92). Segundo Campos e Carvalho (2011), ao trazer a perspectiva das mulheres para o centro dos estudos criminológicos, a criminologia feminista colocou a mulher sob enfoque nos estudos científicos criminais, sob dois aspectos centrais: de um lado, no tocante à mulher como vítima, para preencher as até então inviabilizadas violências de gênero, sobretudo no ambiente doméstico; de outro lado,

com relação à mulher como sujeito ativo do delito. Mais adiante, diversos estudos criminológicos com foco em mulheres como vítimas começaram a surgir – dentre os pioneiros, Dobash e Dobash (1979) – cuja importância, sob a perspectiva da criminologia feminista, foi de que se tornasse pública a até então oculta e privatizada violência contra as mulheres (Morris & Gelsthorpe, 1991).

Em meio a esse movimento global, no ano de 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Organização das Nações Unidas [ONU], 1979), com o objetivo de adotar medidas necessárias entre os Estados-partes a fim de suprimir a discriminação da mulher em todas as formas e nos diversos contextos, sobretudo social e familiar. No preâmbulo de motivação, reconhece-se a grande contribuição da mulher ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade, o que até o momento não era plenamente reconhecido, além de dar ênfase à importância social da maternidade e à função dos pais na família e na educação dos filhos, os quais devem estar conscientes de que o papel da mulher na maternidade, mais especificamente em gerar os filhos, não deve ser causa de discriminação. Pelo contrário, a exposição de motivos do documento salienta que a educação dos filhos exige a responsabilidade compartilhada entre homens e mulheres e a sociedade como um todo, reconhecendo, portanto, que, para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher, é necessário modificar os papeis tradicionalmente ocupados por homens e mulheres na sociedade e na família (ONU, 1979).

A partir dos esforços que começaram a ser empreendidos em âmbito internacional para o combate à discriminação das mulheres, os debates passaram a focar na violência contra as mulheres, em constante crescimento nas sociedades contemporâneas, passando-se a adotar um conjunto de medidas para combatê-la.

Nesse contexto, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (ONU, 1993), proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução nº 48/104, de 20 de dezembro de 1993, engloba ao tema a importância de se discutir a violência contra as mulheres, como fator decorrente da histórica condição peculiar dada às mulheres nas sociedades, bem como a importância do tema e da política de combate à violência para afastar a violação aos direitos e liberdades fundamentais das mulheres. Dentre as motivações, destaca-se o reconhecimento de que a violência contra as mulheres constitui uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram ao domínio e à

discriminação das mulheres e impediram-nas do progresso pleno, bem como de que a violência contra as mulheres constitui um dos mecanismos sociais fundamentais através dos quais as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens (ONU, 1993).

Com a internacionalização das normativas acerca do tema pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a violência doméstica contra a mulher, mais especificamente, passou a adquirir relevância global e ser objeto de discussão criminológica, sociológica e jurídica, exigindo dos ordenamentos jurídicos locais que fosse objeto de tutela específica, com a criação de medidas de proteção destinadas à coibição e prevenção de crimes, salvaguardando a vítima de possíveis atos delinquentes subsequentes. Nesse contexto, Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, "Convenção de Istambul" (Conselho da Europa [COE], 2011), assinada no âmbito do Conselho da Europa em 11 de maio de 2011, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará" (Organização dos Estados Americanos [OEA], 1994), adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 9 de junho de 1994, trouxeram conceptualizações relevantes, previram medidas de combate e de prevenção e ditaram normativas a serem adotas pelos Estados-membros acerca do tema.

Reconhecendo a importância do tema, a Convenção de Istambul (COE, 2011), em sua motivação, reconhece que a violência contra as mulheres, baseada no gênero, é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais existentes entre homens e mulheres, que levou as mulheres à dominação e discriminação pelos homens, privando-as, assim, de seu pleno progresso. Mais ainda, o normativo salienta que a natureza estrutural da violência contra as mulheres é baseada no gênero e que a violência contra as mulheres é um dos "mecanismos sociais cruciais através dos quais as mulheres são mantidas numa posição de subordinação em relação aos homens" (COE, 2011).

Da mesma forma, a Convenção de Belém do Pará (OEA, 1994), em suas motivações, expõe a preocupação com a violência contra as mulheres, ressaltando o fenômeno como uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, afirmando ainda que "a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena igualitária participação em todas as

esferas da vida" (OEA, 1994). Segundo Flávia Piovesan (2014), a Convenção de Belém do Pará é o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, com mais ênfase, que a violência contra as mulheres é um fenômeno generalizado, isto é, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres.

Como se vê, foram editados importantes documentos internacionais reconhecendo o papel fundamental das mulheres nas sociedades contemporâneas, até então relegados das normativas jurídicas, e dando especial enfoque à necessidade de combater a violência contra as mulheres, principalmente a de natureza doméstica, trazendo o tema à relevância do debate internacional.

Muito mais que isso, conforme leciona Flávia Piovesan (2014), os documentos internacionais implementaram e reforçaram formalmente os direitos humanos das mulheres, reconhecendo, mais especificamente no tocante à violência contra a mulher, que tal violência, ocorrida no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais. Portanto, passa-se a caracterizar a violência doméstica contra a mulher como um fenômeno criminal global.

3. O CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI Nº 11.343/2006 (LEI MARIA DA PENHA)

A Lei nº 11.343/2006, nominada "Lei Maria da Penha" (República Federativa do Brasil [Brasil], 2006), decorre principalmente das diretrizes e medidas acordadas entre os Estados-partes latino-americanos da Organização dos Estados Americanos na Convenção de Belém do Pará, a partir do contexto internacional que vinha reconhecendo a relevância do tema da violência doméstica contra a mulher.

Aliado ao citado tratado internacional, a legislação foi também resultado da condenação do Estado Brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, no ano de 2001, por negligência e omissão em relação à violência doméstica sofrida por Maria da Penha, cidadã brasileira vítima de duas tentativas de homicídio perpetradas por seu marido em 1983, o qual estava há quinze anos sem punição mesmo após decisão condenatória do Tribunal do Júri (Piovesan, 2014).

Mais do que simples consequência de um instrumento normativo internacional, a lei sob enfoque é propriamente "resultado de uma bem-sucedida ação de advocacy feminista voltada para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as

mulheres e para a compreensão de que as mulheres têm o direito a uma vida sem violência" (Barsted, 2011, p.15). Para além da ação nacional de movimentos feministas exigindo imediatas reformas jurídicas para adequado enfrentamento da violência contra as mulheres, a ação de advocacia feminista internacional, que levou à condenação do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e foi decorrente de petição conjunta encaminhada pelas entidades CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), ganhou especial repercussão nacional e importância diplomática. Na condenação, o Estado Brasileiro foi condenado pela omissão, tolerância e impunidade nos casos de violência contra as mulheres, bem como condenado a julgar e punir o agressor de Maria da Penha pelo crime cometido e a elaborar lei específica sobre violência doméstica contra as mulheres, em conformidade às diretrizes da Convenção de Belém do Pará (Barsted, 2011).

A partir do contexto histórico que resultou na aprovação legislativa da Lei nº 11.340/2006, é possível perceber a importância do diálogo constante e adequado entre os movimentos da sociedade civil e as esferas políticas de governo, a fim de se alcançar a mudança positiva desejada, por meio de leis e políticas públicas. No caso concreto, a articulação do movimento feminista a nível nacional trouxe a relevância do tema da violência doméstica contra a mulher para o debate político e resultou em medidas legislativas eficazes para concretizar as políticas de prevenção e combate da criminalidade em questão, com especial atenção às vítimas e à proteção da família e do ambiente doméstico (Barsted, 2011).

Com efeito, o texto contido na Exposição de Motivos nº 016 de 16 de novembro de 2004 (Brasil, 2004), que antecedeu à lei, além de mencionar expressamente os tratados internacionais e a condenação internacional do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, também dá ênfase aos elevados números de violência contra a mulher e à necessidade de o Estado adotar políticas públicas de prevenção e combate especializadas às peculiaridades da violência contra a mulher, sobretudo no âmbito doméstico e familiar. Nesse sentido, no texto contido na citada normativa, reforça-se a necessidade de "criar uma legislação que coíba a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista tanto na Constituição como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, é reforçada pelos dados que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira" (Brasil, 2004).

Cumpre destacar que o processo de criação e aprovação da Lei Maria da Penha, especialmente voltada ao combate e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, foi longo e decorreu das diversas manifestações e debates feministas nos ambientes políticos, que foram resultando, aos poucos, em mudanças legislativas pontuais para a proteção dos direitos das mulheres. Àquela altura, o contexto brasileiro ainda era permeado juridicamente por casos de absolvição de homens que vitimaram suas companheiras sob refúgio da dita "legítima defesa da honra", encarando-se atos de violência contra as mulheres por seus maridos como naturais ou justificáveis. Mesmo com os avanços legislativos que vinham progredindo no Brasil, somente no ano de 2006, com a publicação da Lei Maria da Penha, conquistou-se a almejada força para amenizar o sofrimento de mulheres vítimas de violência doméstica (Calazans & Cortes, 2011).

Segundo Calazans & Cortes (2011), mesmo com algumas conquistas notáveis do movimento feminista no Brasil àquela altura, os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher ainda permaneciam sem proteção legal específica: "era como se estes crimes, praticados no reduto do lar – sempre segredo de família –, fossem para ser guardados a quatro chaves, sem interferências do Estado ou da sociedade" (p.40). Apesar de todas as dificuldades e resistências que passaram a surgir logo após sua publicação para sua aplicação na íntegra, o processo de elaboração, tramitação e aprovação da Lei Maria da Penha apresenta um caráter bastante participativo e democrático, com articulação dos movimentos feministas e da sociedade civil organizada, e representa uma importante conquista dos direitos das mulheres no Brasil (Calazans & Cortes, 2011).

Portanto, considerando a breve alusão ao contexto histórico em que está inserido o advento da Lei Maria da Penha, é possível contextualizar-se na ênfase que a violência doméstica contra a mulher àquela altura detinha em âmbito internacional e a repercussão de tal relevância temática no Estado Brasileiro. Aqui, destaca-se que a violência doméstica contra a mulher é um fenômeno criminal globalizado e, aos poucos, galgou importância no debate mundial político, criminológico, sociológico e jurídico, vindo a integrar as diretrizes dos tratados internacionais dos direitos humanos e passando a repercutir na sociedade, que passou a exigir das autoridades competentes especial atenção para erradicar, prevenir e combater a violência contra as mulheres, assim como ocorreu no Brasil.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

4. A TEORIA SOCIOLÓGICA DA PENA EM DURKHEIM

Ao final do século XIX, com os ideais resultantes da Revolução Francesa e no período pós-industrialização, Émile Durkheim inaugurou o pensamento sociológico moderno, trazendo para o debate entre sociólogos e criminólogos a "sociologia de matriz funcionalista" (Viana, 2018, p.226).

Em suas obras "Da divisão do trabalho social" de 1893 e "As regras do método sociológico" de 1895, com enfoque macrossociológico, o autor desenvolve a teoria da anomia e traz dois conceitos elementares para sua explicação: solidariedade social e consciência coletiva (Viana, 2018).

A consciência coletiva consiste no "conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade" (Durkheim, 1999, p.50), que formam um sistema difuso de representações coletivas comuns em toda a sociedade, o qual tem vida própria e é independente das condições particulares de cada indivíduo, vez que as transcendem. Para o autor, no entanto, o nível de coesão dessa consciência coletiva varia em maior ou menor extensão, de acordo com o tipo de sociedade, as quais podem ser divididas em sociedades arcaicas ou primitivas e contemporâneas ou diferenciadas (Durkheim, 1999).

Com efeito, as sociedades arcaicas apresentam maior solidariedade entre seus membros, denominada por Durkheim de solidariedade mecânica, na qual a consciência coletiva da sociedade abrange a maior parte das consciências individuais de seus membros, gerando maior coerência e coesão social (Shecaira, 2020). Para Durkheim (1999), nas sociedades arcaicas, os homens diferem pouco uns dos outros, porque, quanto mais primitivas as sociedades, mais há semelhanças entre os homens que as formam. Nesse tocante, seus membros se assemelham porque compartilham dos mesmos sentimentos e valores e reconhecem os mesmos objetos como sagrados, dispondo de semelhantes representações coletivas (Shecaira, 2020).

Já nas sociedades contemporâneas, as características sociais demonstram o que o autor define como solidariedade orgânica, a qual decorre, principalmente, da divisão do trabalho, isto é, da diferenciação e da multiplicação das atividades laborais e industriais entre seus membros (Durkheim, 1999). Nas sociedades contemporâneas, os indivíduos têm maior liberdade de crer, querer e agir, conforme suas preferências individuais, o que diminuiria a coesão social e a partilha de interesses coletivos comuns. Trata-se, assim, de uma sociedade baseada no individualismo e em laços de dependência e de troca, os quais são criados devido à existência de uma complexa

diferenciação entre as funções econômicas, políticas e culturais especializadas de cada um de seus componentes (Shecaira, 2020).

Para Durkheim (1999), “enquanto a precedente implica que os indivíduos se assemelham, esta supõe que eles diferem uns dos outros” (p.108). Em outras palavras, enquanto nas sociedades primitivas, as características individuais são absorvidas pelo coletivo e não se sobressaem, nas sociedades contemporâneas, a personalidade individual é pressuposto de sua forma de organização. Por outro lado, conforme afirma Durkheim (1999), em suas disposições teóricas, isso não quer dizer que não exista consciência coletiva nas sociedades contemporâneas, mas que tal consciência “consiste cada vez mais em maneiras de pensar e de sentir muito gerais e indeterminadas, que deixam o espaço livre para uma multidão crescente de dissidências individuais” (p.155). Portanto, ainda que apresentem diferentes características e intensidades, a consciência coletiva está presente, em maior ou menor grau, em ambas as sociedades.

Por outro lado, o enfraquecimento da consciência coletiva pode levar ao estado de anomia social. Para Durkheim, a anomia é compreendida como ausência ou desintegração das normas sociais e verifica-se quando os mecanismos institucionais reguladores do bom gerenciamento não estiverem cumprindo seu papel funcional em uma sociedade (Shecaira, 2020). Mais adiante, em sua análise sobre o crime, ao contrário do que vinha fazendo a escola positivista italiana àquela altura, Durkheim não o faz a partir das causas dos comportamentos delinquentes. Pelo contrário, afasta-se da compreensão do crime como fator social-patológico e do determinismo biológico, passando a compreendê-lo a partir da função do crime na sociedade e das circunstâncias de desenvolvimento social que influenciam a criminalidade (Viana, 2018).

O crime, para o autor, é um fenômeno normal de qualquer estrutura social. Segundo Durkheim (2004), “o crime é normal porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível” (p.97). A importância da teoria de Durkheim na análise do crime decorre principalmente da compreensão do crime como um fenômeno social cultural, que decorre das próprias estruturas sociais (Viana, 2018). O autor discorre que o crime consiste em um ato que ofende determinados sentimentos coletivos, os quais possuem particulares energia e nitidez, de modo que “um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva” (Durkheim, 1999, p.51). Sendo assim, o ato é considerado criminoso pela sociedade apenas quando

fere os sentimentos coletivos com maior intensidade, de modo a singularizar os sentimentos coletivos a que corresponde o crime dos demais por alguma propriedade distintiva: “eles não são apenas gravados em todas as consciências: são fortemente gravados” (Durkheim, 1999, p.47).

Ademais, ainda afirma que, para que em determinada sociedade não mais existissem atos considerados criminosos, seria necessário que os sentimentos coletivos se encontrassem, sem exceção, em todas as consciências individuais de seus membros e com a força necessária para conter os sentimentos criminosos, o que, por óbvio, é impossível (Durkheim, 2004). Isso porque, em sua análise sobre o crime, Durkheim considera que o delito “não possui uma realidade ôntica ou operacional, mas sim uma realidade construída e modificável” (Viana, 2018, p.231). Aliás, o autor propriamente define o crime a partir da sua reação social e em função da pena que lhe é aplicada. Em suas palavras (Durkheim, 1999, p.52):

> Não se deve dizer que um ato ofenda a consciência comum por ser criminoso, mas que é criminoso porque ofende a consciência comum. Não o reprovamos por ser um crime, mas é um crime porque o reprovamos.

Para Durkheim, portanto, o crime é normal e apresenta-se como um fator necessário e útil para o desenvolvimento de uma sociedade. Com efeito, além de normal, o crime é útil e necessário, porque reveste-se de funcionalidade, com aspectos favoráveis à mudança social (Shecaira, 2020).

Nas palavras de Durkheim (2004, p.99):

> O crime é, portanto, necessário; está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social, mas, precisamente por isso, é útil; porque estas condições de que é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito.

Nesse sentido, o autor desenvolve a funcionalidade do crime do ponto de vista da evolução das sociedades, aduzindo que o crime abre o caminho para as necessárias mudanças nos sentimentos coletivos, chegando até mesmo a antecipar a moral futura de uma sociedade (Viana, 2018). Nesse sentido, destaca-se excerto: “quantas vezes, com efeito, não é ele uma simples antecipação da moral futura, um encaminhamento para o porvir!” (Durkheim, 2004, p.100).

Sob a perspectiva de que o crime é normal, útil e necessário ao desenvolvimento da estrutura social, para Durkheim, o comportamento criminoso

provoca e estimula uma reação social, na medida em que reforça os valores compartilhados e o sentimento coletivo de uma sociedade, proporcionando, assim, a transformação e evolução social (Viana, 2018). Segundo Durkheim (1999, p.39):

> O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime (...) todo ato que, num grau qualquer, determina contra seu autor essa reação característica a que chamamos pena.

Em outras palavras, o crime é determinado pelos sentimentos da coletividade e resulta em uma reação social, de modo que é útil para a regulação da vida social e para a própria evolução da sociedade em si mesma. Para Durkheim (2004), o crime não só implica que o caminho se abra às modificações necessárias, como também prepara diretamente essas mudanças. Segundo Durkheim (2004), onde o crime existe, não só os sentimentos coletivos estão em seu estado de maleabilidade necessária para adquirir uma nova forma, como também o crime contribui propriamente para predeterminar a forma que esses tomarão, vindo a ser, portanto, essencial para a evolução social.

A partir dos conceitos de crime, Durkheim passa a desenvolver uma teoria sociológica para as penas, afastando as interpretações tradicionais da finalidade das sanções baseada na prevenção geral e especial, isto é, a função de prevenir novos atos criminosos do culpado e amedrontar ou dissuadir a população em geral (Shecaira, 2020). Para Durkheim (1999), a verdadeira e mais essencial função da pena é satisfazer a consciência coletiva, na medida em que restabelece a coesão social, a qual foi colocada em causa com o ato cometido por um dos membros da sociedade: “a pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores; (...) sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, mantendo toda a vitalidade da consciência comum” (p.81).

Como já mencionado alhures, ao definir o crime como um ato normal, que passa a ser considerado desviante a partir da reação social que traz ao pôr em causa os sentimentos coletivos de uma sociedade, a função da pena é reforçar a consciência coletiva sobre os valores dominantes na sociedade e, portanto, restabelecer a coesão social, que foi abalada pelo ato criminoso praticado (Viana, 2018). De todo modo, “a pena consiste numa reação passional” (Durkheim, 1999, p.56). Em se tratando de uma reação passional, a natureza da pena, em si, não mudou essencialmente com a evolução das sociedades, porque não deixou de ser um ato resultante da vingança,

mas passou a ser uma "reação passional, de intensidade graduada, que a sociedade exerce por intermédio de um corpo constituído contra aqueles de seus membros que violaram certas regras de conduta" (Durkheim, 1999, p.68). Isto é, a natureza e as funções da pena são as mesmas, o que muda é a quantidade e a qualidade dos castigos que passam a ser impostos aos culpados pela sociedade (Shecaira, 2020).

Por fim, Durkheim apresenta as duas leis da evolução penal, a partir da premissa de que, ao longo da evolução das sociedades, a pena passou por dois tipos de variações: quantitativas e qualitativas (Durkheim & Lion, 2014).

A lei das variações quantitativas, que se refere ao volume ou quantidade das penas, consiste na seguinte formulação: "a intensidade da pena é tanto maior quanto mais as sociedades pertençam a um tipo menos evoluído – e quanto mais o poder central tenha um caráter absoluto" (Durkheim & Lion, 2014, p.123). Com efeito, quanto maior é a intensidade da pena, mais primitiva é a sociedade, enquanto, ao contrário, quanto mais desenvolvida for a sociedade, menor será a intensidade do castigo e, portanto, mais atenuada será a pena. Nesse ponto, Durkheim faz uma correlação em como o processo civilizatório das sociedades tende a suavizar a repressão penal, a considerar que a intensidade das penas é diretamente proporcional ao modelo político: "democracia é indicativo de maior benevolência; absolutismo, maior severidade penal" (Viana, 2018, p.232).

Já no que diz respeito às variações qualitativas, a lei é formulada da seguinte forma: "as penas privativas da liberdade e somente da liberdade, por períodos de tempo que variam de acordo com a gravidade dos crimes, tendem cada vez mais a se tornar o tipo normal da repressão" (Durkheim & Lion, 2014, pp.132-133). Para o autor, a pena privativa de liberdade é mais frequentemente aplicada nas sociedades modernas e seria um exemplo da benevolência dos Estados modernos – ao revés dos castigos, torturas, penas perpétuas e de morte –, o que foi alvo de diversas críticas ao autor devido às duras consequências sociais resultantes do encarceramento que foram desconsiderados na análise durkheimiana (Viana, 2018).

Ao analisar a evolução das penas, Durkheim discorre como a mudança dos valores das sociedades primitivas, antes baseados essencialmente na religião e na devoção ao soberano, trouxe maior temperança para as punições das sociedades modernas, revelada na atribuição de mais relevância a determinados atos criminosos e mais indulgência a outros que outrora eram considerados mais graves, a provocar

uma regressão da penalidade e mudança na forma de repressão penal à luz das novas aspirações da consciência moral (Durkheim & Lion, 2014).

5. ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA SOB A PERSPECTIVA DE DURKHEIM

O contexto histórico da Lei Maria da Penha, conforme breve análise realizada no presente trabalho, denota que sua publicação decorreu da conjunção de fatores internacionais, movimentos feministas da sociedade civil e ações das esferas políticas de governo, os quais se somaram entre si e culminaram na lei sob enfoque. Diante disso, é possível depreender que àquela altura a violência doméstica contra as mulheres passou a ser percebida como ato criminoso merecedor de tutela judicial e penalização e tema relevante merecedor de normas penais específicas, não só no âmbito do Estado Brasileiro, mas sobretudo internacionalmente. Mais que isso, ao englobar os tratados internacionais de direitos humanos, o tema passou a ser visto como um fenômeno criminal de relevância global, o que foi extremamente necessário e determinante para a adoção de medidas de controle social específicas quanto ao tema pelos Estados.

À luz dos conceitos de Durkheim, pode-se dizer que a violência doméstica contra as mulheres passou a integrar o sistema penal com normas jurídicas mais específicas, porque passou a ferir a consciência coletiva, ou seja, começou a ser vista pela sociedade como ato criminoso que fere a moral social e que é merecedor de punição, não sendo mais admitido pelos seus componentes. Nesse sentido, ao discorrer sobre a reação social da pena, Durkheim (2004) pontua que tal reação social decorre da intensidade dos sentimentos coletivos que o crime ofende e possui como função útil “conservar estes sentimentos no mesmo grau de intensidade, pois não tardariam a enfraquecer se as ofensas que sofrem não fossem castigadas” (p.123). No caso em concreto, a exigência da punição mais assertiva aos crimes de violência doméstica contra a mulher decorre da maior intensidade que essa ofensa criminal passou a ter nos sentimentos coletivos, os quais estariam em risco de serem enfraquecidos se assim não o fosse feito.

Conforme expressamente afirmado na Exposição de Motivos que antecedeu à lei: “ao longo dos últimos anos, a visibilidade da violência doméstica vem ultrapassando o espaço privado e adquirindo dimensões públicas” (Brasil, 2004). Por certo, a violência contra as mulheres no âmbito doméstico e familiar sempre existiu e advém de históricas desigualdades sociais entre homens e mulheres na construção

sociocultural dos modelos de sociedade. No entanto, somente com a repercussão do tema no contexto da globalização e da intensidade dos movimentos feministas, sobretudo nos anos setenta, o tema passou a ter relevância na sociedade como um todo e passou a ser partilhado pela sociedade como ato que fere a consciência coletiva, cuja punição é necessária para resguardar o abalo da moral social e como resultado natural da reação social aos atos criminosos, conforme a perspectiva sociológica de Durkheim.

A Lei Maria da Penha, mais especificamente, é resultado exemplar dessa reação emocional da sociedade, exigindo maior e melhor punição aos crimes de violência doméstica contra a mulher, com normas específicas acerca do tema. Nas palavras de Durkheim (1999): “embora o ato criminoso seja certamente prejudicial à sociedade, nem por isso o grau de nocividade que ele apresenta é regularmente proporcional a intensidade da repressão que recebe.” (pp.41-42). Isto é, embora os crimes de violência doméstica contra a mulher já existissem e até fossem punidos, não o eram de modo específico, nem possuíam medidas de controle social formal específicas voltadas ao combate e à prevenção desses delitos, e muito menos eram criminalizados com a repressão penal mais enfática que a sociedade passou a exigir àquela altura, quando passaram a adquirir maior relevância nos sentimentos coletivos partilhados por todos. A Lei Maria da Penha trouxe o que se exigia àquele momento, sobretudo com a previsão de políticas de controle social formal do crime, isto é, medidas judiciais, legais e administrativas de prevenção e combate dos delitos, de apoio às vítimas e de proteção do núcleo familiar vulnerável ao ato criminoso.

Com efeito, adotando-se a ideia durkheimiana de pena como reação emocional da coletividade ao ato criminoso, pode-se dizer que a punição dos crimes de violência doméstica contra a mulher nada mais é do que a expressão de sentimentos coletivos e a forma escolhida por uma sociedade de reafirmar e fortalecer seus laços sociais, os quais se encontravam abalados por esses atos criminosos que agora se pretende extirpar. Sob a perspectiva sociológica da pena de Durkheim, é possível perceber a criminalização específica da violência doméstica contra a mulher, através do advento da Lei Maria da Penha, como indicador claro de que tais atos passaram a ser considerados como transgressores da ordem social, ou seja, naquele momento passaram a integrar o conjunto de atos que abalam a consciência coletiva e a ser, portanto, merecedores de punição.

Dessa forma, ao trazer maior especificidade aos crimes de violência doméstica contra a mulher, desde a conceptualização do tema até medidas de política criminal voltadas à prevenção, ao combate e ao atendimento especializado às vítimas, isto é, ao prever medidas de controle social formal, a Lei Maria da Penha sacramentou que a sociedade brasileira não admite tais atos e reafirmou a proteção da mulher como vítima de violência doméstica em seus valores sociais. A partir da integração do tema à consciência coletiva da sociedade brasileira, portanto, a punição dos crimes de violência doméstica contra a mulher pode ser interpretada como resultado da reação emocional da consciência coletiva da sociedade, cujo objetivo é não só punir o ofensor, mas também manter a coesão social intacta, conforme a teoria sociológica da punição de Durkheim.

Ademais, o contexto histórico no qual a Lei Maria da Penha emergiu demonstra que a importância de combater e prevenir, primeiramente, a violência contra a mulher, e depois mais especificamente aquela ocorrida no âmbito doméstico e familiar, veio se galgando aos poucos, com integração do tema aos debates políticos, através dos movimentos feministas, até ganhar relevância internacional com tratados normativos, sobretudo os de direitos humanos. Logo, é possível perceber que o tema foi ganhando relevância à medida que conseguiu integrar os debates políticos internacionais. Aqui é possível notar que, embora já se soubesse dos crimes ocorridos contra a mulher no âmbito doméstico há décadas, o tema não era pauta de discussão na sociedade, muito menos de cunho político e ainda mais remotamente sob o contexto do mundo globalizado.

Assim como expressamente contido na Exposição de Motivos que antecedeu à Lei Maria da Penha, conforme trecho antes transcrito, a visibilidade da violência doméstica passou a adquirir dimensões públicas, mas não porque já não existisse, e sim porque passou a ser parte de algo maior: a moral social. Conforme a teoria de Durkheim (2004), para que os sentimentos coletivos que o direito penal protege alterem-se em determinado momento histórico, isto é, consigam penetrar nas consciências individuais que até então lhe eram avessas ou aumentar sua influência onde não a tinham bastante, é necessário que adquiram uma intensidade superior à que tinham até então. “É preciso que a comunidade no seu conjunto os sinta com mais vivacidade; porque não podem ir buscar a outro lado a força que lhes permite impor-se aos indivíduos que, antes, lhes eram o mais possível refractários” (Durkheim, 2004, p.97). Portanto, a Lei Maria da Penha resultou da reação social da coletividade

brasileira, a fim de restaurar os sentimentos da maioria de seus membros àquela altura abalados pelos atos de violência que agora se pretende punir com mecanismos mais específicos e de forma mais eficaz e acurada.

6. CONCLUSÃO

Conforme exposto no presente trabalho, a análise da Lei Maria da Penha sob a perspectiva de Durkheim pode ser feita a partir da ambientação da norma legislativa em foco no contexto histórico global de reconhecimento dos direitos das mulheres e dos esforços internacionais para que os Estados adotassem mecanismos concretos e efetivos para combate e prevenção da violência doméstica contra a mulher. Na medida em que o assunto passou a ser tratado como fenômeno criminal global, de importância e relevância internacional, sobretudo nos tratados de direitos humanos, o movimento feminista e as organizações da sociedade civil, no âmbito brasileiro, passaram a articular ações em conjunto com os órgãos de governo para que fossem adotadas políticas correspondentes no Brasil, para combate e prevenção dos crimes, apoio e assistência às vítimas e proteção dos componentes familiares abalados pela violência. O empenho dos movimentos que se articularam para esse fim resultou com sucesso na aprovação da Lei Maria da Penha, em 07 de agosto de 2006 no Brasil, com a previsão de políticas públicas especiais para proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e intrafamiliar e medidas judiciais, legais e de polícia, com apoio institucional multidisciplinar, buscando desde a punição efetiva do ofensor especificamente até o apoio e proteção da família com meios de subsistência e apoio psicológico e social para reestruturação após a violência.

A partir da demonstração de que a violência doméstica contra a mulher passou a ser enfrentada e trazida ao debate político internacional como um fenômeno criminal globalizado, é possível perceber como as políticas de controle social formal que passaram a ser adotadas pelos Estados, no caso do Brasil, especificamente, aquelas previstas na Lei nº 11.340/2006, foram resultado direto da reação social da sociedade em sentido contrário aos atos de violência contra as mulheres que sempre existiram no seio intrafamiliar. Por certo, a violência doméstica e familiar contra as mulheres não surgiu com sua inclusão como objeto de proteção dos tratados internacionais de direitos humanos. Pelo contrário, sempre existiu, mas era socialmente mantida no ambiente privado, isto é, tratada como um assunto do lar, que diz respeito à família, o

que era bem aceito pela sociedade em geral até aquele momento, quando então passou a se tornar assunto público.

Não só se tornou tema no debate político, como passou a se exigir das autoridades públicas que fossem objeto de resguardo e tutela do controle social formal. Aqui, a partir da teoria sociológica da pena de Durkheim, é possível perceber que a violência doméstica contra as mulheres passou a galgar maior intensidade nos sentimentos coletivos da sociedade, ou da maioria de seus membros, caracterizando-se como ato criminoso que põe em causa a coesão social e que deve ser imediatamente erradicado. Sendo assim, a Lei Maria da Penha é a própria materialização dessa reação social da coletividade em face da violência doméstica contra as mulheres, ao se revelar como o resultado da intensificação da reprovação de tais atos ofensivos nos sentimentos da coletividade brasileira, que, por consequência, passou a exigir mais punição para restabelecer a moral social coletiva, àquela altura abalada.

O presente trabalho pretendeu expor o contexto histórico da aprovação da Lei Maria da Penha para que fosse possível entender como a violência doméstica contra as mulheres passou a surgir como um fenômeno criminal dotado de relevância global e como a globalização de tal crime e das consequentes políticas de combate, prevenção e erradicação de seus atos criminosos repercutiram no Estado Brasileiro, resultando na Lei Maria da Penha. Como visto, não se tratou de um movimento isolado ou de algo da noite para o dia, mas sim de uma reação social coletiva e, como nos leciona Durkheim, da intensificação do ato ofensivo nos sentimentos coletivos da sociedade, a partir da altura em que todos se sentiram atingidos por aquela violência, que já vinha ocorrendo continuamente há longo tempo.

Dessa forma, sob a perspectiva sociológica da pena de Durkheim, a Lei nº 11.340/2006, nominada Lei Maria da Penha, é resultado da reação emocional da consciência coletiva da sociedade brasileira, a fim de resguardar a ordem social coletiva, que vinha sendo abalada com os atos de violência doméstica contra a mulher. Tal qual sustenta Durkheim (1999), o caráter social da reação ao crime deriva da natureza social dos sentimentos ofendidos, isto é, desde que os sentimentos se encontrem em todas as consciências, ou na maioria da coletividade, a infração cometida provoca uma mesma indignação em todos os que a testemunham ou sabem da sua existência: a reação não só é geral, como também é coletiva, o que não se

trata da mesma coisa. Em síntese, “todo o mundo é atingido, logo todo o mundo se eleva contra o ataque” (Durkheim, 1999, p.75).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BARSTED, L. L. (2011). Lei Maria da Penha: Uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In C. H. Campos (Org.), *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista* (pp. 13-37). Editora Lumen Juris.

CALAZANS, M., & Cortes, I. (2011). O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In C. H. Campos (Org.), *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista* (pp. 39-63). Editora Lumen Juris.

CAMPOS, C. H., & Carvalho, S. (2011). Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: A experiência brasileira. In C. H. Campos (Org.), *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista* (pp. 143-169). Editora Lumen Juris.

BRASIL. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 9 de junho de 1994, "Convenção de Belém do Pará". (1994). Organização dos Estados Americanos: Assembleia Geral. In Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. (1996). República Federativa do Brasil: Diário Oficial da União, 02/08/1996, p.14471 (Publicação Original). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-decreto/1996/d1973.htm>.

BRASIL. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de dezembro de 1979. (1979). Organização das Nações Unidas: Assembleia Geral, UN Treaty Series, 1249(20378), 13. In Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. (2002). República Federativa do Brasil: Diário Oficial da União, 16/09/2002, p.4 (Publicação Original). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, "Lei Maria da Penha". (2006). República Federativa do Brasil: Diário Oficial da União, 08/08/2006, p.1 (Publicação Original). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>.

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 11 de maio de 2011, "Convenção de Istambul". (2011). Conselho da Europa: Assembleia Geral, Council of Europe Treaty Series, 210. Disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>.

Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, de 20 de dezembro de 1993. (1993). Organização das Nações Unidas: Assembleia Geral, A/Res/48/104, 23/02/1994, pp.1-7. Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/179739>.

Exposição de Motivos nº 016, de 16 de novembro de 2004. (2004). República Federativa do Brasil: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm>.

DOBASH, R.; DOBASH, R. (1979). *Violence against wives: A case against the patriarchy*. Free Press New York.

DURKHEIM, E. (1999). *Da divisão do trabalho social* (2ª ed.). Martins Fontes.

DURKHEIM, E. (2004). *As regras do método sociológico* (9ª ed.). Editorial Presença.

DURKHEIM, E.; LION, H. S. (2014). Duas Leis da Evolução Penal. *Primeiros Estudos,* (6), 123-148.

HOOKS, B. (1952). *Teoria feminista – da margem ao centro*. Editora Perspectiva.

MORRIS, A.; GELSTHORPE, L. (1991). Feminist perspectives in criminology: Transforming and transgressing. *Women & Criminal Justice*, *2*(2), 3-26.

PIOVESAN, F. (2014). A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Cadernos Jurídicos, São Paulo, 15*(38), 21-34.

SHECAIRA, S. S. (2020). *Criminologia* (8ª ed., Ebook). Revista dos Tribunais.

VIANA, E. (2018). *Criminologia* (6ª ed.). JusPodivm.

A IMPENHORABILIDADE DA RENDA ALIMENTAR E DO PATRIMÔNIO MÍNIMO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE EXEMPTION FROM SEIZURE OF INCOME AND OF MINIMUM ASSETS IN LIGHT OF THE CASE-LAW OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Rafael Nogueira Cavalcante[1]

Resumo: A fase executória do processo sincrético, bem como as ações de execução, configuram um dos grandes gargalos enfrentados pelo sistema de justiça brasileiro. As razões para a morosidade da conclusão de tais procedimentos decorre de muitos fatores, mas, no âmbito da execução de quantia certa, comumente estão atreladas à dificuldade de identificar bens penhoráveis. Por vezes, ocorre o bloqueio de valores e, na sequência, se procede à sua liberação, em virtude da aplicação das hipóteses de impenhorabilidade. Diante disso, este estudo objetiva analisar a aplicação das hipóteses de impenhorabilidade da renda e do patrimônio mínimo, a fim de identificar se há alguma expectativa de tornar mais célere o processo executório e, consequentemente, de tornar mais efetivo o sistema jurisdicional brasileiro. Para isso, procedeu-se à análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que norteia a aplicação da lei processual nos tribunais locais. Com isso, verificou-se que as hipóteses legais de impenhorabilidade contidas nos incisos IV e X do art. 833 do CPC não são tidas como absolutas, mas sim relativas, de modo que há espaço para demonstrar que, no caso concreto, elas não se aplicam, otimizando as execuções – ou seja, permitindo a conversão do bloqueio em penhora e as subsequentes medidas expropriatórias.

Palavras-Chave: execução, impenhorabilidade, renda, poupança, mínimo existencial.

Abstract: The execution phase of the syncretic process, as well as enforcement actions, constitute one of the major bottlenecks faced by the Brazilian justice system. The reasons for the delay in concluding such procedures stem from many factors, but in the context of the execution of a specific sum, they are commonly linked to the difficulty of identifying attachable assets. Sometimes, the blocking of amounts occurs, followed by their release due to the application of exemption hypotheses. Therefore, this study aims to analyze the application of income and minimum assets exemption hypotheses, in order to identify if there is any expectation of speeding up the execution process and consequently making the Brazilian judicial system more effective. For this purpose, an analysis of the case-law of the Superior Court of Justice was carried out, which guides the application of procedural law in local courts. It was found that the legal exemption hypotheses contained in items IV and X of Article 833 of the Code of Civil Procedure are not considered absolute, but relative, so there is room to demonstrate that, in specific cases, they do not apply, optimizing executions - that is, allowing the conversion of the block into seizure and subsequent expropriation measures.

Keywords: execution, exemption from seizure, income, savings, existential minimum.

[1] Advogado do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE. Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. rafael_nc97@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A execução civil diz respeito a um dos procedimentos judiciais de maior complexidade, considerando os inúmeros princípios e instrumentos a ela atinentes, que contrapõem devedor e credor. Dentre os mais relevantes princípios que regem as ações executórias, destaca-se o princípio da patrimonialidade e da universalidade dos bens do devedor (favorável ao credor) e o da menor onerosidade (favorável ao devedor).

Com essa contraposição de justos interesses que orientam o processo de execução, frequentemente o juízo onde tramita a execução deve proceder ao equilíbrio dos direitos envolvidos. Por essa razão, diante dos impasses entre a proteção do credor e do devedor, atualmente há processos de execução que têm duração muito superior à esperada e, mesmo, superior ao que seria razoável.

Segundo o levantamento do CNJ, apresentado no documento Justiça em Números (edição de 2023), na Justiça Estadual, os processos em fase de execução demoram em média 4 anos e 6 meses para serem sentenciados, enquanto que os processos de conhecimento a demora média é de somente 2 anos. Já na Justiça Federal, os processos executivos levam em média 7 anos e 11 meses e, nos processos de conhecimento, a média de tempo de tramitação é de 1 ano e 3 meses.

Ainda, os dados indicam que, apesar de ingressarem no Poder Judiciário duas vezes mais casos de processos de conhecimento do que de execução, há um acervo de 34,9% maior de processos em fase de execução. Dentre os 81 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2022, mais da metade (52,3%) se referia à fase de execução.

Diante da evidente morosidade da fase executória, e sabendo que são frequentes as ordens de desbloqueio de valores após a concretização de um bloqueio efetivo nas contas do devedor ao fundamento de impenhorabilidade, impedindo-se a conversão em penhora e posterior expropriação, o objetivo deste estudo é identificar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da aplicação das exceções previstas em lei quanto ao princípio da patrimonialidade e universalidade, ou seja, das hipóteses de impenhorabilidade.

Conforme se verá a seguir, abordar-se-á especialmente as normas de impenhorabilidade atreladas ao bloqueio de valores (incisos IV e X do art. 833 do CPC), a fim de compreender, ao fim, se há alguma expectativa de que as execuções

passem a, finalmente, atender à máxima de que se desenvolvem no interesse do credor, tornando o sistema jurisdicional efetivo.

2. O PROCESSO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

A execução civil por quantia certa é um procedimento processual cujo resultado pretendido é a satisfação do credor exequente, o que se concretiza voluntária ou forçadamente – no último caso, por meio da expropriação de bens do devedor executado, conforme dispõe o art. 824 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC).

A referida técnica executória forçada consiste, primeiramente, na indicação ou busca de bens para fins de penhora e avaliação (art. 829, §§ 1º e 2º, do CPC). Quanto à penhora, ensina a doutrina (MARINONI, 2017, p. 969):

> "A penhora é procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Até a penhora, a responsabilidade patrimonial do executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas (art. 789 do CPC e art. 391 do CC). Por meio da penhora, são individualizados os bens que responderão pela dívida objeto da execução. Assim, a penhora é ato processual pelo qual determinados bens do devedor (ou de terceiro responsável) sujeitam-se diretamente à execução."

Uma vez realizada a penhora, na sequência, poderá sobrevir adjudicação, alienação ou apropriação de frutos e rendimentos dos bens objeto de constrição prévia, sendo esses três mecanismos a expropriação propriamente dita (art. 825 do CPC).

Sendo assim, o processo de execução por quantia certa consiste na perquirição de bens do devedor que possam ser convertidos em valor para satisfazer o débito do credor. Com isso, nota-se que a penhora consiste em medida constritiva, pressuposto ao êxito da subsequente medida expropriatória.

3. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO DEVEDOR: REGRAS E EXCEÇÕES

Ressalta-se que, consoante preceitua o art. 789 do CPC, via de regra podem ser objeto de penhora e expropriação todos os bens do devedor, presentes e futuros, sendo universal a responsabilidade patrimonial do devedor pelas suas obrigações – não se estendendo a outros aspectos da pessoa do devedor.

Tratam-se dos princípios da patrimonialidade e da universalidade, que regem as execuções civis, bem como as execuções fiscais, conforme também previsto no art. 10 da Lei n.º 6.830/80.

Apesar de essa ser a regra, o legislador previu exceções, arrolando no art. 833 bens impenhoráveis. Nesse rol, dentre doze expressas previsões, para o fim do presente estudo, destaca-se os seguintes incisos, referentes a bens, por lei, não passíveis de constrição:

> Art. 833. São impenhoráveis:
> (...)
> IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º ;
> (...)
> X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

Essas duas hipóteses de bens não sujeitos à penhora tiveram sua aplicação restringida pelo legislador, que no § 2º do art. 833 previu que a impenhorabilidade dos incisos IV e X não se aplicam no caso de execução de prestação alimentícia nem “às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais”.

Nota-se, pois, que o legislador objetivou preservar do âmbito das execuções judiciais uma renda e patrimônio mínimo do devedor.

4. A IMPENHORABILIDADE DOS INCISOS IV E X NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Apesar da aparente clareza na previsão de exceções à regra da responsabilidade universal do patrimônio do devedor, da natural aplicação da lei surgiram interpretações diversas acerca dos seus contornos e limitações.

Especialmente tendo em conta a previsão do art. 797 do CPC, no sentido de que se realiza a execução no interesse do exequente, passou-se a defender que as referidas previsões de impenhorabilidade não teriam caráter absoluto, mas sim relativo.

Mais especificamente quanto à impenhorabilidade prevista no inciso IV, relativa a verbas de caráter alimentar – ou seja, destinadas ao sustento do devedor e de sua família –, a controvérsia se pôs quanto ao parâmetro de 50 (cinquenta) salários-mínimos posto no § 2º como limite à sua aplicação.

Ao argumento de que o salário e verbas similares foram protegidos pelo legislador com o fim de assegurar, em relação ao devedor, a mínima dignidade da pessoa humana, com fundamento no art. 1º, III, da Constituição Federal, não seria possível adotar de forma absoluta o limite inserido naquele dispositivo.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem reiteradamente relativizando a impenhorabilidade do inciso IV do art. 833 do CPC. É o que se extrai do julgamento dos EDcl nos EREsp n. 1.518.169/DF, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa se vê a seguir, com destaque aos itens 3 e 4:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. PERCENTUAL DE VERBA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE (ART. 833, IV e § 2º, CPC/2015). RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL.
> 1. O CPC de 2015 trata a impenhorabilidade como relativa, podendo ser mitigada à luz de um julgamento principio lógico, mediante a ponderação dos princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, ambos informados pela dignidade da pessoa humana.
> 2. Admite-se a relativização da regra da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial, independentemente da natureza da dívida a ser paga e do valor recebido pelo devedor, condicionada, apenas, a que a medida constritiva não comprometa a subsistência digna do devedor e de sua família.
> 3. Essa relativização reveste-se de caráter excepcional e só deve ser feita quando restarem inviabilizados outros meios executórios que possam garantir a efetividade da execução e desde que avaliado concretamente o impacto da constrição na subsistência digna do devedor e de seus familiares.
> 4. Ao permitir, como regra geral, a mitigação da impenhorabilidade quando o devedor receber valores que excedam a 50 salários mínimos, o § 2º do art. 833 do CPC não proíbe que haja ponderação da regra nas hipóteses de não excederem.
> 5. Embargos de divergência conhecidos e providos. (EDcl nos EREsp n. 1.518.169/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 24.5.2019).

No mesmo sentido, também quanto ao mesmo dispositivo legal, destaca-se o seguinte trecho do julgamento do REsp n° 1.874.222/DF, exarado pela Corte Especial do STJ, conforme se extrai do seu inteiro teor:

> “Ao suprimir a palavra "absolutamente" no caput do art. 833, o novo Código de Processo Civil passa a tratar a impenhorabilidade como relativa, permitindo que seja atenuada à luz de um julgamento principiológico, em que o julgador, ponderando os princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, conceda a tutela jurisdicional mais adequada a cada caso, em contraponto a uma aplicação rígida, linear e inflexível do conceito de impenhorabilidade.

> Esse juízo de ponderação entre os princípios simultaneamente incidentes na espécie há de ser solucionado à luz da dignidade da pessoa humana, que, diga-se de passagem, resguarda tanto o devedor quanto o credor, e mediante o emprego dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade."

Veja-se, ainda, a ementa do referido julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. PERCENTUAL DE VERBA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE (ART. 833, IV e § 2º, CPC/2015). RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL.
> 1. O CPC de 2015 trata a impenhorabilidade como relativa, podendo ser mitigada à luz de um julgamento principio lógico, mediante a ponderação dos princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, ambos informados pela dignidade da pessoa humana.
> 2. Admite-se a relativização da regra da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial, independentemente da natureza da dívida a ser paga e do valor recebido pelo devedor, condicionada, apenas, a que a medida constritiva não comprometa a subsistência digna do devedor e de sua família.
> 3. Essa relativização reveste-se de caráter excepcional e só deve ser feita quando restarem inviabilizados outros meios executórios que possam garantir a efetividade da execução e desde que avaliado concretamente o impacto da constrição na subsistência digna do devedor e de seus familiares.
> 4. Ao permitir, como regra geral, a mitigação da impenhorabilidade quando o devedor receber valores que excedam a 50 salários mínimos, o § 2º do art. 833 do CPC não proíbe que haja ponderação da regra nas hipóteses de não excederem (EDcl nos EREsp n. 1.518.169/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 24.5.2019).
> 5. Embargos de divergência conhecidos e providos.

Verifica-se, com isso, que, embora o art. 833 do diploma processual se volte à manutenção mínima da dignidade humana do devedor, há de se considerar também a dignidade do credor por meio da efetividade da satisfação do crédito objeto da execução. Corroborando com esse entendimento, a seguinte lição doutrinária (DIDIER, 2018, p. 849):

> "Restringir a penhorabilidade de toda a "verba salarial" ou apenas permiti-la no que exceder cinquenta salários-mínimos, mesmo quando a penhora de uma parcela desse montante não comprometa a manutenção do executado, pode caracterizar-se como aplicação inconstitucional da regra, pois prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento do direito fundamental do exequente."

A partir da lógica de as exceções do art. 833 do CPC não se tratarem de impenhorabilidade absoluta, o STJ recentemente também decidiu quanto à hipótese de impenhorabilidade do inciso X. Retoma-se que, conforme se extrai do referido

dispositivo, considera-se impenhorável quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos.

Da mesma forma que o limite de 50 (cinquenta) salários-mínimos foi afastado em relação ao inciso IV, também restou flexibilizado o parâmetro de 40 (quarenta) salários-mínimos estabelecido no inciso X quando relativo a aplicações financeiras diversas da poupança, às quais a regra da impenhorabilidade vem, há muito, sendo aplicada por interpretação extensiva. Veja-se, exemplificativamente:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPENHORABILIDADE DE VALORES MANTIDOS EM CONTA BANCÁRIA ATÉ O LIMITE DE 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO EM DIVERGÊNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. As Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça pacificaram o entendimento de que os valores pertencentes ao devedor, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, mantidos em conta-corrente, caderneta de poupança ou fundos de investimentos são impenhoráveis. Efetivamente, conforme a jurisprudência desta Corte, a impenhorabilidade de que trata o inciso X do art. 833 do CPC abrange não apenas os valores depositados em caderneta de poupança, mas também aqueles mantidos em conta-corrente, aplicações financeiras ou fundos de investimentos, ressalvada a comprovação de má-fé, abuso de direito ou fraude, hipóteses não identificadas no caso concreto. (...) (AgInt no AREsp n. 2.460.028/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

Parece, pois, superada a opção do legislador de restringir a impenhorabilidade exclusivamente à poupança, o que, segundo a doutrina, se deu para atender os interesses do Estado. Confira-se (NEVES, 2021, p. 1148):

> “A opção do legislador parece ter atendido a interesses governamentais, considerando-se ser a poupança a forma de investimento mais vantajosa para o Estado na medida em que, no mínimo, 65% dos recursos captados devem ser direcionados para operações de financiamento habitacional, sendo 80% desse percentual em operações ligadas ao Sistema Financeiro da Habitação.”

Com isso, a referida flexibilização do parâmetro de 40 (quarenta) salários-mínimos estabelecido no inciso X do art. 833, já ampliado para aplicações além da caderneta de poupança, restou assentada no julgamento do REsp 1.677.144/RS, sendo fixada a seguinte tese:

> "Em resumo, a garantia da impenhorabilidade é aplicável automaticamente, em relação ao montante de até quarenta (40) salários mínimos, ao valor depositado exclusivamente em caderneta de poupança. Se a medida de bloqueio/penhora judicial, por meio físico ou eletrônico (Bacenjud), atingir dinheiro mantido em conta corrente ou quaisquer outras aplicações financeiras, poderá eventualmente a garantia da impenhorabilidade ser estendida a tal investimento, respeitado o teto de quarenta salários mínimos, desde que comprovado, pela parte processual atingida pelo ato constritivo, que o referido montante constitui reserva de patrimônio destinado a assegurar o mínimo existencial."

Nota-se, portanto, que é absoluta a impenhorabilidade de valores de até 40 (quarenta salários-mínimos) que estejam em conta poupança. Contudo, é relativa a impenhorabilidade de tais valores que estejam aplicados em outras aplicações financeiras, cabendo ao devedor comprovar que a quantia objeto de penhora integra o seu mínimo existencial, a fim de que o juízo da causa estenda a aplicação da regra restritiva ao princípio da patrimonialidade. Assim, também constou na ementa do referido julgado:

> "para os fins da impenhorabilidade descrita acima, ressalvada a hipótese de aplicação em caderneta de poupança (em torno da qual há presunção absoluta de impenhorabilidade), é ônus da parte devedora produzir prova concreta de que a aplicação similar à poupança constitui reserva de patrimônio destinado a assegurar o mínimo existencial ou a proteger o indivíduo ou seu núcleo familiar contra adversidades."

Tal entendimento relativo ao inciso X, e já previamente aplicável ao inciso IV do art. 833 do CPC, se mostra favorável à satisfação do credor, que só não terá o bem-sucedido bloqueio de valores convertido em penhora se o devedor efetivamente comprovar que sua subsistência digna depende daquele montante. Logo, trata-se de findar com a lógica de prestígio aos direitos fundamentais do executado em detrimento dos do exequente.

A partir disso, observa-se que passou a ser insuficiente a invocação genérica da impenhorabilidade, que não é absoluta, podendo ser relativizadas as hipóteses do incisos IV e X do art. 833 em execução por quantia certa ou em outras modalidades quanto houver a conversão pelo resultado prático equivalente.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se que existe uma tendência à relativização das previsões legais do rol taxativo de bens impenhoráveis, no sentido de que

eventualmente esses podem restar sujeitos à execução, em especial atenção à ideia de efetividade da execução para o credor.

Tal ideia de flexibilização das hipóteses do art. 833 do CPC tem sido aplicada pelo STJ no âmbito da execução por quantia certa, quando incidentes os incisos IV e X do referido dispositivo – que dizem respeito à garantia de impenhorabilidade de renda de natureza alimentar (de até cinquenta salários-mínimos, destinadas ao sustento do devedor) e do patrimônio mínimo (aplicações financeiras no limite de quarenta salários-mínimos).

Nesse sentido, a referida Corte Superior tem fixado o entendimento de que não são absolutos os parâmetros de 50 (cinquenta) e 40 (quarenta) salários-mínimos, relativos respectivamente aos incisos IV e X. Em outras palavras, ainda que encontrados montantes inferiores, que não excedam ao quantum impenhorável, esses podem vir a ser penhorados se não comprovado que compreendem o mínimo existencial do devedor, restando afastada a ideia de imediato desbloqueio dos valores inferiores aos quantitativos legais.

Essa interpretação da lei se coaduna à ponderação dos princípios que regem o processo de execução, garantindo equilíbrio entre os direitos do devedor e do credor, buscando-se a satisfação do crédito do credor sem comprometer a subsistência digna do devedor. Nota-se, portanto, que a análise do cabimento ou não da relativização da hipótese de impenhorabilidade aplicável é casuística, devendo ser precedida a decisão de uma análise rigorosa, oportunizada às partes a produção de provas quanto à configuração ou não de prejuízo ao mínimo existencial à luz da situação fática do devedor.

Com isso, verificou-se que as hipóteses legais de impenhorabilidade contidas nos incisos IV e X do art. 833 do CPC não são tidas como absolutas, mas sim relativas. A jurisprudência do STJ, portanto, abriu espaço para demonstrar que, no caso concreto, a impenhorabilidade em questão pode não ser aplicável e, com isso, ser otimizada a execução – por meio da conversão do bloqueio em penhora e as subsequentes medidas expropriatórias, em vez da liberação dos valores bloqueados.

Conclui-se, assim, que a previsão legal de impenhorabilidade de bens do devedor não é um obstáculo absoluto à execução, podendo ser relativizada em situações específicas, desde que devidamente fundamentadas e com observância da máxima de que a execução se desenvolve no interesse do credor e do princípio da menor onerosidade para o devedor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2023** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023.

DIDIER, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: execução**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, v. V, 2018

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum** – Volume 2 - 3. ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** - Volume único - 13. ed. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl nos EREsp n. 1.518.169/DF. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJe de 24.5.2019

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n° 1.874.222/DF. Ministro João Otávio de Noronha. DJe de 24/5/2023.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp n. 2.460.028/MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJe de 7/3/2024.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.677.144/RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 21/2/2024. Informativo 804.

SENTENÇA CÍVEL E PADRONIZAÇÃO DA TÉCNICA DE REDAÇÃO: A DICOTOMIA ENTRE EFICIÊNCIA E EQUIDADE[1]

CIVIL JUDGMENT AND THE STANDARDIZATION OF DRAFTING TECHNIQUE: THE DICHOTOMY BETWEEN EFFICIENCY AND EQUITY

Atilio Eduardo Pitondo Dias Junior[2]

Resumo: O presente estudo procede a uma abordagem sobre a padronização das sentenças cíveis por parte dos magistrados, prática essa defendida por operadores do Direito em razão de sua inegável eficiência quantitativa e criticada face aos prejuízos à equidade na atuação do julgador. Defende-se que a mencionada prática ocasiona importantes ganhos de produtividade para o magistrado e pode ser mantida, mas deve ser vista com ressalvas, em especial para evitar que as peculiaridades dos casos concretos sejam desconsideradas.

Palavras-Chave: Sentença Cível. Padronização. Magistrado. Eficiência. Equidade.

Abstract: This study conducts an approach about the standardization of civil judgments by part of the magistrates, a practice supported by the judiciary operators because of its quantitative efficiency and criticized because of alleged losses in the equity performance of the judge. It is argued that the aforementioned practice causes significant gains in productivity to the magistrate and can be maintained, but should be viewed with caution, especially to avoid that peculiarities of individual cases are disregarded.

Keywords: Civil Judgment. Standardization. Magistrate. Efficiency. Equity.

INTRODUÇÃO

A quantidade de processos em tramitação no Poder Judiciário pátrio constitui motivo de constantes críticas à eficiência da atuação jurisdicional, recaindo relevante parcela da discussão na figura do magistrado, responsável pelas decisões no âmbito processual.

Nesse espectro, destaca-se a análise da confecção das sentenças, em boa parte, por seu cunho efetivamente decisório e de pacificação social. Justamente na apreciação das técnicas redacionais das sentenças, observa-se o surgimento da tentativa de otimizar a atuação do magistrado ao reduzir o lapso temporal necessário à redação das sentenças. Busca-se, consequentemente, o incremento dos níveis de produtividade festejados por diversos tribunais.

[1] Trabalho adaptado para publicação derivado do Trabalho de Conclusão de Curso de pós-graduação em Direito Processual oferecido pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Trabalho original orientado pelo Professor Doutor Karol Araújo Durço.

[2] Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Endereço eletrônico: atilio-dias@hotmail.com.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

A padronização das sentenças acaba por se tornar um caminho quase inafastável para os juízes que possuem anseios de atender às metas estabelecidas pelos órgãos colegiados, emergindo a confecção cada vez mais rotineira de sentenças-padrão.

Todavia, a mencionada prática, apesar de amplamente difundida, recebe severas críticas de advogados e outros operadores do Direito, levando por principal consideração a ausência de equidade nas mencionadas sentenças. Referida argumentação se funda na tese de que, por muitas vezes, o magistrado deixaria de proceder a uma leitura e análise detida dos autos, limitando-se a ajustar os dados a um modelo preestabelecido, prejudicando a adequada tutela jurisdicional.

Tem-se que ressaltar, desde logo e com efeito de pressuposto para as conclusões, o fato de que a presente análise restringe seu espectro e suas conclusões às sentenças cíveis, pois seria temerário tratar o referido tema em conjunto às sentenças-padrão que envolvem matéria penal, na medida em que a abordagem ensejaria a análise de premissas e estruturas de redação diferenciadas e acarretaria, provavelmente, conclusões prejudicadas pela generalidade.

A abordagem a ser adotada pretende questionar até que ponto são válidas as críticas às sentenças-padrão e sua alegada prejudicialidade à justa tutela, propondo, em linhas gerais, os limites à padronização de sentenças cíveis no direito brasileiro.

1. A REDAÇÃO DA SENTENÇA CÍVEL

1.1 O conceito de sentença

Analisando-se a redação do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), especificamente em seu artigo 203, percebe-se a preocupação do legislador pátrio na classificação dos atos do juiz em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

Tendo em vista que a sentença constitui o âmbito do presente estudo, imprescindível proceder à limitação da análise do objeto de estudo.

A principal classificação exposta na doutrina (JORGE NETO, 2016, p.32) divide as sentenças em declaratórias (declaração de uma relação jurídica), constitutivas (constituição de direitos, podendo estabelecer ou extinguir uma relação jurídica), condenatórias (impõem uma prestação ao réu), mandamentais (representam uma ordem judicial) e as executivas em sentido amplo (impõem uma prestação sem necessidade de processo autônomo executivo).

Cumpre destacar que a mencionada divisão, chamada de quinaria e com termos estabelecidos por Pontes de Miranda, apesar de relevante para a compreensão da estrutura da sentença cível, deve ser vista de forma contextualizada. Isso porque, com as alterações que a legislação processual civil vem sofrendo nas últimas décadas, acabou perdendo sentido a especificação de sentenças executivas em sentido amplo face ao sincretismo que se mostra cada vez mais evidente na sistemática processual civil.

Conforme destaca Rodrigo Vaslin Diniz (2023, p. 694), há uma tendência moderna majoritária à adoção de uma teoria ternária, tratando as sentenças pelo conteúdo como condenatórias, declaratórias e constitutivas. Referida conclusão deriva da ausência de diferenças no conteúdo das sentenças condenatórias, executivas em sentido amplo e mandamentais, pois haveria, em todas, uma imputação de cumprimento de prestação ao réu (DINIZ, 2023, p. 694).

Além disso, cumpre destacar que a referida classificação não pode ser entendida como estanque e com espécies incomunicáveis, pois é inegável que as sentenças proferidas pelos magistrados, em boa parte dos casos, apresentam características que se amoldam a mais de uma espécie da referida classificação.

Parte da doutrina chega a afirmar que todas as sentenças seriam constitutivas, declaratórias e condenatórias ao mesmo tempo, proposição essa com a qual não se pode concordar, pois há diversas hipóteses, em especial de sentenças declaratórias, em que seu conteúdo tem por marca exclusiva a declaração de uma relação jurídica (JORGE NETO, 2016, p. 33-34).

Dessa maneira, partindo-se do critério do conteúdo e considerando a classificação das sentenças de forma atualizada, crucial passar a análise dos elementos da sentença, de forma a permitir a abordagem técnica da padronização das sentenças cíveis.

1.2 Relatório

Ao se analisar a constituição estrutural da sentença cível, verifica-se a confecção do relatório como primeira providência do magistrado para que possa decidir o caso que lhe é posto de forma legalmente adequada. O relatório destina-se à descrição pormenorizada do caso objeto de julgamento, além da referência expressa aos andamentos e intercorrências do processo, assegurando, não só que o

magistrado efetivamente leu o processo, mas, especialmente, que tem conhecimento do plexo probatório produzido pelas partes.

As considerações levadas a efeito podem ser sintetizadas nas disposições de Elpídio Donizetti:

> Na "construção" do relatório a regra a ser observada é a de relatar todos os pontos que devam ser analisados na sentença, de forma que, ao encerrar essa parte da sentença, o juiz tenha uma visão de todas as questões que deverão ser enfocadas na motivação. Pode-se adotar a ordem cronológica ou lógica – a ordem em que as questões devem ser enfrentadas na sentença (prefere-se a ordem lógica). Como já foi dito, a sentença é trabalho técnico. Nada de inútil deve ser dito, sob pena de comprometer a objetividade do texto (e a quantidade de linhas que o candidato dispõe para a realização da prova). Tudo que for indispensável para que a precisão do trabalho não seja comprometida. (DONIZETTI, 2017, p.09).

Nesse sentido, o relatório passa, claramente, a delimitar as matérias apreciadas na fundamentação, sendo, consequentemente, fundamental para a decisão do magistrado quanto à procedência ou improcedência dos pedidos.

Assim, não pode o relatório ter sua função menosprezada ou diminuída pelos magistrados e demais operadores. Todavia, destaque-se que, evitados juízos de valor (BERTASSO, 2018, p. 48), há a legítima margem para o debate quanto à técnica redacional do relatório. Adotando o critério de cronologia dos atos ou o da lógica processual, o magistrado deve evitar no relatório adjetivações antecipadoras de decisões típicas da fundamentação.

Dessa forma, não há necessidade de que o relatório reproduza de forma literal longos trechos e partes desnecessárias das alegações do autor ou do réu, mas sim que demonstre, de forma concisa, a ciência pelo magistrado do caminhar do processo e das teses ventiladas pelas partes.

1.3 Fundamentação

A fundamentação da sentença representa a exposição do raciocínio por parte do magistrado que o conduziu a decidir de uma determinada forma. Trata-se do momento crucial para a observância do princípio do livre convencimento motivado, na medida em que o julgador deve, conforme o caso, afastar ou acolher as argumentações trazidas pelas partes, formando o substrato da sua decisão.

Na fundamentação, o magistrado tem que lidar com as questões de fato e de direito, as quais, uma vez apreciadas através do cotejo da fundamentação aduzida

pelas partes, são alvo de reflexão para efeitos da tomada de decisão (NEVES, 2016, p. 806).

Relevante destacar que a técnica de redação na fundamentação da sentença cível envolve, a despeito da ausência de previsão legal expressa totalmente sistematizada, uma ordem na apreciação das questões levadas a juízo, de modo a evitar vícios nas sentenças.

Ao se deparar com a necessidade de fundamentação da sentença cível, o magistrado deve apreciar as questões que ensejam análise de forma precedente ao mérito da causa, dividindo-se em preliminares e prejudiciais.

No que tange às preliminares, estas, uma vez acolhidas, obstam o julgamento do mérito. Já o julgamento das prejudiciais, apesar de não impedir a apreciação do mérito, tem direta influência na sua forma de ser (LOPES JUNIOR, 2022, p. 75).

Esclarecendo a temática, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero tratam, de forma clara e precisa, da diferenciação entre as questões preliminares e as questões prejudiciais:

> As questões prévias podem ser questões preliminares ou questões prejudiciais. A resolução das questões prejudiciais influencia sobre o conteúdo da resolução das questões subordinadas. O mesmo não se passa com as questões preliminares. O acolhimento das questões preliminares impede o exame das questões posteriores. Observe-se que as questões preliminares concernem ao ser ou não ser das questões posteriores, ao passo que as questões prejudiciais dizem respeito ao modo de ser das questões subordinadas. (2012, p. 309).

Vencidas as preliminares e as prejudiciais, o magistrado deve proceder à análise das preliminares de mérito, representando questões avaliadas anteriormente ao mérito e que têm o condão de extinguir o processo com julgamento de mérito. Feito isso, o magistrado se encontra preparado para apreciação do mérito propriamente dito, passando, posteriormente, ao dispositivo da sentença cível.

Cumpre destacar que o objetivo do presente estudo não se encontra em destacar as diversas divergências doutrinárias no âmbito da classificação das preliminares, das prejudiciais e das preliminares de mérito, mas sim em discutir a viabilidade de um modelo de padronização das sentenças cíveis, fato esse que permite a propositura de uma ordem de apreciação das questões por parte do magistrado.

A temática da padronização de sentenças cíveis constitui problemática para a qual a simples discussão de sua viabilidade requer inegáveis parcelas de tecnicismo por parte do magistrado. Justamente na fundamentação da sentença, o modelo padronizado pode demonstrar utilidade, na medida da garantia de que, apesar de ainda necessitar da apreciação concreta, ao menos o julgador se guia por parâmetros seguros.

Partindo-se na noção de que o dispositivo da sentença se embasa, mormente, nas questões discutidas na fundamentação, mostra-se apropriada a técnica de separação da fundamentação em capítulos de sentença, possibilitando ao magistrado maior clareza em sua decisão e permitindo às partes plena consciência de que o julgador se encontra inteirado das discussões levantadas, contribuindo para evitar recursos desnecessários.

Ao tratar da temática, Cândido Rangel Dinamarco explicita a relevância de separar em capítulos a fundamentação da sentença para a propriedade da decisão do magistrado:

> (...) Cada capítulo do decisório, quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos de outras. (2008. p.34).

Por fim, tendo o magistrado adotado a técnica mencionada e não ocorrendo o acolhimento de alguma questão que o impedisse de proceder à etapa subsequente, deve apreciar o mérito propriamente dito. Dessa forma, verificando a consistência da prova dos fatos e observando suas consequências jurídicas, o magistrado pode justificar a decisão a ser tomada no dispositivo da sentença.

1.4 Dispositivo

Uma vez devidamente relatado o processo pelo magistrado e existindo fundamentação do raciocínio adotado apreciadora da argumentação das partes, passa-se ao dispositivo da sentença.

No dispositivo, proclama-se o resultado do julgamento e o magistrado expõe o núcleo do julgamento, representando a parte da decisão apta à formação de coisa julgada (LUNARDI e REZENDE, 2018, p. 207).

O dispositivo exige extrema clareza por parte do magistrado, além de uma inevitável especificidade ao caso concreto, tendo em vista que não se pode restar qualquer resquício de dubiedade quanto ao fato de que a decisão possui um comando determinado e destinado às partes, as quais passarão a ter a obrigação de seu cumprimento após o trânsito em julgado.

Em linhas gerais, a redação adequada do dispositivo da sentença cível envolve a decisão da relação jurídica principal, local no qual o magistrado, de forma coerente ao relatado e a sua fundamentação, procederá à apreciação da procedência ou improcedência dos pedidos (DINIZ, 2023, p.709).

Feito isso, ainda no dispositivo, o magistrado tem por dever a análise da distribuição de ônus de sucumbência, verificando, conforme o caso, a necessidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais.

Finalizando a sentença após providências especiais, o magistrado ordena a publicação, o registro e a intimação na forma devida, seguidos de sua assinatura.

2. A PRÁTICA PROCESSUAL CIVIL E AS SENTENÇAS-PADRÃO

A padronização das sentenças cíveis para aumento de produtividade dos magistrados constitui prática de verificação inconteste e de longa data no Poder Judiciário.

Os advogados e demais operadores da prática jurídica estão cientes da chamada sentença-padrão, a qual é, muitas vezes, criticada em face de sua alegada ausência de pessoalidade e do suposto distanciamento quanto ao caso concreto.

A problemática existe e deve ser enfrentada. Por um lado, demonstra-se complexo o cenário de um magistrado que, simplesmente, baseia-se no comodismo da padronização e corre o risco de cometer inadequações aos casos concretos. Por outro lado, também se perfaz inconsistente a simples alegação de operadores do direito no sentido de que toda a sentença deve ser confeccionada desde sua origem e sob um perfil completamente inédito para cada caso concreto.

Imperioso esclarecer que, em momento algum, defende-se que as sentenças cíveis não sejam únicas em certos termos para cada caso, mas sim que podem ser estabelecidos parâmetros razoáveis de atuação do magistrado que evitem desperdícios de longos lapsos temporais confeccionando sentenças que já se encontram concluídas em padrões quase integrais e adequados aos casos concretos.

A prática dos tribunais brasileiros demonstra incentivo ao menos reflexo na atuação por padronização de sentenças por parte do magistrado, em especial quando se valoriza, substancialmente, a produtividade do magistrado, o qual passa a buscar decidir o maior número de casos no menor tempo possível.

Exemplificando a consideração, há os bancos de sentenças disponibilizados para os magistrados por alguns tribunais como perceptíveis manifestações de que a padronização de decisões se encontra enraizada na prática cível brasileira, sendo relevantes as considerações quanto a seus contornos práticos.

Não há possibilidade de se afastar da conclusão referente à existência de benefícios nas referidas práticas processuais quando adequadamente utilizadas, mostrando-se relevante esclarecer que o presente estudo tem o objetivo de comprovar a hipótese de que a padronização das sentenças cíveis por parte dos magistrados, uma vez realizada de forma técnica e em consideração às especificidades do caso concreto, acarreta prevalentes benefícios em relação à tutela jurisdicional.

Contribuindo para o conjunto argumentativo no sentido da viabilidade da padronização, pode-se destacar o interessante módulo de "Gabinete do Juiz", apresentado por integrantes do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, tendo o projeto concorrido ao Prêmio *Innovare*[3].

O mencionado módulo funciona em duas interfaces distintas: a do assessor e a do magistrado. Na primeira, o assessor elabora estruturas de sentenças e despachos tendo a sua disposição uma biblioteca com modelos de sentenças padronizadas, os quais são utilizados para acelerar a movimentação processual, ficando o trabalho aguardando a assinatura digital do magistrado.

Em outra esteira, a interface do magistrado permite que esse cadastre seus modelos de sentenças e despachos, procedendo a uma separação por área de atuação. Uma vez verificados processos com decisões já elaboradas, o magistrado procede às devidas correções e as assina digitalmente, gerando, automaticamente, os movimentos processuais.

O referido projeto contribui para demonstrar que a rapidez e a eficiência da justiça podem ser conciliadas com a atuação dos magistrados através de padrões e bancos de dados de sentenças, permitindo que os advogados e os jurisdicionados

[3] Portal Prêmio Innovare. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/gabinete-do-juiz/6493>. Acesso em: 20.05.2024.

tomem conhecimento ainda mais rápido das decisões, na medida em que o andamento e a decisão são automaticamente inseridos na consulta processual.

Sem dúvidas, cuidados especiais devem ser tomados por parte dos magistrados para que os diversos bancos de sentenças estejam sempre atualizados e que as decisões reflitam, perfeitamente, seu entendimento sobre o caso. A iniciativa demonstra que existem alternativas práticas a uma completa padronização das decisões ou a uma confecção integral de todas as sentenças cíveis do relatório ao dispositivo por parte do magistrado sem qualquer auxílio.

A padronização de sentenças cíveis na sistemática processual civil brasileira, além de evidentes ganhos de produtividade por parte dos magistrados, ajuda a evitar situações nas quais os juízes, imaginando uma promoção da conformidade de suas decisões ao caso concreto, acabam por confeccionar sentenças que fogem da boa técnica e terminam por abarcar diversas considerações de âmbito pessoal prejudiciais à prestação jurisdicional.

Em texto acadêmico, Gisele Mascarelli Salgado (2012) procede a uma abordagem das sentenças dos magistrados que fogem do padrão e suas consequências no âmbito da prestação jurisdicional. A mencionada autora segue linha no sentido de que a padronização das sentenças representa uma tentativa de reafirmação do caráter de ciência do Direito, mas que esse caráter não explica a prática jurídica atual, marcada pelo caráter de instituição social do Direito.

Trazendo em termos práticos, a autora percebe as manifestações das sentenças que fogem do padrão de técnica como uma realidade do Direito, devendo ser entendidas como manifestações legítimas dos magistrados (SALGADO, 2012).

A menção ao referido texto se perfaz relevante, pois permite a reflexão de que a padronização de sentenças cíveis não pode bloquear ou embarreirar a atuação do magistrado no caso concreto, mas sim contribuir para a organização da função jurisdicional.

Elucidando as considerações, a argumentação que se defende no presente trabalho encontra sua solução mais coerente no caminho do meio. A prática de padronização de sentenças cíveis deve ser vista como forma de auxiliar o magistrado no trabalho de confecção da sentença, mas nunca como porto seguro que permite que juízes apenas assinem sentenças cíveis redigidas por outras pessoas não investidas da função jurisdicional.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Por outro lado, não se pode exigir do magistrado que, em todos os casos postos a julgamento, confeccione decisões desde sua origem e sem qualquer auxílio de padrões de atuação, sob pena de instigar a atividade inventiva do magistrado em limites com os quais o Judiciário não pode ser obrigado a lidar.

Explicitando o fato de que o extremo oposto à completa padronização das decisões se mostra igualmente não recomendável, imperioso mencionar as sentenças cíveis que vêm sendo prolatadas por alguns magistrados em forma de poesia.[4]

As referidas decisões, na posição defendida no presente trabalho, deixam de observar a clareza e a determinação exigidas de uma sentença. A utilização de metáforas e das demais figuras de linguagem tipicamente cabíveis na linguagem poética, tornam a linguagem da sentença repleta de percepções pessoais do magistrado derivadas de adjetivações e, ainda, permitem excessiva ampliação do sentido das palavras empregadas em uma decisão técnica.

Ainda que compreendendo a posição daqueles que acreditam na mínima viabilidade da mencionada forma de decisão, o que se pretende é, apenas, demonstrar a relevância da padronização das sentenças cíveis ao menos em um espectro formal mínimo.

Isso porque o magistrado, quando decide, está investido da função jurisdicional e deve preconizar não só pela equidade no caso que lhe é exposto, mas também pelo raciocínio de forma a contribuir para que os processos tenham uma condução com razoável duração e com compreensão ampla pela população.

3. A DICOTOMIA ENTRE EFICIÊNCIA E EQUIDADE

O posicionamento favorável à padronização das sentenças cíveis em prol da eficiência na prestação jurisdicional pode levar a uma percepção de que, em princípio, mostrar-se-ia indiferente quanto à justiça no caso concreto.

Em termos jurídicos, a padronização conduziria a uma suposta quebra da equidade por parte dos juízes, sendo essa uma crítica que deve ser levada em consideração.

A equidade, em estrutura trazida por Miguel Reale (2002), representa a justiça em sua aplicação quanto a um caso concreto, de forma que deve ser inerente à

[4] Portal G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/11/09/ja-conhecido-por-sentenca-em-versos-juiz-repete-feito-em-nova-decisao-em-jaragua.ghtml>. Acesso em: 20.05.2024.

sentença cível a observância da referida noção, sob pena de inadequação na tutela jurisdicional.

No presente estudo, a pretensão passa por demonstrar que, uma vez observados parâmetros pelo magistrado na padronização de suas decisões sem desconsiderar as peculiaridades do caso concreto, a dicotomia entre a eficiência da prestação jurisdicional e a equidade se torna aparente.

O que se pretende afirmar consiste no fato de que não deve haver receio de confirmar e incentivar a padronização das sentenças cíveis por parte dos magistrados, desde que se tenha em mente que essa atuação não significa uma facilitação ocasionadora de perdas aos jurisdicionados.

Todavia, para que se possa, efetivamente, alegar que a padronização da sentença cível constitui prática recomendável, inevitável estabelecer dois limites principais: a adequada técnica da sentença cível e a impropriedade na avaliação desproporcional dos magistrados por critérios de eficiência quantitativa.

Um primeiro contrapeso à padronização das sentenças cíveis é a adoção pelo magistrado de uma técnica de redação da sentença cível consistente e organizada, evitando que as sentenças-padrão sofram críticas em seus aspectos formais.

No âmbito da prática processual civil brasileira, o relatório da sentença, por muitas vezes tido como mera reprodução dos autos, guarda posição crucial na análise da problemática discutida no presente trabalho.

O relatório é motivo de controvérsias face à equidade, pois gera constantes debates relativos ao conflito entre o excesso quantitativo de processos e a viabilidade de confecção personalizada dos relatórios.

Concorda-se com o entendimento de que o relatório não pode sofrer padronização total, ainda que levada a efeito por assessores do magistrado. A exigência legal do relatório individual se satisfaz com um breve resumo dos fatos do caso específico, demonstrando-se, precisamente, que o magistrado se encontra ciente do andamento processual.

No que se refere à fundamentação e ao dispositivo, o respeito por parte do magistrado da ordem de análise das questões postas a seu apreço na fundamentação, a plena consciência das argumentações desenvolvidas pelas partes e a congruência entre o efetivamente provado e o decidido permitem que exista uma conformação permissiva da padronização das sentenças cíveis em seu aspecto formal, sem prejuízo da análise material.

A busca pela eficiência na atuação jurisdicional com a padronização dos modelos de sentença, uma vez pautada em uma atividade conjunta e organizada entre o magistrado e assistentes, traz inequívocos benefícios não só para o Poder Judiciário, mas para o jurisdicionado que observa sua pretensão ser julgada em conformidade com a lei e em menor tempo.

Além disso, para que a eficiência da atuação jurisdicional não se perfaça contraditória face ao conteúdo da equidade, imprescindível que se demonstre o afastamento do espectro de análise meramente quantitativo quanto à atuação dos magistrados na redação de sentenças.

Caso se parta da concepção exclusivamente quantitativa para o atendimento de metas pelos magistrados, a padronização das sentenças cíveis se torna medida a ser vista com grandes ressalvas, mormente pelos prejuízos concretos que podem causar enquanto o julgador tiver em mente, de forma prioritária, os números e não as complexidades de cada caso.

Sem qualquer dúvida, para a legitimidade da padronização das sentenças cíveis, não há como adotar o pensamento no sentido de que o problema não existe e simplesmente ignorá-lo, sob pena de se ferir a equidade de forma latente e inadmissível.

Nesse sentido, para que a eficiência e a equidade se compatibilizem e permitam a padronização das sentenças cíveis por parte dos magistrados, em primeiro lugar, a técnica de redação da sentença deve ser apropriada formalmente, garantindo-se que o menor tempo gasto em cada processo pelo julgador face à padronização seja destinado ao lapso gasto com aspectos de cunho material da sentença. Em segundo lugar, o julgador deve ser inserido em um contexto no qual se evitem pressões por produtividade quantitativa desproporcional, permitindo que se concentre na qualidade de suas decisões. Por fim, os magistrados devem ter consciência de que a padronização das decisões enseja cuidados redobrados quanto às peculiaridades dos casos concretos, sob pena de tornar infrutífero o esforço de compatibilização.

4. CONCLUSÃO

A padronização das sentenças cíveis, conforme destacado, constitui prática regular entre os diversos magistrados brasileiros, devendo ser apreciada sob a óptica

de possíveis violações à equidade derivadas da eventual ausência de apropriada consideração das particularidades concretas levadas ao Poder Judiciário.

Apesar de merecer aplicação embasada em parâmetros específicos, a padronização de sentenças cíveis consiste em prática recomendável e viável, ainda que recebendo críticas de operadores em razão da demasiada relação com a produção quantitativa de sentenças em detrimento da prestação jurisdicional adequada.

Precisamente nesse aspecto, propõe-se que a viabilidade da sentença cível padronizada passa por uma rigorosa estrutura formal a ser seguida pelo magistrado ao elaborar o relatório, a fundamentação e o dispositivo da sentença. Além disso, necessita da conscientização por parte do julgador quanto às especificidades dos casos que lhe são levados à análise.

Nesse sentido, o magistrado, valendo-se da técnica formal adequada, pode economizar tempo em prol da eficiência da atividade jurisdicional, direcionando esse lapso temporal adquirido com a padronização para garantia da equidade de suas sentenças, tornando a dicotomia entre eficiência quantitativa e equidade meramente aparente.

Dessa forma, garantindo-se que o magistrado tenha poder de manter essa equação equilibrada, em especial com a redução significativa da pressão desproporcional por produtividade unicamente quantitativa, pode-se vislumbrar um cenário favorável à padronização das sentenças cíveis. Assim, referido procedimento, apesar de já seguido, em alguma medida, na prática processual civil, deve ser dotado de tecnicidade e conduzido com coerência quanto aos casos concretos.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BERTASSO, Marcelo Pimentel. **Praticando a Sentença Cível.** 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20.05.2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. **Redigindo a Sentença Cível.** 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.
JORGE NETO, Nagibe de Melo**. Sentença Cível: Teoria e Prática**. 7. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. **Curso de Sentença Cível: Prática e Desenvolvimento de Habilidades.** Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Jaylton. **Sentença cível: construção e estruturação.** 6. Ed. Brasília: CP Iuris, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: **comentado artigo por artigo.** 4. Ed**.** São Paulo: Revista dos Tribunais; 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvador: JusPodivm, 2016.

NINIZ, Rodrigo Vaslin. **Manual de Direito Processual Civil.** 2. Ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2023.

PORTAL G1. Disponível em: < https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/11/09/ja-conhecido-por-sentenca-em-versos-juiz-repete-feito-em-nova-decisao-em-jaragua.-ghtml>. Acesso em: 20.05.2024.

PORTAL PRÊMIO *INNOVARE*. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/gabinete-do-juiz/6493>. Acesso em: 20.05.2024.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sentenças estranhas? O direito judicial nos meios eletrônicos de comunicação**. Âmbito Jurídico, v. 98, p. 11329, 2012.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

CUSTODY HEARING IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Stephanie Kodlulovich Pintor[1]

Resumo: Para compreendermos um instituto jurídico, em especial quando se pretende propor reflexões concernentes à sua efetividade, mostra-se essencial a análise de suas origens e evolução. Apenas por meio da compreensão das necessidades que suscitaram a sua implementação e dos objetivos inicialmente pretendidos, é possível avaliar a concretização de suas finalidades. Sob tal perspectiva, o presente artigo visa a fornecer um panorama geral sobre a recepção das audiências de custódia no ordenamento jurídico pátrio, demonstrando o papel essencial desse instituto para a consecução de direitos fundamentais. Com isso, pretende-se contribuir para o aperfeiçoamento da aplicação prática desse instrumento, permitindo a melhor adaptação de tal ferramenta jurídica ao cenário nacional e aos desafios que lhe são inerentes.

Palavras-Chave: audiência de custódia; tratados internacionais; presos provisórios; sistema prisional; proteção do preso.

Abstract: To comprehend a legal institution, particularly when seeking to offer insights into its efficacy, it is imperative to scrutinize its origins and development. Only by grasping the needs behind its implementation and the initially intended goals, it is possible to evaluate the realization of its aims. From this standpoint, this article endeavors to outline the reception of custody hearings in Brazil at the domestic level, demonstrating the essential role of this legal institution in achieving fundamental rights. Thus, the aim is to contribute to enhancing the practical application of this mechanism, facilitating its better alignment with the national context and the inherent challenges it presents.

Keywords: custody hearing; international treaties; pretrial detainees; prison system; prisoner protection.

1. INTRODUÇÃO

A audiência de custódia no Brasil não partiu de um modelo plenamente finalizado, mas da urgência, constatada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de se atender aos tratados internacionais de direitos humanos no que tange ao controle judicial das medidas de privação de liberdade. Isso porque o modelo anterior adotado pelo Brasil, cujo controle judicial se realizava por meio da mera comunicação da prisão em flagrante ao juiz, mostrava-se insuficiente para atender aos níveis de exigência convencionais, que, visando a racionalizar a entrada no sistema carcerário e apurar ilegalidades, determinam o comparecimento ante o juiz ou autoridade judicial competente. Verifica-se a imprescindibilidade de tal comparecimento no art. 7.5 da

[1] Bacharela pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Juíza Substituta do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). E-mail: stephanie.kv@hotmail.com.

Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), bem como do artigo 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDESC), que prezam pela condução do acusado à presença de autoridade competente.

Assim, com fundamento no deferimento de cautelar no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, seguiu-se uma gradual evolução desse importante instituto. Inicialmente, a audiência de custódia teve sua regulamentação realizada por meio de resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), amparada pelos delineamentos fornecidos pelas relevantes decisões do STJ e do STF, além de importante contribuição doutrinária sobre o tema, culminando com a sua previsão expressa no Código de Processo Penal (CPP), com a Lei 13.964/2019.

Tal positivação indica a consagração do instituto no seio do ordenamento jurídico brasileiro, e os resultados de sua consolidação já podem ser mensurados por meio da progressiva redução do percentual de presos provisórios no sistema penitenciário[2], o que representa grande progresso na concretização de direitos.

A fim de que seja possível tecer com mais profundidade considerações relativas à gênese da audiência de custódia e o percurso de sua implementação, será realizada uma explanação mais abrangente acerca de seu conceito e dos dispositivos constitucionais que lhe são aplicáveis, da importância dos tratados internacionais que versam sobre controle de legalidade das prisões, bem como o preponderante papel da ADPF 347 no curso desse processo.

Em seguida, se discorrerá sobre relevância da apresentação da pessoa presa perante a autoridade judicial competente, bem como os objetivos e finalidades do instituto, analisados à luz dos fatores que dirigiram o processo de sua implementação, passando por sua regulamentação pela Resolução 213/15 do CNJ até recepção do instituto pelo CPP e as recentes decisões do STF concernentes ao tema.

Tal percurso possibilitará que se conclua, com mais clareza, sobre o papel que desempenha a audiência de custódia na a proteção da pessoa custodiada,

[2] No momento do ajuizamento da ADPF 347, em 2015, estimou-se que cerca de 40% das pessoas em situação de aprisionamento estavam presas provisoriamente. Segundo dados fornecidos pelo 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2020, 30,2% dos presos estavam provisoriamente detidos. Em 2021, o número decaiu para 28,5%. Os dados mais recentemente publicados, relativos ao ano de 2022, seguem em assinalando a queda do percentual dos presos provisórios, que, segundo dos dados mais atuais, correspondem a 25,3% da população presa. O anuário completo pode ser consultado por meio do link abaixo:
<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>

contribuindo para o aperfeiçoamento da aplicação prática desse instrumento frente aos desafios que o cenário brasileiro a ela interpõe.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Audiência de custódia: conceito e dispositivos constitucionais aplicáveis

A audiência de custódia consiste no direito de todo o cidadão preso a ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz, de modo que a legalidade e necessidade de sua prisão sejam apreciadas, bem como sejam constatadas e se façam cessar eventuais práticas ilícitas, por exemplo, a sujeição da pessoa custodiada a maus-tratos ou tortura.

Na oportunidade, caberá ainda ao juiz analisar se a prisão cautelar deve ser decretada (CPP, art. 310, inciso II) ou se o preso poderá receber a liberdade provisória (CPP, art. 310, inciso III) ou medida cautelar diversa da prisão, prevista no artigo 319 do CPP.

A Constituição Federal (CF/88) assegura em seu artigo 5º diversos direitos no tocante à prisão cautelar, vedando que o indivíduo seja preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo exceções expressamente previstas (inciso LXI); o direito à comunicação imediata da prisão ao juiz e à família ou pessoa indicada (inciso LXII); à informação sobre seus direitos, em especial o de permanecer em silêncio, assegurando-se a assistência da família e do advogado (inciso LXIII); o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial (inciso LXIV); de que a prisão ilegal seja imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (inciso LXV) e de não ser levado à prisão ou nela mantido, quando admitida a liberdade provisória (inciso LXVI).

Ademais, a Carta Maior, em seu art. 93, inciso IX, consagra o princípio da motivação das decisões judiciais ao determinar que todas as decisões de tal estirpe devam ser devidamente motivadas, sob pena de nulidade.

Assim, a Constituição Federal já previa o direito à comunicação imediata da prisão ao juiz, sendo certo que, encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante, no prazo de 24 horas, nos termos do artigo 306, §1º, do CPP, a legalidade da prisão já deveria ser objeto de análise pelo juízo competente, ao qual cabia, consoante a anterior redação do dispositivo, relaxar a prisão ilegal e conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou ainda converter o flagrante em prisão preventiva quando fossem preenchidos os requisitos legais para tal.

Com isso, é possível perceber que, apesar de não cumprir todos os parâmetros internacionais, o ordenamento jurídico doméstico, per si, já oferecia amplo rol de garantias ao custodiado. Dessa forma, não se trata inovação absoluta, mas sim de um aperfeiçoamento da proteção anteriormente prevista.

2.2. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos: a audiência de custódia no panorama internacional

A decisão sobre a legalidade do flagrante e necessidade da prisão, depois de encaminhado o auto de prisão em flagrante ao juiz, conforme o mencionado na seção anterior, se mostrava insuficiente sob o ponto de vista do rito processual adotado, porquanto incompatível com o procedimento previsto nos tratados internacionais que versam sobre o tema.

Com efeito, de acordo com o artigo 9.3 do PIDESC, “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer as funções judiciais (...)”. No mesmo sentido, o artigo 7.5 da CIDH, também referida como Pacto de São José da Costa Rica, aponta que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, no bojo do Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP, a supralegalidade dos tratados internacionais que tratam dos direitos humanos, cabendo ainda o registro das disposições dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal. Tais dispositivos preveem a eficácia imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como que aqueles previstos na CF/88 não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Assim, não devem haver divergências no que tange à obrigatoriedade de sua observância.

2.3. O importante papel da ADPF 347 para implementação da audiência de custódia e o delineamento dos parâmetros de sua adequada realização

Uma vez constatada a imperatividade da observância de direitos e garantias constantes em tratados internacionais, a implementação da audiência de custódia no Brasil teve início com a determinação, pelo Supremo Tribunal Federal, de que a prática processual nacional fosse compatível com os diversos tratados internacionais sobre

direitos humanos ratificados pelo país, destacadamente o PIDESC e o Pacto de São José da Costa Rica, mas também a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis.

No tocante à referida decisão, vale lembrar que a ADPF 347 é conhecida por reconhecer o "estado de coisas inconstitucional" no sistema prisional brasileiro, isto é, o "quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária".

Nesse contexto, por ocasião do julgamento da medida cautelar na mencionada ADPF, foi reconhecida a obrigatoriedade de que juízes e tribunais observassem os supramencionados artigos 9.3 do PIDESC e 7.5 da CIDH, realizando audiências de custódia de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Dessa forma, o instituto da audiência de custódia desempenha um papel essencial para o enfrentamento dos desafios à proteção de direitos dos custodiados; a condução da pessoa presa à presença do juiz, além de oportunizar um controle judicial mais efetivo das medidas de aprisionamento, promove o resguardo da integridade física e psíquica do preso, coibindo a prática de maus tratos e tortura.

Na ocasião, o indivíduo preso, submetido à entrevista[3], terá a oportunidade de exibir ao juiz quaisquer lesões que apresentar, sem prejuízo da realização do laudo de exame de corpo de delito. Poderá ainda informar os seus rendimentos mensais, de modo a contribuir para o arbitramento de um valor justo a título de fiança, bem como informar sobre a existência de filhos e suas idades e relatar quaisquer enfermidades que possua, fornecendo elementos para que a defesa formule pedido de prisão domiciliar, caso preenchidos os requisitos legais.

Na audiência de custódia, o juiz poderá, ainda, verificar a existência de indícios de transtornos mentais ou dependência química, adotando as medidas cabíveis, inclusive no tocante ao encaminhamento assistencial, além de outras possibilidades que contribuam para suprir lacunas nas informações fornecidas no distrito policial,

[3] Convém acrescentar breve explicação sobre o termo entrevista. Determina o artigo 8º da Resolução 213/2015 que a autoridade judicial "entrevistará" a pessoa presa, e não a "interrogará". Conforme explica Aury Lopes Jr., (2024), a entrevista limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante, e a presença ou não dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, sendo vedado ao juiz, ao Ministério Público e à defesa incursões no mérito que extravasem os limites da finalidade da audiência de custódia. Nada obstante, ainda que diversa do interrogatório, garante-se o direito ao silêncio, bem como à vedação ao uso injustificado de algemas, nos termos a Súmula Vinculante n.º 11 do STF.

permitindo assim que a decisão judicial seja a mais adequada à situação do custodiado.

A audiência de custódia também tem a importante finalidade de evitar quaisquer excessos na exposição midiática da imagem do indivíduo preso, inclusive por meio do chamado *perp walk*, termo norte-americano para se referir à prática policial de exibição intencional do acusado à mídia.

Conforme se verá mais detalhadamente em sede de conclusão, ainda que o processo de imputação penal esteja em contínuo processo de aperfeiçoamento, as audiências de custódia lograram êxito em reduzir significativamente o número de presos provisórios, o que assinala sua importância para maximizar a concretização de direitos fundamentais e o acesso à justiça.

2.4. A relevância da apresentação da pessoa presa perante o juiz

No tocante à apresentação do custodiado, sem demora, tal como previsto nos mencionados tratados internacionais, é cediço que a pessoa presa, via de regra, tem a sua defesa dificultada pela impossibilidade de buscar documentos ou outras provas que corroborem suas alegações.

Nesse contexto, conforme ensina a doutrina, “a realização de uma audiência, levando-se o preso à presença do juiz, que deverá ouvi-lo, de viva voz, implementa um importante mecanismo dialético de controle da legalidade e justiça da prisão cautelar.” (BADARÓ, 2014, sem paginação).

No mesmo sentido, como bem apontaram Alexandre Morais da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker, a realização das audiências de custódia se justifica porque:

> Assim como a prisão em flagrante exige o calor da evidência do delito ainda, da mesma forma a audiência de custódia se fundamenta nessa premissa, pois o contato imediato do juiz com o conduzido e testemunhas pode representar aproximação mais fiel dos fatos, do suposto autor do delito e de suas circunstâncias e risco à garantia da instrução (DA ROSA e BECKER 2017, p. 46).

Vale ainda a transcrição de trecho do voto do Ministro André Mendonça por ocasião do julgamento da Reclamação 29.303/RJ, no sentido de que:

> As finalidades da audiência de custódia serão mais eficientemente atendidas pelo contato direto entre a pessoa presa e o magistrado, dando-se a este, por seus olhos e sentir, maior oportunidade de colher todas as circunstâncias do caso, as quais nem sempre são apreendidas apenas com a letra fria do papel. (BRASIL, 2024, p.6)

Assim, evidentes são as vantagens da audiência de custódia tal como delineada no plano internacional, sobretudo a pessoalidade, manifesta no contato direto entre custodiado e autoridade competente. Tal procedimento não só humaniza a imputação penal, porquanto otimiza a individualização de cada um dos casos apresentados ao magistrado, como também, ao prezar pela oralidade, maximiza o acesso à justiça.

2.5. Regulamentação pela Resolução 213/15 do CNJ

Diante da determinação da Corte Suprema nacional quanto à realização obrigatória da audiência de custódia, seguiu-se a sua regulamentação por meio da Resolução 213/15 do CNJ, que "dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas".

A mencionada Resolução, além de fixar um significado objetivo à expressão "sem demora" constante nos tratados internacionais, trouxe ainda importantes disposições, prevendo expressamente a necessidade de sua realização na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado constituído, sendo, porém, vedada a presença de agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia (Resolução 213/15, artigo 4º e parágrafo único). Ademais, tratou-se ainda do direito ao atendimento prévio e reservado por advogado ou defensor público em local que garanta a sua confidencialidade (Resolução 213/15, artigo 6º e parágrafo único).

A Resolução 213/15 do CNJ também traz os esclarecimentos que devem ser realizados ao custodiado, garantias a serem conferidas e providências a serem adotadas pela autoridade judiciária, notadamente no tocante à realização de exame de corpo de delito, devendo ainda a oitiva da pessoa presa ser registrada, preferencialmente, em mídia.

Na ocasião, o Ministério Público e a defesa técnica também têm a oportunidade de elaborar perguntas, formulando os requerimentos necessários referentes à prisão e à adoção de outras medidas necessárias para a preservação de direitos da pessoa presa (Resolução 213/15, artigo 8º).

Há ainda importantes disposições no tocante à garantia das pessoas presas em flagrante delito ao direito à atenção médica e psicossocial eventualmente necessária, resguardando-se, porém, a natureza voluntária desses serviços (Resolução 213/15, artigo 9º, §3º).

Ademais, a Resolução prevê as providências a serem adotadas no caso de suspeita de tortura ou maus-tratos, hipótese em que "será determinado o registro das informações, tomadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado" (Resolução 213/15, artigo 11).

Cumpre ainda observar que o artigo 13 da Resolução já previa que a audiência de custódia também deveria ser realizada nas hipóteses de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva.

No mesmo sentido, decidiu o STF, na Reclamação 29.303, julgada no ano de 2023. Segundo o STF, a audiência de custódia deve ser realizada em decorrência de todas as modalidades de prisão – inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas – não se limitando à prisão em flagrante, uma vez que as normas internacionais que asseguram a apresentação do preso sem demora à autoridade judicial não fazem qualquer distinção.

Nesse ponto, cabe observar que, no caso de audiência de custódia realizada por ocasião de cumprimento de mandado de prisão, embora igualmente imprescindível, haverá certas diferenças. Sobre o tema, Vinícius Marçal e Cleber Masson (2016) afirmam que ela somente é compatível com o escopo protetivo da audiência de custódia, mas não com o meritório. Isto é, não caberia ao juiz revisar os fundamentos que ensejaram a prisão, mas verificar se houve o respeito à integridade física e psicológica do preso. Conforme ressaltam os autores:

> E dessa forma nos parece porque atentaria contra a lógica do razoável o fato de um mesmo juiz (parágrafo único do art. 13 da Res. 213/2015-CNJ), reconhecendo o "perigo da liberdade" do sujeito da medida (periculum libertatis), decretar sua prisão temporária ou preventiva e revogar a sua própria decisão tão logo cumprida a ordem, antes, pois, da produção de qualquer efeito em benefício da investigação. (MARÇAL E MASSON, 2016, sem paginação)

A Resolução conta ainda com protocolos relativos aos "Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia" (Protocolo I) e "Procedimentos

para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes" (Protocolo II).

Ressalte-se, ainda, que o CNJ desempenhou o importante papel de regulamentar os mais diversos aspectos das audiências de custódia antes de sua efetiva previsão no Código de Processo Penal, a exemplo da Resolução n. º 357, de 26 de novembro de 2020 – posteriormente revogada pela Resolução n. º 481, de 22 de novembro de 2022 – que dispôs sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não fosse possível a sua realização, em 24 horas, de forma presencial, durante a época de pandemia da Covid-19.

Mesmo com a positivação do instituto no Código de Processo Penal, entende-se que, naquilo em que lei processual penal for omissa, segue vigente o disposto na Resolução 213/15, bem como em seus respectivos protocolos.

2.6. A previsão da audiência de custódia no Código de Processo Penal: superveniência da Lei nº 13.964/2019, o Pacote Anticrime, e as recentes decisões do STF sobre o tema

No tocante ao histórico da audiência de custódia no Brasil, merece destaque a publicação da Lei nº 13.964/2019, em 24 de dezembro de 2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrime e inseriu no Código de Processo Penal previsão expressa da audiência de custódia nos arts. 287 e 310, *caput* e §§ 3º e 4º do CPP.

O artigo 310, *caput*, do CPP, em sua nova redação, passou a prever:

> Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público [...]. (BRASIL, 2024, sem paginação).

É interessante observar que não havia, nos tratados internacionais anteriormente mencionados, o lapso temporal específico que configuraria "sem demora", em uma tentativa, ao que nos parece, de permitir que tal prazo possa ser estipulado pelos diferentes países, em atenção às peculiaridades locais.

A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e o legislador pátrio reputaram o prazo de 24 horas o mais adequado. Nesse ponto, Alexandre Morais da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker realizam um paralelo com as legislações estrangeiras, explicitando:

> No Reino Unido: 24 horas sem comunicação e depois dois dias para a apresentação ao juiz; França: crimes leves 24 horas, mas em crimes com pena maior de um ano 48 horas, e, em casos especiais, 76 horas. Crimes de gravidade especial de 96 a 120 horas (ex. terrorismo); Espanha: prazo de 72 horas; Alemanha: "no dia seguinte", o que é entendido como um máximo de 47 horas e 59 minutos; Portugal: após 48 horas; Suécia: 72 horas; Colômbia: 36 horas; Chile e México: apresentação ao promotor em 12 horas e ao juiz em 24 horas; África do Sul: 48 horas (DA ROSA E BECKER, 2018, pp. 47-48).

Cabe ressaltar que tal prazo não deve se distanciar do momento da prisão em flagrante a ponto de impedir ao juiz a verificação de eventuais ilegalidades cometidas, visto que o decurso do tempo pode fazer com que desapareçam sinais de agressão policial, a título de exemplo.

Por outro lado, não se pode ignorar as dificuldades ínsitas ao sistema penal brasileiro, motivo pelo qual o STF reconheceu que a inobservância do prazo de 24 horas não acarreta, necessariamente, o relaxamento da prisão.

Observa-se que, com a Lei 13.964/2019, a nova redação do artigo 3º-B, §1º, do CPP passou a prever:

> O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência (BRASIL, 2024, sem paginação).

Ademais, prevê o §4º do mesmo dispositivo que, transcorridas 24 horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

Nada obstante, no julgamento das ADI's 6.298/DF, 6.299/DF, 6.300/DF e 6.305/DF, de relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux, em 24 de agosto de 2023, o STF atribuiu interpretação conforme para relativizar o dispositivo, entendendo que o prazo de 24 horas poderá ser estendido em caso de impossibilidade fática que impeça o seu cumprimento.

Ainda assim, consignou-se que a autoridade judiciária deverá avaliar se estão presentes os requisitos para a prorrogação excepcional do prazo, de modo que não há falar em automático relaxamento da prisão, tampouco em colocação imediata do agente em liberdade em tais hipóteses.

Cumpre ainda observar que a possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência sempre foi objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, notadamente após o término do período de pandemia.

Há o entendimento de que o contato por mera transmissão de som e imagem não permitiria ao juiz a avaliação precisa no tocante à prática de tortura e maus-tratos, não sendo apta a substituir o contato direto entre o juiz e o custodiado.

Todavia, não foi o que prevaleceu, pois no referido julgamento decidiu o STF que em determinados casos pode ser admitido o emprego de videoconferência, mediante decisão da autoridade judiciária competente, desde que esse meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que a audiência de custódia é um instrumento essencial de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo preso, seja em flagrante ou por força de cumprimento de mandado de prisão (temporária, preventiva ou definitiva). A evolução do instituto no ordenamento jurídico nacional foi gradativa e dependeu de esforços conjuntos de todos os poderes: Judiciário, Executivo e Legislativo.

Não se pode questionar que as audiências de custódia tenham obtido significativo sucesso ao reduzir o número de presos provisórios: em 2014, esses constituíam cerca de 40% da população carcerária[4], ao passo que os dados mais recentes apontam o progressivo decréscimo de tal percentual, que, atualmente, repousa em 25,3%, conforme o apurado pelo 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado em 2023. Tais números representam uma perspectiva positiva no que concerne a um caminho para a superação progressiva do quadro do sistema prisional brasileiro que motivou a ADPF 347.

Nesse ponto, embora insuficiente *per si* para a superação do chamado "estado de coisas inconstitucional" do sistema prisional brasileiro, o instituto, por meio de seu constante processo de evolução, vem permitindo ao magistrado angariar maior amplitude de elementos para a tomada de uma decisão mais adequada no tange ao

[4] Tal dado é mencionado na petição inicial da ADPF 347 (pág. 6), que, no momento de seu ajuizamento, se valeu do Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, realizado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas Conselho Nacional de Justiça, publicado em 2014.

status libertatis indivíduo, racionalizando a entrada do cidadão no sistema penitenciário, maximizando a proteção do custodiado e, na em medida que privilegia a oralidade, também ampliando o acesso à justiça.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer formulado em razão de consulta do IDDD e da Defensoria Pública da União, para a Ação Civil Pública registrada sob o n. 8837-91.2014.4.01.3200.** Disponível em: <https://www.academia.edu/-9457415/Parecer_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%AAncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em: 20.05.2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20.05.2024.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. º 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf>. Acesso em: 19.05.2024.

_____. Decreto-Lei n. º 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Atos Internacionais. Disponível em: <http://www.planalto.go.v.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 19.05.2024.

_____. Decreto n. º 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Promulgação. Atos Internacionais. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 19.05.2024.

_____. Decreto-Lei n. º 3.689, de 3 outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Brasília: Presidência da República, 2024. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 19.05.2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 20.05.2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 29.303/RJ**. Relator: Min. Edson Fachin. Reclte: Defensoria Pública do Estado do Rio de. Janeiro. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767533082>. Acesso em: 20.05.2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Possibilidade excepcional de realização de audiência de custódia por videoconferência**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/46f6341ce05f71416cddc3e42a76102c>. Acesso em: 19.05.2024.

DA ROSA, Alexandre Morais e BECKER, Fernanda E. Nöthen. Audiência de custódia no Brasil: desafios de sua efetiva implementação. **Revista Sistemas Judiciales**, Buenos Aires, n. º 21, pp. 45- 57, 22 jun. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf.> Acesso em: 18.05.2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MARÇAL Vinícius e MASSON Cleber. **É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado?** Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/-areas-de-interesse/penal/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>. Acesso em: 19.05.2024.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF PRIVATE RELATIONS

Bruna Alves dos Santos Bragança[1]

Resumo: O presente estudo busca analisar de que forma os direitos fundamentais interferem nas relações privadas e como isso interfere na sua eficácia. Tais direitos, que surgiram como uma defesa do cidadão perante o Estado, sofreram transformações ao longo das décadas, o que culminou com sua aplicação não só nas relações entre particulares e entes públicos, mas nas relações entre os particulares entre si, afetando profundamente tais relações e modificando a forma como esses direitos são vistos e principalmente, aplicados.

Palavras-Chave: direitos fundamentais – eficácia horizontal – particulares - Estado.

Abstract: This study seeks to examine how the fundamental rights interfere in private affairs and how it interferes with their effectiveness. These rights, which arose as a defense of the citizen against the state have been transformed over the decades, culminating in its application not only in relations between private and public entities, but in relations between individuals among themselves, deeply affecting such relationships and modifying the way these rights are seen and mainly applied.

Keywords: fundamental rights - horizontal effect - individuals - State.

INTRODUÇÃO

Este estudo visa, através de uma análise da Constituição Federal de 1988 e de julgados importantes do Supremo Tribunal Federal, analisar a evolução e a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

Tais direitos surgiram durante o século XIX, como forma de proteção e garantias ao cidadão perante o Estado de Direito, visando garantir necessidades básicas do ser humano, como a vida, dignidade e a locomoção, dentre outros.

Esses direitos foram evoluindo e se desenvolvimento através de gerações, sendo os direitos de primeira geração os direitos de liberdade, os quais buscam assegurar a liberdade do indivíduo perante o Estado.

Já os direitos de segunda geração, conhecidos como direitos de igualdade, buscam a assegurar uma igualdade de direitos para todos os indivíduos pertencentes a sociedade. Por fim, os direitos de terceira geração buscam garantir uma idéia de solidariedade e fraternidade entre os indivíduos.

[1] Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada.

Essas gerações são aplicadas conjuntamente e com o passar do tempo, tais direitos passaram a ser aplicados não só no âmbito público, mas também entre as relações particulares, buscando garantir os direitos de um indivíduo face aos direitos de outro, e não mais apenas do Estado democrático de direito.

Essa evolução culminou no surgimento de uma aplicabilidade denominada "horizontal" aos direitos fundamentais, caracterizando a aplicação desses direitos entre iguais e não mais na posição de hierarquia que se desenvolvia por parte do Estado. Essa aplicabilidade, embora vastamente aceita, ainda é tema que causa divergência, devido á sua complexidade e ampla possibilidade de aplicação, o que será estudado e analisado ao olongo deste breve estudo.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ELENCADOS NO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Os direitos fundamentais possuem características particulares, tais como a limitabilidade, característica essa que estabelece que tais direitos não devem ser, de forma alguma, hierarquizados, mas sim limitados, através de uma relativização de seu alcance e eficácia, conforme leciona Elder Haga:

> os direitos são relativos, uns em relação aos outros, devendo-se buscar a harmonização. Novamente capta-se da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão a validade desta característica para se identificar os direitos fundamentais, com a análise dos artigos 4º e 5º.[2]

Já a historicidade é mais uma característica dos direitos fundamentais, a qual é definida de forma brilhante, por Pedro Lenza:

> A primeira característica, historicidade, nada mais é do que o fato de os direitos fundamentais possuírem caráter histórico, tendo nascido junto com o Cristianismo e passado por diversas revoluções e transformações históricas, chagando aos dias atuais. Já a universalidade é a característica segundo a qual os direitos fundamentais destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos, portanto, não levam em conta raça, religião ou qualquer convicção política.[3]

Outra característica marcante nos direitos fundamentais é a irrenunciabilidade, característica segundo a qual os direitos fundamentais não são passíveis de renúncia

[2] HAGA, Elder. Cláusulas Pétreas e sua Extensão: introdução ao problema. Disponível em <http://www.valorjustica.com.br/artigo3.htm>
[3] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Porto Alegre: Saraiva, 13ª ed., 2009, pg. 133

por parte de seu titular, restando-lhe apenas a escolha por não invocá-los, mas, em hipótese alguma pode abrir mão de tais direitos.

Por fim, temos como característica a inalienabilidade, a qual afirma que os direitos fundamentais não podem ser alienados, isto é, vendidos, sob qualquer aspecto.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS X PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Os direitos fundamentais não surgiram todos juntos mas sim ao longo de períodos, chamados dimensões ou gerações. A primeira dimensão de direitos desenvolveu-se durante os séculos XVII e XXVIII, tendo como pano de fundo as Revoluções, as quais foram norteadas pelos ideais burgueses, ensejando o desenvolvimento dos direitos de liberdade, que segundo Ingo Sarlet:

> os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos dos indivíduos frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho "negativo", uma vez que são dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, "direitos de resistência ou oposição perante o Estado.[4]

Já a segunda geração de direitos fundamentais se desenvolveu durante o período da Segunda Guerra Mundial, juntamente com a globalização que surgia em meio ao caos, gerando uma consciência coletiva com relação a questões atinentes a todos, culminando no surgimento de direitos de solidariedade ou fraternidade, os quais, Celso Lafer assim define:

> tais direitos trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.[5]

Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha, a liberdade foi a base para o surgimento e desenvolvimento desses direitos, vejamos:

[4] BONAVIDES apud SARLET, op. cit., p. 92
[5] LAFER apud SARLET, op. Cit., p. 85

Se a liberdade (especialmente a individual) marcou o primeiro momento histórico moderno da conquista dos direitos fundamentais (dominando a própria concepção dos direitos de primeira geração) e a igualdade jurídica fecundou a segunda etapa (direitos de segunda geração), coube ao terceiro mote da trilogia revolucionária setecentista, refeito e rebatizado, assinalar a conquista dos direitos denominados de

> "terceira geração": a solidariedade social juridicamente concebida e exigida colore o constitucionalismo e tinge com novas tintas o princípio da dignidade humana.[6]

Os direitos fundamentais não se confundem com as garantias, sendo que os direitos possuem natureza meramente declaratória e as garantias defendem a realização dos direitos, pois, segundo Lenza:

> é importante destacar a diferença entre os direitos e as garantias fundamentais, sendo essas as disposições assecuratórias, as quais em defesa do direito limitam o poder e aqueles são disposições meramente declaratórias, que não exprimem existência legal aos direitos reconhecidos.[7]

O conceito desses direitos fundamentais é amplo, embora já tenhamos os diferenciado das garantias, alguns autores ainda os definem de forma limitada, entretanto, a melhor definição é a trazida por Alexandre de Moraes, segundo o qual:

> direitos fundamentais é o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.[8]

Resta evidente que o conjunto de direitos fundamentais tem por objetivo maior garantir a proteção do cidadão frente à atuação do Estado e garantir também uma existência digna ao ser humano, através da efetiva aplicação do princípio da dignidade humana nas relações que envolvam o cidadão.

---

[6] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/-artigo10.htm>
[7] BARBOSA apud LENZA, op. Cit., p. 175.
[8] MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2006.

> Cumpre ainda destacar que a crescente vinculação dos diretos fundamentais ao Princípio da Dignidade da pessoa humana está estabelecido como fundamento da República Federativa do Brasil, pela Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso III.[9]

Tal princípio é uma das bases do estado Democrático de Direito no qual a propriedade perde significativamente sua importância e toda a proteção que antes era destinada à ela, agora e voltada para os interesses do homem, fazendo surgir uma verdadeira hierarquia entre direitos.

Assim, fica evidente que para que haja uma real aplicabilidade dos direitos fundamentais, esses devem, obrigatoriamente, garantir uma efetiva proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de tais direitos não cumprirem sua função constitucionalmente estabelecida.

Segundo Ingo Sarlet, o representante mais ilustre da corrente que sustenta a existência de um autentico sistema dos direitos fundamentais no direito alemão foi Günter Dürig, para quem a Lei Fundamental consagrou um sistema de direitos fundamentais isento de lacunas, baseado no princípio fundamental da dignidade humana.

Os princípios constitucionais, principalmente o da dignidade humana, elevaram a pessoa a um patamar diferente do que ela se encontrava durante o Estado Liberal. Essa mudança teve reflexos também no direito civil, o qual visava apenas a proteção da propriedade e, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a proteger os interesses do homem de maneira geral.

Entretanto, há que se delimitar a diferença entre os direitos fundamentais que possuem aplicação imediata, garantida pela Constituição Federal, dos direitos humanos constituídos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ingo Sarlet leciona que:

> Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem

[9] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;

> constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).[10]

Logo, pode-se depreender que os direitos fundamentais são os direitos positivados no ordenamento jurídico nacional e assegurados pela Carta Magna, enquanto os direitos humanos são instituídos através de uma ordem internacional e se fazem presentes em nosso ordenamento jurídico, de forma menos eficaz do que os direitos fundamentais, pois, segundo Romualdo Flávio Dropa:

> Apesar de deter uma Constituição considerada um dos documentos mais democráticos do mundo, o Brasil carece de cidadania, num fantástico descompasso em relação à Carta Magna, pois a situação atual dos direitos humanos, em nosso país, encontra-se ainda em fase de consolidação.[11]

Portanto, resta evidente que os direitos humanos podem ser considerados direitos mais amplos do que os fundamentais, servindo apenas como norteadores de uma conduta geral. Já os direitos fundamentais, por serem positivados na Constituição, são considerados direitos mais imperativos. Segundo Ingo Sarlet:

> Neste contexto, situa-se – apenas para citar um posicionamento extraído da literatura filosófica – o recente magistério de Otfried Höffe, ao destacar a pertinência da diferenciação conceitual entre direitos humanos e fundamentais, justamente no sentido de que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo e direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Assim, ainda para Höffe, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto.[12]

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES

A perspectiva dos direitos fundamentais foca unicamente no sujeito, assim, os direitos fundamentais gerariam apenas direitos subjetivos aos seus titulares, e segundo Celso de Aguiar:

[10] SARLET, op. cit., p. 70
[11] DROPA, Romualdo Flávio. Direitos humanos no Brasil. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosbrasil.htm>
[12] HÖFFE, Otfried apud SARLET., p. 124, op. cit

> Reconhecer uma dupla dimensão aos direitos fundamentais é considerar que eles se apresentam como direitos subjetivos individuais essenciais à proteção da pessoa humana, bem como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico.[13]

Já para Ingo Sarlet, encontra-se na doutrina constitucional, surgida após a primeira guerra mundial, a semente do que hoje é considerada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tendo seu advento ocorrido com o advento da Lei Fundamental de 1949.

> Os direitos fundamentais não se limitam a função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas da natureza jurídico-objetiva da constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos.[14]

Para Ingo Sarlet, não obstante a perspectiva subjetiva ser a de maior realce dos direitos fundamentais, eles não devem ser apurados apenas sob a ótica dos direitos conferidos a seus titulares. Assim, ela convive com a dimensão objetiva, com a qual mantém uma relação de complementaridade recíproca.

Mas, embora uma perspectiva se sobreponha sobre a outra, ambas são importantes para a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais, cada qual com suas particularidades e buscando uma integração para melhor eficácia desses direitos.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE NAS RELAÇÕES PARTICULARES

O direito público regula as relações que envolvem o Estado, nas quais ele utiliza o seu poder de império. Já o direito privado regula as relações entre particulares ou entre os particulares e o Estado, onde esse não utiliza seu poder de império. Essa separação do direito em ramos é um reflexo do sistema liberal pois se baseava na distinção entre Estado e sociedade civil.

O direito público era regido pelo princípio da supremacia da vontade e no direito privado havia a supremacia do interesse particular. Entretanto, a cisão entre tais

[13] AGUIAR, Celso Azoury Telles de. As Dimensões subjetiva e objetiva dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>
[14] SARLET, op. cit., p. 77

direitos demonstra uma fragilidade na medida em que nem sempre a intervenção do Estado nas relações privadas demonstra ser positiva.

Logo, essa intervenção estatal objetiva garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, através da limitação da autonomia da vontade e da limitação à disposição da propriedade, retirando do Código Civil o título de lei maior do direito privado e alçando a Constituição Federal ao seu verdadeiro papel de Carta Magna da República.

Esse modelo de estado, chamado intervencionista provocou uma modificação em determinados conceitos do direito privado, e esses conceitos passaram a ser analisados sob o prisma dos direitos fundamentais, gerindo uma constitucionalização do direito privado.

Tal constitucionalização do direito privado gerou um conflito entre os direitos fundamentais e os particulares, pois fez o primeiro se sobrepor ao segundo, ao ignorar os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar.

Para Ingo Sarlet:

> nesta linha de raciocínio, verifica-se, desde logo, que, de acordo com a vontade expressa de nosso Constituinte, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art.5º, §1º da Constituição de 1988), o que, por si só, já bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam na relação entre Constituinte e Direito Privado.[15]

Os direitos fundamentais vinculam não só os poderes públicos, mas também têm influência na esfera privada, onde ocorrem as relações entre os particulares. Logo, quando ocorre a vinculação dos direitos fundamentais aos poderes públicos, estamos tratando de uma eficácia vertical dos direitos fundamentais. Já a eficácia das normas fundamentais no âmbito das relações privadas é denominada eficácia horizontal.

Quanto a eficácia horizontal, cabe destacar que existem certos direitos que são inoponíveis aos particulares, tendo por destinatários apenas órgãos estatais, como é caso dos direitos políticos, por exemplo. Sendo assim, a discussão se dá no que tange os direitos fundamentais oponíveis tanto ao Estado quanto aos particulares.

[15] SARLET, op. cit., p. 90

5. A SUPREMACIA DO PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

O direito privado sempre esteve positivado no Código Civil, diploma esse que sempre foi considerado a Constituição do direito privado. Entretanto, com a constitucionalização do direito, o Código Civil deixou de ser o principal regulador das relações privações, conforme afirma Cristiano Chaves de Farias afirma que:

> Na medida em que se detectou a erosão do Código Civil, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas para o Texto Constitucional. Assumiu a Magna Charta verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, da proteção dos núcleos familiares, etc.[16]

Resta evidente que, com a promulgação da Constituição da República de 1988 ocorreu uma unificação dos direitos fundamentais com os direitos "particulares", pois essa separação tácita que sempre existiu no mundo jurídico, e consequentemente no mundo dos fatos, acabou por diminuir quase que completamente, sendo os direitos considerados aplicáveis ao cidadão, independente de sua origem constitucional ou civil.

O império do público sobre o privado de fato estava chegando ao fim, dando lugar a um novo cenário onde o público e o privado andam juntos, em prol da realização do direito como um ente só, sendo a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas o ápice dessa mudança, sepultando de vez qualquer diferença entre tais direitos.

Evidente que, embora tenha ocorrido a aplicação desses direitos entre particulares, isso não ocorreu de forma larga, mas sim analisando-se cada caso e suas necessidades e particularidades, pois a aplicação desmedida de tais direitos acabaria por gerar uma insegurança jurídica tanto no ente público quanto nos particulares.

6. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem uma eficácia vertical, a qual caracteriza as relações entre o Estado e os particulares. Entretanto, vem se desenvolvendo uma

[16] FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Civil: parte geral. p.48 apud PESSOA, Mariana Alves. O Direito Civil Constitucional. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/-article/viewFile/8907/8473>

eficácia denominada horizontal, a qual caracteriza as relações que envolvem apenas os particulares, e tal eficácia vem crescendo vertiginosamente devido ao processo de Constitucionalização do Direito.

A Constitucionalização do Direito privado nada mais é do que a aplicação dos direitos fundamentais, expressos na Constituição Federal, nas relações entre particulares. Entretanto, cabe ressaltar que tais direitos foram criados objetivando limitar a atuação do Estado frente aos cidadãos, e a aplicação de tais direitos nas relações privadas vem sendo considerada por alguns doutrinadores como a decadência do Direito privado, devido ao fato de essa aplicação ser feita, em alguns casos, de forma indiscriminada.

A partir da promulgação da Carta Magna de 1988, o anseio pela concretização dos direitos suprimidos durante o período da ditadura militar influenciou profundamente o processo de criação da nova Constituição Federal que, após promulgada, transformou os direitos fundamentais em vetores de nosso ordenamento jurídico, sendo o direito constitucional alçado a direito máximo e sendo os demais direitos, principalmente o civil, subjugados aos seus princípios.

Segundo Júlio Cesar Finger:

> o direito civil constitucionalizado parece estar em busca de um fundamento ético, que não exclua o homem e seus interesses não-patrimoniais, na regulação patrimonial que sempre pretendeu ser.[17]

O problema central não é o processo de constitucionalização do direito, mas sim como vem sendo aplicada na prática tal inovação, pois esse processo vem permitindo uma larga aplicação das normas constitucionais nas relações privadas, o que pode ser reflexo de uma interpretação distorcida, a qual acaba por gerar uma aplicação banalizada.

Essa constitucionalização do direito privado acaba limitando, mesmo que de forma indireta, dois institutos fundamentais ao direito privado, sendo eles a propriedade privada e a autonomia da vontade. Pois, a partir do momento em que há uma supremacia do coletivo sobre o particular, o direito de propriedade resta prejudicado na medida em que o proprietário se obrigada a cumprir certos requisitos

[17] FINGER, Júlio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, em SARLET, Ingo Wolfgang. A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

para que possa ser mantida sua propriedade, tal como cumprir a função social da propriedade, requisito esse estabelecido no artigo 186 da Constituição Federal[18].

Já a limitação à autonomia da vontade ocorre principalmente no que tange a realização de contratos, pois, apesar de o contrato fazer lei entre as partes, o fenômeno da constitucionalização ignora essa regra e, caso se entenda que tal contato prejudica uma das partes contratantes, ferindo algum dos direitos fundamentais, o contrato perde a sua validade devido aos princípios constitucionais e a interpretação equivocada de que esses direitos são supremos. Segundo Luis Roberto Barroso, citado por Pedro Lenza:

> A relação entre o direito civil e o constitucional possui três fases distintas. A primeira fase pode ser chamada de "mundos apartados", nesse período o direito constitucional era representado pela constituição que, por sua vez, servia apenas como uma carta política na qual se estabelecia os limites da atuação do estado frente aos particulares. Nesse período não existia a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, pois a constituição não possuía a força normativa que possui atualmente, pois o direito civil era o responsável por regular as relações entre os cidadãos. O segundo período é denominado "publitização do direito privado", onde a lei civil começou a cometer exageros durante a regulamentação das relações privadas, sendo necessária uma atuação do Estado para dar fim a esses exageros, o qual o faz através elaboração de normas públicas protetivas do cidadão. Por fim, o último período dessa relação denomina-se "constitucionalização do direito civil", a partir dessa fase a Constituição passa a irradiar valores que serão norteadores de todo o sistema jurídico vigente, influenciando inclusive a criação de novas leis, as quais deverão seguir "amarradas" aos princípios constitucionais, sob pena de serem consideradas inconstitucionais e inválidas.[19]

7. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tendo em vista tudo o que foi discutido ao longo do texto, cumpre ressaltar a posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A Corte posiciona-se a favor da aplicação da teoria da eficácia externa imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, onde, através da leitura do Recurso Extraordinário n. 201819-RJ, fica evidente a defesa da aplicação de certos

[18] Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.
[19] BARROSO apud LENZA, op. cit., p. 175

direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa, nas relações que envolvam particulares, conforme se depreende da leitura da decisão abaixo transcrita:

> EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.
> As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA
> PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.[20]

Logo, resta evidente que o entendimento jurisprudencial preponderante é no sentido de aplicar os direitos fundamentais nas relações que envolvam particulares mesmo que tal aplicação limite o exercício do princípio da autonomia privada e da liberdade de contratar, pois, segundo a Ministra relatora Ellen Grace, para o STF deve prevalecer o interesse coletivo sobre o particular e o direito desses particulares termina onde iniciam os direitos fundamentais garantidos à coletividade. Segundo Maria Celina B. Moraes:

> Com efeito, sabe-se hoje ser uma perspectiva ilusória aquela que considerava a operação de aplicação do direito como atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com freqüência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal. Daí a necessidade, para os operadores do direito, do

[20] Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?-s1=RE.SCLA.+E+201819.NUME.& base=baseAcordaos>

conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto. Sob esta ótica, a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais.[21]

[21] MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15528/15092>

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Celso Azoury Telles de. *As Dimensões subjetiva e objetiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 8ªed., p. 62.

DROPA, Romualdo Flávio. *Direitos humanos no Brasil*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosbrasil.htm>

FINGER, Júlio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*, em SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

HAGA, Elder. *Cláusulas Pétreas e sua Extensão: introdução ao problema*. Disponível em <http://www.valorjustica.com.br/artigo3.htm>

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Porto Alegre: Saraiva, 13ª ed., 2009

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AMEAÇA: UM PERIGO MENOSPREZADO DENTRO DO EMPREENDIMENTO CRIMINOSO

THREAT: AN OVERLOOKED DANGER ON THE CRIMINAL ENTERPRISE

Thurland Henry de Figueiredo[1]

Resumo: Com o presente texto, propõe-se um olhar abrangente sobre o delito de ameaça, os contextos sociais em que se insere, como o legislador o trata e como um olhar mais severo sobre crimes considerados de menor potencial ofensivo evitariam crimes mais graves.

Palavras-Chave: Crime. Ameaça. Escalada. Violência. Transgressão.

Abstract: With this text, we offer a plain view about the crime of threat, the social contexts within, how the legislator treats it and how an severe look over the lesser crimes would avoid more violent crimes.

Keywords: Crime. Threat. Escalade. Violence. Transgression.

1. INTRODUÇÃO

Os crimes no Brasil vêm sendo tratados com um viés garantista, isto é, possuem enfoque mais humanitário na figura do criminoso e cada vez menos as antigas visões de criminoso como alguém a ser extirpado da sociedade por quebra do contrato social.

Ainda que interessante sob os pontos de vista constitucional e humano, restam dúvidas sobre o quanto desse tratamento exacerbado é proveitoso não somente para a sociedade como um todo, mas a nível micro, para a vítima.

Nesse estudo, procura-se analisar especificamente o crime de ameaça e como o Estado, ao poupar esforços em sua persecução, deixa caminho livre para crimes graves e descuida também do ofendido, que fica completamente desprotegido e fora da redoma necessária de acolhimento institucional.

A análise a seguir busca trazer ótica nova à tendência garantista que vem sendo construída, dando espaço, dessa vez, também a vítima, no desenho de punição estatal como um todo.

2. O CRIME DE AMEAÇA NO BRASIL

O Crime de ameaça no Brasil, mesmo sendo pré-concebido de forma rudimentar nas Ordenações Filipinas do Século XVI, só criou forma como conhecemos

[1] Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Cuiabá, Especialista em Direito Contratual pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Thurland_henry@outlook.com

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

hoje com o Código Criminal do Império, promulgado em 1830, já durante a Era Imperial.

O texto legal, ambientado numa época de escravidão e pouquíssimas garantias individuais, trouxe em seu artigo 207, como preceito primário para o crime de ameaça:

> "Ameaças
> Art. 207. Prometter ou protestar fazer mal a alg u é m por meio de ameaças, ou seja, de palavra oupor escripto, ou por outro qual quer modo. Penas:
> Máximo — 6 mezes de prisão simples e multa correspondente á duas terças partes do tempo.
> Médio — 3 mezes e 15 dias, idem, idem.
> Mínimo — 1 mez. idem. Idem".[2] (sic)

Mesmo com a causa de aumento trazida quando do cometimento contra corporações, o máximo da pena era de 1 ano de prisão simples e multa.

Em nosso sistema penal, perpassamos longa via *crucis estartando* de um Direito Penal punitivista como o já mencionado Código Criminal Imperial de 1830 que possuía um viés geral preventivo, isto é, trazia como ótica principal o desencorajamento de condutas delitivas a toda uma sociedade por meio de imposição de penas firmes que dissuadiriam eventuais infratores[3], como por exemplo aos escravizados, que lhes era imposta pena de castigo físico:

> Art. 60. Se o réo for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital' ou de galés, será condenado na de açoites, e, depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar.[4] (sic)

A prevenção especial da pena, volta seus holofotes ao próprio criminoso, objetivando que não torne mais a delinquir. Por muitos anos, isso significou impor pena tão cruel que o temor pela reprimenda era maior do que a vontade de delinquir.

Atualmente, penas enérgicas e coléricas deixam lugar a formas mais humanas de prevenir crimes.

Em nosso ordenamento, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) traz mecanismos de reinserção do apenado à sociedade, consubstanciada já em seu início:

---

[2] TINOCO, Antônio Luiz. **Código criminal do Império do Brazil annotado**. 2003. fac-simile de Imprensa Industrial, 1886.
[3] CUNHA, Rogerio Sanches, **Manual de Direito Penal: Parte Especial**, salvador, Juspodivm, 2016 p. 250
[4] TINOCO. ***Op. Cit.***

> "Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".[5]

De forma mais prática, como exemplo de prevenção especial temos o exemplo da remição ao apenado que trabalha ou estuda, benefício trazido pela supracitada Lei, onde aquele que cumpre 12 horas de frequência escolar em atividade de ensino fundamental, médio ou superior tem sua pena descontada de 1 dia.

Resta induvidoso que, após anos de revanchismo penal, chegou-se ao cume de mecanismos de proteção ao indivíduo, como se pode observar pela longitudinalidade entre uma pena de açoite e a possibilidade de o apenado poder estudar mesmo durante o cárcere.

Atualmente, o Código Penal brasileiro de 1940 traz em seu artigo 147 o crime de ameaça:

> "Art. 147 – Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.
> Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.
> Parágrafo único – Somente se procede mediante representação".[6]

São consideradas como de menor potencial ofensivo no Brasil, as infrações penais (gênero, dos quais são comportados as espécies crime e contravenção) com pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa e que seguem o rito sumaríssimo trazido pela Lei 9.099/95. Tal rito não permite a imposição de prisão em flagrante nem a exigência de multa se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao juizado ou meramente assumir o compromisso de a ele comparecer.

Comparecendo o autor do fato ao Juizado, ainda que a vítima desejando ver seu algoz condenado, represente, não restará alternativa ao membro do Ministério Público senão oferecer proposta de transação penal, ou mesmo, denunciando-o, propor o benefício da suspensão condicional do processo.

A ameaça, portanto, se iguala, jurídico-consequencialmente falando, a uma mera contravenção de perturbação de sossego[7], que tem por conduta principal

[5] BRASIL. **Lei das Contravenções Penais.** Decreto-Lei nº 3.688, de outubro 1941
[6] BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.
[7] Art. 42. Perturbar alguem o trabalho ou o sossego alheios: I – com gritaria ou algazarra; II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou

alguém que grita, ouve música muito alta ou mesmo usa uma furadeira no momento de descanso ou trabalho de alguém, ainda que com pena inferior, serão tratados de igual maneira pela Lei, mesmo sendo uma agressão muito inferior ao bem jurídico em questão.

A perturbação descrita no artigo 42 da Lei de Contravenções Penais atinge o sossego e o trabalho alheios, e esses, por mais absurdo que seja, contam com camada extra de proteção pelo Estado por não possuir como elemento necessário de procedibilidade a representação. O crime resulta em uma ação penal pública incondicionada, como todas as contravenções penais.

3. ELEMENTOS E CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE AMEAÇA

A estrutura do tipo penal do crime de ameaça é a da promessa de futuramente causar mal injusto e grave, por palavra, escrito, gesto ou qualquer modo ou meio simbólico. Se trata de crime formal, assim, não é necessário qualquer resultado naturalístico dessa conduta, caracterizando mero exaurimento do crime o eventual cumprimento dessa promessa, isso se não for considerada ato preparatório ou mesmo executório para delitos maiores, como homicídio, oportunidade em que, em respeito ao princípio da consunção, aquela é absorvida nesse.

O bem jurídico protegido pelo legislador é a liberdade individual, sob ótica do desassossego que traz para a esfera de paz da vítima, tendo sua forma livre, e ainda, dividido pela doutrina em:

> "I – Ameaça direta: recai sobre a pessoa ou patrimônio
> II – Ameaça indireta: recai sobre pessoas próximas da vítima, sejam ligações consanguineas ou não.
> III – Ameaça explícita: feita de maneira sintética e objetiva, sem que caiba margem à duvidas.
> IV – Ameaça implícita: a sutil, feita de forma velada, em que sua figura é objeto de interpretação semântica.
> V – Ameaça condicional: se encontra condicionada a alguma ação ou omissão da vítima".[8]

O crime de ameaça não admite modalidade culposa, o elemento subjetivo a que o autor recai é ter o dolo específico de intimidar a vítima.

multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. BRASIL. **Lei das Contravenções Penais.** Decreto-Lei nº 3.688, de outubro 1941

[8] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. p. 864

Para Nucci, o estado de ira de ambas as partes excluiria o *animus* do tipo penal, visto que não praticada conduta com vontade livre e consciente:

> "Em uma discussão, quando os ânimos estão alterados, é possível que as pessoas troquem ameaças sem qualquer concretude, isto é, são palavras lançadas a esmo, como forma de desabafo ou bravata, que não correspondem à vontade de preencher o tipo penal. Por isso, ainda que não se exija do agente estar calmo e tranquilo, para que o crime possa se configurar, também não se pode considerar uma intimidação penalmente relevante qualquer afronta comumente utilizada em contendas".[9]

Trata-se de crime bicomum, o que implica dizer que qualquer pessoa pode tanto ser sujeito ativo (proceder com conduta intimidatória) quanto sujeito passivo (ser vítima do delito), não necessitando quaisquer requisitos especiais por nenhum dos protagonistas deste *crimen* como supremacia de peso de uma das partes ou uso de armas (esse último poderia caracterizar crime específico de porte ilegal de arma de fogo, permitido, previsto no artigo 14, ou restrito, previsto no artigo 16, ambos da Lei 10.826/03).

Noronha trata bem sobre a questão, em principal no excerto:

> "Se deve ter em vista não o ameaçado, mas a generalidade, a normalidade dos homens, pois os valentes ou intrépidos e os pusilânimes ou poltrões são extremos, entre os quais se coloca o homem comum ou normal. É a sensibilidade deste que se deve ter em vista."[10]

Em contraposição, há entendimento que a posição da vítima deve ser levada em conta para caracterização da ameaça, devendo-se, no caso concreto, analisar suas especificidades como gênero, orientação sexual, grau de escolaridade, idade entre outros, que afetam a capacidade de se sentir ameaçado.[11]

Para alguns doutrinadores, aqui representados por Mirabete, o tipo penal é específico em trazer a necessidade de o mal proferido ser futuro, mas próximo o suficiente para causar temor, como explica o Professor:

> "Entende-se que somente haverá o crime se a ameaça for da prática de mal iminente e não do prenunciado para futuro remoto. Por outro lado, discute-se se o prenúncio de mal a ser executado no curso de entrevero ou de contenda caracteriza o crime de ameaça (...) ou se deve ser de um mal 'futuro'

[9] NUCCI. Guilherme de Souza. **Direito Penal Brasileiro.** 41ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. p. 812
[10] NORONHA. E. Magalhães. **Direito Penal.** São Paulo, Saraiva, 2001.
[11] CUNHA, Rogerio Sanches, **Manual de Direito Penal: Parte Especial**, salvador, Juspodivm, 2016 p. 250

> (podendo ser próximo ou iminente) e que não se confunde com a simples etapa de um mesmo complexo material ou verbalmente agressivo (...). Mais correta se nos afigura a conclusão de que haverá ameaça com a promessa de mal iminente, mas que será ela absorvida pela concretização do mal ou pela tentativa de causá-lo"[12]

Deve-se ter em mente ainda, que para caracterização do crime deve haver temor fundado na vítima de que o autor poderá de fato lhe causar mal, o mero desejo íntimo de que a vítima faleça ou que lhe aconteça algo de ruim não é suficiente para caracterizar o crime, podendo, entretanto, configurar algum crime contra a honra, a depender da conduta.

O mal deve ser injusto e grave, não podendo ser considerado injusto o exercício regular de direito, como o pedido de instauração de inquérito policial ou a representação à autoridade policial.[13]

4. A DIFICULDADE DE PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO

O deslinde da falta de punição aos autores de ameaça não se dá por mera discricionariedade do Promotor, mas sim em virtude da alta carga de trabalho que recai sobre todas as forças de segurança, ao prever um processo enorme e custoso que culminará, no máximo, em uma pena pecuniária de multa ou conversão em restritiva de direito. O agente público mina o processo *ab-initio*, não obstante, é necessário travar debate a respeito da proteção da vítima em si e não da coletividade como um todo.

Entretanto, uma discussão se forma nos entornos da Academia, o papel da vítima na persecução estatal, que diante de ações de natureza pública (condicionada ou não), protagonismo pouco ou nenhum possui, muito menos uma proteção adequada, visto que, em vários momentos tem de comparecer para prestar declarações e tem de reviver seus momentos de abalo íntimo e encarar seu opressor inúmeras vezes para ao final, com insatisfação, não vê-lo responder por seus atos.

A começar do Registro do Boletim de Ocorrência, a vítima, ao se qualificar, informa seus dados pessoais e seu endereço de residência no documento, papel esse, que embora resguardado de devido sigilo enquanto parte de Inquérito Policial, não fica fora do alcance de seu agressor, que agora possui todos os elementos de sua esfera íntima.

---

[12] FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Volume II. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162
[13] CUNHA. ***Op. Cit.***

Seres humanos tendem a se manter em situações neutras e evitar embates diretos, é justamente por isso e em virtude da falta de proteção estatal que a vítima muitas vezes opta por não prosseguir na persecução penal, em virtude do temor de escalar ainda mais a situação de perigo.

A zona obscura dos delitos que não chegam ao conhecimento das autoridades, seja do possuidor do *opinio delicti*, na figura do promotor de justiça ou mesmo do delegado de polícia judiciária, pessoa que detém atribuição de investigar, é chamada de Cifra Negra ou, do inglês, Black Cipher.

Thompsom, em sua obra traz vários dados mundiais e explica de forma prática o que significaria de fato esse obscurantismo criminal:

> "Em Nova Iorque, por exemplo, ocorrem pelo menos duas vezes mais infrações penais do que as que são objeto de relato. Em Filadélfia, cinco. Na Alemanha, em termos de aborto, a relação é de 500 para um; em matéria de crimes sexuais, de 10 para um; no que toca a homicídios, entre três ou seis para um; e no caso dos crimes contra o patrimônio, de oito a dez para cada um. Na Inglaterra, as mais modestas estimativas indicam que o total dos delitos praticados deve ser superior a quatro milhões, sendo certo que apenas metade chega ao conhecimento das autoridades".[14]

No brasil, os dados são também alarmantes, o "Atlas da Violência", compêndio de dados oficiais, estima que cerca de 49.413 mortes com características de homicídio ficaram longe da estatística oficial em um intervalo de 10 anos (de 2011 a 2021).[15]

Mesmo em crimes mais graves e com penas maiores, como tráfico de pessoas, trabalhos análogos a escravidão ou violência contra migrantes, o Estado não possui política alguma que lide com a antecipação e prevenção de ocorrências.

Por maior proteção a vida, em crimes graves que o Brasil convencionou reprimir, foram criadas diversas políticas de enfrentamento e mecanismos que garantiriam maior comunicação por parte das vítimas, como por exemplo o Disque Direitos Humanos – Disque 100, previsto no Decreto nº 10.174/19, canal destinado a Ouvidoria do Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania, em que "recebe denúncias de graves violações de garantias que acabaram de ocorrer ou que ainda estão em

[14] THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso - entes políticos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
[15] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 13/05/2024 às 18:00)

curso, para que os órgãos responsáveis sejam informados em tempo hábil para garantir a proteção dos direitos fundamentais".[16]

Como se observa, em *ipsis literis* da redação trazida pelo Governo Federal, a proteção ocorre justamente quando o flagrante está em curso (denominado por flagrante próprio pelo Código de Processo Penal), ou logo após a conduta (flagrante impróprio, pelo mesmo Código)[17], mas nada fala sobre o combate pela antecipação de condutas. As ameaças são tão perigosas quanto as violações em si e ainda tem o poder de evitar o trauma ao bem jurídico protegido antes que seja maculado.

5. SUBSIDIARIEDADE DO CRIME DE AMEAÇA

Observa-se que para caracterizar o crime de ameaça, o mal deve ser futuro e possível, tanto que possa causar medo na vítima, entretanto, por muitas vezes, o crime de ameaça compõe o percurso criminal de outros crimes, como nos casos de homicídio, roubo e extorsão.

Vale destacar que Iter criminis, ou o caminho do crime, possui duas fases, a primeira, que é interna, onde está a mera cogitação, e a externa, em que temos a preparação e a execução. Todos os crimes meios para o crime fim serão absorvidos, visto que percurso único da conduta delituosa.

Temos como exemplo prático um homem, possuindo um sentimento de animosidade contra seu vizinho, decide acabar com a vida dele. Com o único intuito de satisfazer sua vilania e causar temor ao vizinho e sua família, decide por passar uma carta por debaixo da porta que dizia que o leitor possuiria mais 2 dias de vida, prazo esse que, quando chega, seu autor cumpre com o prometido e dá cabo ao vizinho ameaçado. Ao autor da ameaça e do homicídio, caberá apenas lhe ser imputado o crime de homicídio simples, previsto no artigo 121, caput, do Código Penal.

Haja vista que o autor teve seu dolo específico de matar alguém desde o começo da conduta delitiva, não haveria como lhe imputar o delito de ameaça, pois esse absorvido por aquele, em respeito ao princípio da consunção. Obviamente, o delito de homicídio é mais grave que o de ameaça, tanto que sua pena, de reclusão de seis a vinte anos, na modalidade simples, não permite transação penal, Suspensão

[16] **Canal de Ouvidoria dos Direitos Humanos.** Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/servicos/-denunciar-violacao-de-direitos-humanos>
[17] Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal (próprio); II - acaba de cometê-la;(impróprio)". BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689 de outubro de 1941.

condicional do processo nem mesmo oferecimento de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público.

Extrai-se do tipo penal da Extorsão (artigo 158 do Código Penal brasileiro) a existência de violência ou grave ameaça, como se observa:

> "Extorsão
> Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa".[18]

Ao ignorar a violência, por ora, pende a dúvida sobre o que de fato o legislador havia como intenção declarar como grave ameaça para configuração do delito, visto que, em nenhum momento há conceito legal do que seria de fato a gravidade de uma ameaça a ponto de justificar a tipificação deste crime.

A quinta Turma Superior Tribunal de Justiça ao analisar o REsp 1.313.150/RS teve oportunidade de se manifestar a respeito de caso concreto em que havia dúvida sobre esse conceito abstrato de grave ameaça, no caso em comento, houve exigência de dinheiro para não revelar caso de infidelidade a outro parceiro, eis a ementa da decisão:

> "A ameaça, também chamada de violência moral (ou *vis compulsiva*), é considerada grave quando tiver potencial de causar mal relevante à vítima ou a outrem, ou seja, que lhe impõe temor a ponto de afetar sua liberdade de agir. Configura grave ameaça o ato de exigir dinheiro da vítima para que esta não tenha revelado suposto caso extraconjugal, pois além de causar dano à sua honra, também leva à desagregação do lar conjugal com uma possível ruptura do casamento, o que ensejaria dano de cunho emocional e patrimonial".[19]

Em sequência aos crimes em que é ínsita a ameaça para a configuração do tipo penal, temos o crime de Estupro, previsto no Artigo 213, do Código Penal:

> "Estupro
> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
> Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos".[20]

[18] BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.
[19] STJ. 5ª Turma. **REsp 1.313.150/RS**, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 22/10/2013
[20] BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.

Esse crime vem trazer a proteção a liberdade sexual, principalmente de mulheres, em situações onde lhes seja tolhido o consentimento livre para a prática de atividades de cunho erótico, por meio violento ou ameaçador.

O Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar possibilidade quanto à simulação de porte de arma como grave ameaça, sinalizou positivamente, pois caracterizaria submissão à vontade contrária por fundado temor, ainda que não houvesse de fato a existência de arma de fogo, como se observa no Recurso Especial 19166-11-RJ presente no Informativo 711 da Corte, comentado no blog Dizer o Direito:

> "o acusado, fingindo que estava portando uma arma de fogo, obrigou a vítima a retirar a sua própria blusa, ocasião em que passou a tocar nos seios da mulher. Além disso, ele obrigou a vítima a masturbá-lo. Vale ressaltar que, na realidade, o acusado não estava, de fato, portando uma arma de fogo. A todo instante, contudo, o indivíduo afirmava que, se a vítima não atendesse as suas ordens, ele iria atirar contra ela. O juiz condenou o réu por estupro (art. 213 do CP), mas o Tribunal de Justiça, atendendo pedido da defesa, desclassificou a conduta para o crime de importunação sexual, prevista no art. 215-A do CP, por entender que não houve grave ameaça já que o réu não estava realmente armado. O STJ restabeleceu a condenação por estupro. A simulação de arma de fogo pode sim configurar a "grave ameaça". Isso porque a "grave ameaça" deve ser analisada com base no sentimento unilateral que é provocado no espírito da vítima subjugada. A existência de grave ameaça não depende do risco objetivo e concreto a que a vítima foi efetivamente submetida".[21]

Quanto ao crime de roubo, tal qual no delito de extorsão, é do núcleo do tipo a existência da grave ameaça:

> "Roubo
> Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
> Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa".[22]

O legislador optou por trazer maior gravidade ao crime, em comparação ao furto, justamente pela existência da grave ameaça, pois, de fato, duas situações completamente distintas que devem ser tratadas com as devidas diferenças.

[21] LOPES, Marcio Cavalcante. Dizer o Direito: **INFORMATIVO 711 Comentado STJ** (completo e resumido), 2021. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2021/11/informativo-comentado-711-stj-completo.html> Acesso em 16/05/2024 às 12:00.
[22] BRASIL. ***Op. Cit.***

No tocante ao delito de roubo, tem-se peculiaridade, vez que, várias causas de aumento do artigo 157 do Código Penal, decorrem da gravidade da ameaça essencial do crime, a seguir discriminadas;

No Parágrafo 2º, se observa um aumento de 1/3 até a metade da pena, se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca.

No Parágrafo 2º-A, tem-se aumento de 2/3 se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo e ao final do do Parágrafo 2º-B, com aplicação em dobro da pena se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

Há de perceber perfeitamente que foi construído para o crime de roubo uma escalada não observada em outras regiões topográficas do código, muito menos no próprio crime de ameaça do artigo 147, do Código Penal.

Cai-se, portanto, num penhasco legal. A ameaça, do ponto de vista legislativo, só teria sua gravidade analisada se praticada em contexto de delito patrimonial, não importando quão séria. Se ao invés de intenção subtratória, houvesse claro e grave intento de ofender integridade física, liberdade sexual ou a vida, não se poderia aumentar a pena pela falta de causa de aumento específica, por mais absurdo que seja. Conclui-se, com isso, que nosso ordenamento possui viés extremamente patrimonialista e capitalista.

A vida, diferente de outros bens que podem livremente ser dispostos e alienados, se trata de bem jurídico indisponível, sendo para nosso ordenamento, qualquer tratativa ou acordo que disponha sobre ele considerado nulo de pleno direito por expressa vedação legal, também tratada no Código Civil.[23]

Nosso Código Penal é nada senão colcha de retalhos, em que os que redigem as leis, por vezes se esquecem de proteções e mecanismos importantes, só voltando a lembrá-los quando situações, já periclitantes, demandam atenção especial.

Se o crime de homicídio é tratado seriamente, uma ameaça de morte deveria também ser tratada com igual seriedade. Da maneira como foi construído, se eduz do ordenamento como um todo, que só merece proteção quem não precisa mais dela, pois já prejudicado o bem jurídico.

[23] “Artigo 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. BRASIL. **Código Civil.** Lei 10.406 de Janeiro de 2002.

6. NOVIDADE DO CRIME DE PERSEGUIÇÃO

No ano de 2021, foi promulgada pelo Presidente da República a Lei 14.132 que acrescentou o artigo 147-A ao Código Penal, trazendo a figura delitiva da Perseguição. Muito embora seja tipo necessário para reprimenda legal, se faz necessário tecer comentários um pouco ácidos sobre a temeridade legal agregada.

Tem-se que o delito veio atualizar infração já existente no ordenamento, sob a forma da contravenção penal de molestamento, prevista na Lei de Contravenções:

> "Art. 65. Molestar alguem ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:
> Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis".[24]

O crime de perseguição tornou revogado expressamente a contravenção acima, caracterizando continuidade normativo-típica, em que a conduta continua sendo não somente reprovável, mas agora possui pena maior.

Entretanto, não é de todo bonança, pois o legislador previu apenas a modalidade continuada de perseguição que ameaça a vítima, nada pronunciando acerca de condutas isoladas, muito embora, essas possam ser igualmente perigosas e abalar o íntimo da vítima. literalidade do artigo:

> "Perseguição
> Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.
> Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".[25]

Quanto ao Parágrafo 1º, o legislador previu condições especiais da vítima, não sendo necessário para sua configuração mas aumentam a pena pela metade, como dispõe:

> "§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:
> I – contra criança, adolescente ou idoso;
> II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;
> III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma".[26]

[24] BRASIL. **Lei das Contravenções Penais.** Decreto-Lei nº 3.688, de 7 de outubro de 1941.
[25] BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940
[26] BRASIL. *Idem*

Entretanto, por não se tratar de crime patrimonial, a pena, ainda que aumentada à metade, é pequena se compara a do delito do roubo majorado (aumento de 1/3 até a metade da já alta pena de quatro a dez anos), somado isso ao falta de previsão quando diante de condutas isoladas, temos todo o crime de ameaça como ainda arcaico e cheio de frestas dos quais o indivíduo delituoso pode deixar de ser punido.

7. A AMEAÇA COMO ESCALONAMENTO E DESESCALONAMENTO DE CONFLITO

Em uma das pontas do diapasão, se faz uso da ameaça como forma de cessar violência, onde vítima de agressão iminente tenta dissipar a ofensiva demonstrando periculosidade, que pode ou não ser real. Como exemplo prático, imagine-se um homem, que colide veículo e ao descer do carro para conversar sobre o prejuízo encontra no outro motorista agressividade, ainda que comedida e para apaziguar a situação com ele, mostra revólver em sua cintura em tom ameaçador.

Por óbvio, deixa de se tratar de legítima defesa se não houver, de fato, lesão ou iminência de lesão a sua integridade física, assim, injusta se torna a ameaça velada com o revólver, que como vimos, não há necessidade de se tornar explícita verbalmente.

Uma ameaça em tom maior do que anterior de força contrária nunca poderia ser utilizada para desescalonar violência, por simples obviedade de como funcionam escaladas de violência. Uma ameaça maior poderia desencadear uma outra maior ainda, até que se tornem efetivamente cumpridas.

A propósito, nem toda ameaça leva a uma escalada de conflito, em sua grande maioria resolvem-se sem violência, entretanto, toda violência grave surge de uma escalada, que geralmente se dá em dois passos:

I - Aumento da intensidade da ameaça: o agressor pratica ameaças cada vez mais perigosas e que ofendam bens jurídicos mais importantes, como a liberdade, integridade física ou sexual do ofendido

II - Transferência da ameaça para agressão de fato: o autor inicia a prática da violência verbal ou mesmo física contra a vítima.

Nesse sentido, são as palavras de Nelson Hungria:

> "Nem sempre é verdade que cão que ladra não morde, e por isso mesmo a ameaça, quando séria e grave, quase sempre acarreta uma viva e perturbadora inquietação de ânimo ao ameaçado"[27]

Assim, toda a forma de ameaça deve ser levada em sério por tomadores de decisão, juristas ou não. Nunca se sabe o real intento de quem a pratica e nem de sua capacidade para o mal.

8. A AMEAÇA NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Em que pese a Lei 11.340/06 trazer mecanismos de proteção à mulher vítima de violência doméstica e intrafamiliar, tem-se proteção ineficiente diante da maldade em que acometida a vítima, visto que, muito embora traga o crime de lesão corporal como ação penal pública incondicionada, o crime de ameaça ainda necessita de representação e possui a mesma pena prevista para o código penal de maneira geral.

O crime de ameaça já é tratado com desdém por todo ordenamento jurídico, entretanto, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023, trouxe crescimento, dos já grandes números de ameaças para 7,2%, totalizando um total de 613.529 ameaças, muitas delas, que se transformaram em 1.437 feminicídios. Estatisticamente falando, 7 em cada 10 mulheres vítimas fatais morreram dentro de casa.[28]

Tramita hoje no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 218/21 que traz aumento de pena em dobro se praticado contra a mulher no contexto de violência doméstica ou familiar. Não se vislumbra melhora com essa solução empregada para o enfrentamento das temerosas estatísticas de violência contra a mulher, a pena para o crime de ameaça iria de patamar ínfimo para tão somente, pequeno.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante os esforços que agentes de segurança vem envidando, os números crescentes de violência denotam falha tanto de reprimenda estatal quanto da proteção adequada às vítimas. Por vácuo de uma coordenação geral integrada, todo o sistema é faltoso no tocante à jurisdição adequada.

---

[27] HUNGRIA. Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Vol. 6, 5ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 181

[28] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 13/05/2024 às 18:00

Nas notas trazidas por esse artigo, pode-se observar que o desafogamento de processos criminais com mecanismos como transações penais, suspensões condicionais do processo e o recente Acordo de Não Persecução Penal, tem como efeito rebote o desague na impunidade e sensação de insegurança na coletividade geral.

Em que pese necessárias a ressocialização, medidas educativas e o sistema multiportas aplicado ao Direito Criminal em prejuízo de punições mais rigorosas, tem como efeito a maior ocorrência de crimes graves por falta de maior reprovação em delitos menores anteriores.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de Janeiro de 2002.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940

BRASIL**. Lei das Contravenções Penais**. Decreto-Lei nº 3.688, de 7 de outubro de 1941.

CAPEZ, Fernando**. Curso de Direito Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 743

CUNHA, Rogério Sanches**, MANUAL DE DIREITO PENAL**: PARTE ESPECIAL, salvador, Juspodivm, 2016 (p. 250)

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 13/05/2024 às 18:00

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas de Violência de 2023**. Disponível em: <https://apidspace.universilab.com.br/server/api/core/bitstreams/-1045c932-02ad-410b-b01d-46cdace17668/content> acesso em 16/05/2024 às 15:35.

GRECO, Rogério**. Curso de Direito Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. p. 864

HUNGRIA. Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Vol. 6, 5ª edição, Forense, 1980, p. 181

LOPES, Marcio Cavalcante. Dizer o Direito: **INFORMATIVO Comentado 711 STJ** (completo e resumido), 2021. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/-2021/11/informativo-comentado-711-stj-completo.html> Acesso em 16/05/2024 às 12:00.

MASSON, Cleber**. Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023. p. 804

MIRABETE, Julio Fabbrini**. Código Penal anotado**. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 1.006

NORONHA. E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 2001.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, 8ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 671-672, 480

Ouvidoria do Ministério dos Direitos Humanos, disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos> Acesso em: 12/05/2024 às 18:00

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso - entes políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

TINOCO, Antônio Luiz. **Código criminal do Império do Brazil anotado**. Rio de Janeiro. 2003, *fac-simile* de: Imprensa Industrial, 1886.

Sentença do Zero Serviços Educacionais Ltda.

Contato: (73) 99828-5266

@sentencadozero