TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

COORDENADOR:
Vanques de Melo
Valdeci Cunha
AUTORES:
Bianca Pfeffer
Lia Coelho de Albuquerque
Vinícius Yscandar de Carvalho
Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann
Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho
Erika Nunes Dias
Pedro Henrique Vale Abdo
André Bruno Façanha de Negreiros
Jadiel Luciano Oliveira dos Santos

Editora DIN.CE

TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Vol. 1

Coordenador:
André Bruno Façanha de Negreiros
Vanques de Melo
Valdeci Cunha

Autores:
André Bruno Façanha de Negreiros
Cesar Augusto Popinhak
Bianca Pfeffer
Erika Nunes Dias
Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho
Lia Coelho de Albuquerque
Jadiel Luciano Oliveira dos Santos
Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann
Pedro Henrique Vale Abdo
Vinícius Yscandar de Carvalho

Fortaleza-CE
2022

FICHA TÉCNICA:
Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanoel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

CONSELHO EDITORIAL:
Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

NEGREIROS, André Bruno Façanha de. POPINHAK, Cesar Augusto. Pfeffer, Bianca. DIAS, Erika Nunes. CARVALHO, Gabriel Pereira Saraiva Nunes. ALBUQUERQUE, Lia Coelho de. SANTOS, Jadiel Luciano Oliveira dos. KUHLMANN, Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima. ABDO, Pedro Henrique Vale. CARVALHO, Vinícius Yscandar de

TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Fortaleza – Ceará. Editoras DINCE, 2022 – 372p. Impresso

ISBN 978-85-7872-558-7
DOI 10.29327/744485

1. Direito Público e Privado 2. Temas. I. Estudos

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil
Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:
Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

SUMÁRIO

A AUTOEXECUTORIEDADE DO PODER DE POLÍCIA E A (DES)NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL **7**
Lia Coelho de Albuquerque

O PACOTE ANTICRIME E OS SEUS REFLEXOS NO CPP **27**
Vinícius Yscandar de Carvalho

A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL **51**
Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann

A REVISÃO CONTRATUAL FUNDADA NAS CLÁUSULAS ABUSIVAS **85**
Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

INTERVENÇÃO DO JUIZ NOS CONTRATOS: O INSTITUTO DA LESÃO COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA CONTRATUAL **123**
Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO **157**
Erika Nunes Dias

INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. **177**
Erika Nunes Dias

DIREITO À SAÚDE: PANORAMA JURISPRUDENCIAL SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....**185**
Bianca Pfeffer

A SÚMULA 211/STJ E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....**211**

PL 21/20: MARCO LEGAL PARA USO DE IA NO BRASIL: CRÍTICA À CONFUSÃO DE PAPÉIS A SEREM EXERCIDOS PELOS AGENTES DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E IMPLICAÇÕES EM EVENTUAIS AÇÕES CONSTITUCIONAIS **259**
Pedro Henrique Vale Abdo

AUTOMATIZAÇÃO DOS CARTÓRIOS DE REGISTROS DE IMÓVEIS NA ERA DA DEMOCRACIA DIGITAL: A ATUAÇÃO DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS COMO GARANTIDOR DE DIREITOS EM TEMPOS DE CERTIFICAÇÃO DIGITAL, METADADOS E "BLOCKCHAIN" **279**
André Bruno Façanha de Negreiros
Felipe Saraiva Andrade
André Bruno Façanha de Negreiros
Maria Darlene Braga Araújo Monteiro

O PODER DE LEGITIMIDADE CONFERIDO PELO BLOCKCHAIN NA CRIAÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS **309**
Cássio Arrais Bezerra
André Bruno Façanha de Negreiros
Maria Darlene Braga Araújo Monteiro

A DESCONFIGURAÇÃO DAS DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E A AUTOPRESERVAÇÃO **329**
Jadiel Luciano Oliveira dos Santos

ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: POR UMA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. **359**
Cesar Augusto Popinhak

A AUTOEXECUTORIEDADE DO PODER DE POLÍCIA E A (DES)NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL

Lia Coelho de Albuquerque[1]

RESUMO

O presente trabalho investiga os limites e as condições para a verificação do atributo da autoexecutoriedade dos atos emanados pelo Poder Público no exercício do Poder de Polícia, mormente com a finalidade de identificar, com precisão, as hipóteses que carecem de intervenção judicial, sendo vedada à Administração a adoção de meios diretos de coerção. Sobressaem-se, nesse contexto, os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e do devido processo legal, cuja observância configura condição *sine qua non* para a legitimidade da imposição de métodos de execução material das obrigações impostas aos administrados. Fundamental, também, é a análise do tema à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não só como prerrogativa dos particulares, a fim de evitar eventuais abusos ou ilegalidades perpetradas pela Administração, mas sobretudo como instrumento do próprio Poder Público, notadamente quando as medidas implementadas com fulcro na autoexecutoriedade do Poder de Polícia mostrarem-se insuficientes para a efetiva concretização do interesse público.

[1]Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2016). Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário 7 de Setembro (2019). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (2019).

Palavras-chave: Poder de Polícia. Autoexecutoriedade. Inafastabilidade da Jurisdição. Interesse de agir.

INTRODUÇÃO

A preocupação central do presente trabalho consiste em pormenorizar as limitações impostas ao exercício do Poder de Polícia, em especial no que se refere ao atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos emanados com o objetivo de condicionar ou restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade, cujo fundamento reside na predominância do interesse público sobre o particular. Nesta perspectiva, almeja-se distinguir os casos que autorizam a utilização de meios diretos de coação daqueles em que se faz necessário prévio acionamento do Poder Judiciário.

Desse modo, a sensibilidade do tema justifica-se justamente pela dificuldade de identificar, precisa e objetivamente, os critérios empregados para tal, mormente porque as medidas de polícia encontram-se inseridas no âmbito da discricionariedade da Administração (DI PIETRO, 2018), não restando alternativa para o controle do atos decorrentes do poder de polícia senão a verificação de conformidade dos mesmos no que tange aos princípios norteadores da atividade administrativa, com destaque para a legalidade, a adequação e a razoabilidade, a moralidade e o devido processo legal.

Cumpre ainda traçar um panorama das limitações à autoexecutoriedade do poder de polícia à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (BRASIL, 2018, p. 7)

Daí extrai-se o fundamento para a adoção do sistema da unidade da jurisdição pelo direito brasileiro (CARVALHO FILHO, 2017), conduzindo à conclusão fundamental de que qualquer que seja o autor da lesão – o Poder Público inclusive – poderá o prejudicado socorrer-se das vias judiciais.

Não obstante a nobre finalidade de atribuir o monopólio da função jurisdicional ao Poder Judiciário – órgão dotado de garantias de imparcialidade (DI PIETRO, 2018), a fim de evitar excessos da Administração em detrimento de direitos individuais, permitindo-lhe a apreciação e consequente invalidação de atos viciados –, também é importante examinar o direito ao acesso à justiça enquanto prerrogativa do próprio Poder Público, notadamente quando as medidas implementadas com fundamento na autoexecutoriedade do poder de polícia mostrarem-se insuficientes para a efetiva concretização do interesse público.

Para alcançar tais objetivos, mostra-se necessária a abordagem de aspectos eminentemente doutrinários relacionados com a temática em estudo, utilizando-se como principal recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise minuciosa de materiais já publicados na literatura e artigos científicos divulgados no meio eletrônico.

DESENVOLVIMENTO

O estudo acerca do Poder de Polícia fatalmente remete à bipartição dos sentidos que comportam a expressão. Em sua acepção mais ampla, "significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais"

(CARVALHO FILHO, 2017, p. 83), de modo a abranger, além da atividade administrativa propriamente dita, a atividade legislativa, que inova na ordem jurídica com a criação de direitos e obrigações. Nesse sentido, referindo-se ao exercício do Poder de Polícia tanto pelo Executivo como pelo Legislativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro elucida:

> O poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. Tomando-se como pressuposto o princípio da legalidade, que impede à Administração impor obrigações ou proibições senão em virtude de lei, é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei.
>
> O Poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao Estado, cria, por lei, as chamadas limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas.
>
> A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas). (DI PIETRO, 2018, p. 192)

Por sua vez, o conceito restrito do Poder de Polícia compreende, tão somente, "o exercício da função administrativa, fundada na lei, que restringe e condiciona o exercício de direitos e atividades privadas, com o objetivo de implementar o interesse público". (OLIVEIRA, 2017, p. 265).

É exatamente essa extensão – convencionalmente ilustrada pela expressão Polícia Administrativa[2] (CARVALHO

[2] Observa-se, na doutrina, uma diferenciação entre os termos polícia administrativa, polícia de segurança e polícia judiciária. No entanto, todas essas atividades são espécies de polícia estatal,

FILHO, 2017) – que utilizaremos no presente trabalho, a fim de representar, máxime, "as limitações administrativas à liberdade e propriedade privadas, deixando de fora as restrições impostas por dispositivos legais". (MAZZA, 2018)

A respeito do fundamento do Poder de Polícia, afirma-se, tradicionalmente, que decorre da própria ideia de supremacia geral do Estado sobre seu território (SOUZA; FIDALGO, 2018). Di Pietro (2018) igualmente justifica as manifestações de polícia pelo princípio da predominância do interesse público sobre o particular, referindo-se à posição de supremacia da Administração sobre os administrados.

Cumpre mencionar, entretanto, a doutrina de Rafael Oliveira, que, discorrendo sobre o tema à luz do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, reputa "mais adequado afirmar que o fundamento de toda e qualquer ação estatal deve ser a promoção e a proteção dos direitos fundamentais" (OLIVEIRA, 2017, p. 271). Com efeito, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais passam a assumir duplo papel de controle sobre a atividade estatal, funcionando ao mesmo tempo como fundamento e como condicionante do exercício das prerrogativas públicas. (JUSTEN FILHO, 2009)

Nesse escopo, dando continuidade ao estudo do Poder de Polícia, ora referindo-se às características que lhes são próprias, costuma-se apontar como atributos a discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade. (DI PIETRO, 2018)

O exercício do poder de polícia, salvo algumas exceções [3], encontra-se amparado por uma margem de

apenas com regimes jurídicos e objetos específicos. (SOUZA; FIDALGO, 2018)

[3] Há de se atentar para a possibilidade de o legislador não deixar qualquer margem de liberdade para o administrador, hipótese em que a atuação de polícia será vinculada. Como exemplo, destaca-se

"liberdade conferida pelo legislador ao administrador para escolher, por exemplo, o melhor momento de sua atuação ou a sanção mais adequada no caso concreto" (OLIVEIRA, 2017, p. 272), notadamente nas hipóteses em que há previsão legal de duas ou mais sanções para determinada infração. Trata-se da denominada discricionariedade administrativa.

A coercibilidade, por sua vez, reporta-se à aptidão do ato administrativo de criar unilateralmente obrigações aos particulares, independentemente da anuência destes. Isto é, consiste na autorização para que o Poder Público ingresse na esfera jurídica dos particulares, impondo-lhes obrigações. (GONÇALVES, 2010). Convém mencionar, no entanto, que nem toda medida de polícia é dotada de coercibilidade, podendo-se apontar como exceção os consentimentos de polícia[4], os quais, por serem editados a pedido dos particulares, classificam-se como espécie de atos negociais.

Desse modo, segundo Alexandre Mazza, a coercibilidade – abordada pelo autor como sinônimo de imperatividade –, consiste na capacidade da Administração de vincular terceiros a deveres jurídicos, com fundamento no chamado poder extroverso. Logo, "ao contrário dos particulares, que só possuem poder de auto-obrigação (introverso), a Administração Pública pode criar deveres para si e também para terceiros". (MAZZA, 2018. p. 297)

Por derradeiro, em relação à autoexecutoriedade, Carvalho Filho (2017) precisamente define-a como sendo a

a licença para construir, que deve ser necessariamente expedida quando o particular preencher os requisitos necessários. (OLIVEIRA, 2017, p. 272)

[4] Nas estritas palavras de Souza e Fidalgo (2018, p. 360), o consentimentos de polícia tratam-se de "ato de anuência prévia do Poder Público com relação à execução de uma atividade, tendo em vista os riscos a ela associados. A anuência é normalmente exarada através de licenças e autorizações".

prerrogativa da Administração de colocar suas decisões em imediata execução, independentemente do consenso do administrado e sem necessidade de prévia [5] manifestação judicial; sendo, bem por isso, denominada de *privilége d'action d'office* no Direito Administrativo francês.

O atributo da autoexecutoriedade encontra-se essencialmente traduzido, portanto, na possibilidade de execução direta e integral de determinado ato administrativo – desde que, por óbvio, observada a presença dos respectivos pressupostos legais[6] –, facultando-se, inclusive, a utilização da "força física se preciso for para desconstituir situação violadora da ordem jurídica". (MAZZA, 2018, p. 297)

Desse modo, destacam-se como típicas expressões da autoexecutoriedade do poder de polícia estatal: i) o guinchamento de carro estacionado em local proibido; ii) o fechamento de restaurante pela vigilância sanitária; iii) a apreensão de mercadorias contrabandeadas; iv) a demolição de construção irregular em área de manancial; v) a requisição de escada particular para combater incêndio; vi) a interdição de estabelecimento comercial irregular; vii) a destruição de alimentos nocivos ao consumo público e expostos à venda[7];

[5] Conforme se verá a seguir, nada impede a utilização de mecanismos de controle judicial *a posteriori* sobre a execução material de atos administrativos, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

[6] As manifestações do poder de polícia, como toda espécie de ato administrativo, deverão satisfazer as condições descritas no art. 2º, da Lei da Ação Popular (Lei nº. 4.717/1965), quais sejam: agente competente, objeto lícito, motivo, finalidade e forma legal. (SOUZA; FIDALGO, 2018)

[7] Nesse caso, à vista do risco iminente à vida e à saúde dos consumidores, o Poder Público não deve limitar-se a determinar o recolhimento do produto, estando autorizado a fazê-lo por si. (SOUZA; FIDALGO, 2018)

viii) o confisco de medicamentos necessários para a população, em situação de calamidade pública. (MAZZA, 2018)

Imperioso ressaltar, nesse tocante, que a autoexecutoriedade não se confunde com a (mera) exigibilidade. Embora também relacionada com a prerrogativa conferida ao Estado de induzir terceiros à observância de seus atos, a exigibilidade apenas autoriza a imposição de providências indiretas, a exemplo da inscrição do débito em dívida ativa e da aplicação de penalidades, como multas, advertências e interdição de estabelecimentos comerciais[8].

Nesse escopo, explica Gonçalves (2010, p. 64):

> A diferença, portanto, entre a exigibilidade e a executoriedade está no meio coercitivo. Enquanto com a exigibilidade a Administração só pode se utilizar de meios indiretos de coerção (por exemplo: imposição de multa), na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se da força, inclusive, quando necessário.

Destarte, afirma-se que a exigibilidade, por si só, não garante a possibilidade de utilização de mecanismos de coação material, faculdade que, conforme já aduzido, é própria da autoexecutoriedade. Ocorre que esta, turno, nem sempre se faz presente, haja vista que sua legitimidade encontra-se

[8] Em sentido semelhante, Mazza (2018, p. 298), discorre que "a autoexecutoriedade difere da exigibilidade à medida que esta aplica uma punição ao particular (exemplo: multa de trânsito), mas não desconstitui materialmente a irregularidade (o carro continua parado no local proibido), representando uma coerção indireta. Enquanto a autoexecutoriedade, além de punir, desfaz concretamente a situação ilegal, constituindo mecanismo de coerção direta".

adstrita às hipóteses em que "a lei previr expressamente ou quando a necessidade for condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração". (GONÇALVES, 2010, p. 63)

No mesmo sentido, para Mazza (2018), apenas duas espécies de atos administrativos afiguram-se autoexecutáveis, é dizer: aqueles com tal atributo conferido por lei – como é o caso do fechamento de restaurante pela vigilância sanitária[9] e da demolição de obras pelos órgãos ambientais[10] –, bem como os atos praticados em situações emergenciais cuja execução imediata mostre-se indispensável para a preservação do interesse público, como na hipótese de dispersão de manifestação que acaba convertendo-se em ato de vandalismo[11].

Ainda sobre a temática das restrições impostas à autoexecutoriedade do Poder de Política, Souza e Fidalgo (2018, p. 361) retratam:

> Nem todo ato de polícia, contudo, é autoexecutório. Veja-se o caso da multa: trata-se

[9] "Art. 7º. Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: [...] XIV - interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde" (Lei nº. 9.782/1999 – ANVISA).

[10] "Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º.: [...] VIII - demolição de obra" (Lei nº. 9.605/1998 – SNUC).

[11] Nestes casos, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que "a autorização para executoriedade está implícita no sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico posto em risco". (MELLO, 2009, p. 416)

> de uma possível penalidade imposta aos administrados que violarem as ordens de polícia. Ela é coercitiva, mas não autoexecutória. O administrado é obrigado a pagar a multa na data aprazada, mas, se não o fizer, a Administração Pública não pode simplesmente bloquear a sua conta corrente. Deve buscar o Poder Judiciário, através do ajuizamento de uma ação de execução fiscal, para poder obter a transferência do valor objeto da multa.

Em arremate, de acordo com a doutrina majoritária, afirma-se que o atributo da autoexecutoriedade não está presente em todos os atos administrativos, mas somente quando a lei assim dispuser ou em situações de excepcional interesse público. Caso contrário, não resta outra alternativa ao Poder Público senão buscar o Judiciário para garantir o cumprimento de suas decisões. É o que se verifica da hipótese da cobrança de multa, em que, como já exposto, faz-se necessário o ajuizamento de ação de execução fiscal para que a Administração possa obter a efetiva transferência do valor objeto da multa.

Sob outra perspectiva, mesmo quando a autoexecutoriedade encontra-se aprioristicamente autorizada, enquadrando-se em uma das duas situações retrocitadas, releva notar que o afastamento da finalidade pública pela autoridade administrativa conduzirá, inevitavelmente, à caracterização de desvio de poder, impondo-se o reconhecimento de nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa. (DI PIETRO, 2018)

Isso porque o exercício do Poder de Polícia não é um fim em si mesmo. Consoante bem acentuado por Moreira Neto (2014), as medidas de polícia – assim como todo e qualquer ato administrativo –, gozam de inequívoco caráter

instrumental, na medida em que somente devem ser implementadas com vistas à persecução do interesse público.

Expondo raciocínio semelhante, Oliveira (2017) destaca que a legitimidade da atuação de polícia depende do respeito ao ordenamento jurídico – aqui entendido como princípio da juridicidade –, de modo a contemplar não só a estrita observância à legalidade, mas também aos princípios da motivação[12], da ampla defesa e do contraditório, bem como da adequação, da proporcionalidade e da razoabilidade, exigindo bom senso e moderação na aplicação da autoexecutoriedade.

É importante deixar claro, neste aspecto, que, a autoexecutoriedade dos atos administrativos em nada prejudica a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário[13]. O que se dispensa, na verdade, é tão somente a obrigatoriedade de autorização prévia.

Sendo assim, na hipótese de revelar-se ilegal ou abusiva a ação estatal, o administrado poderá valer-se da utilização de todos os mecanismos judiciais postos à

[12] Justificando o importante papel assumido pelo princípio da motivação, Oliveira (2017) ressalta que a atividade administrativa passa necessariamente por ponderação entre direitos fundamentais conflitantes. Explica que, embora se verifique a adoção de soluções preferenciais pela legislação, as circunstâncias concretas poderão exigir nova avaliação a ser realizada pelo administrador público, consoante a margem de discricionariedade existente, viabilizando controle mais eficiente da legitimidade dos atos estatais.

[13] "No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida". (MELLO, 2009, p. 936)

disposição, notadamente em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nesse sentido, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> A executoriedade não deixa o administrado ao desabrigo de proteção jurídica, pois pode-se sempre recorrer ao Poder Judiciário tanto para impedir preventivamente sua utilização quanto para sustar a medida executória aplicada, sempre que o uso desta providência administrativa fira direitos dos ameaçados ou atingidos. (MELLO, 2009, p. 416)

Nesse contexto, como principais instrumentos de controle judicial da Administração Pública, destacam-se o *habeas corpus* e o *habeas data*, os mandados de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, além da ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa. (OLIVEIRA, 2017).

Ressalte-se, por oportuno, ser de extrema importância o controle judicial dos atos administrativos, porquanto consiste, em última análise, em poderoso instrumento de proteção do povo, que, na condição de titular do poder constituinte, é quem viabiliza a existência e a manutenção do Estado, gerindo e organizando os chamados poderes constituídos. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 102). Isto é, trata-se o aludido controle de uma forma de se estabelecer a viabilidade sustentável da atividade estatal em prol do cidadão, sem a qual perderia sentido conceder-lhe autorização para a implementação do interesse público. (FRANÇA, 2018)

Destarte, sem ignorar as limitações impostas ao juiz na análise da conveniência e oportunidade das decisões administrativas discricionárias, em consonância com a ideia de tripartição de poderes, pode-se afirmar, com fulcro no princípio da sindicabilidade, que “todas as lesões ou ameaças a direito,

no exercício da função administrativa, estão sujeitas a algum mecanismo de controle" (MAZZA, 2018, p. 144), permitindo ampla gerência da atuação da Administração Pública pelo Judiciário, especialmente nas hipóteses em que a ação estatal examinada reveste-se do atributo da autoexecutoriedade.

Acrescente-se, a esse respeito, que a concepção de acesso à justiça costuma ser interpretada tão somente em prol dos administrados, com a finalidade precípua de conter eventuais abusos e ilegalidades levados a cabo pela Administração; constituindo, conforme já estudado, importante instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, não se pode olvidar a relevância do estudo da inafastabilidade da jurisdição também sob a ótica do Poder Público – enquanto sujeito regular de direitos –, notadamente quando as medidas implementadas com fundamento na autoexecutoriedade do Poder de Polícia não forem suficientes para o efetivo alcance da finalidade pública pretendida.

Exsurge-se, nesse ínterim, importante discussão acerca da existência, ou não, de interesse de agir do Poder Público em juízo frente à suficiência de poderes administrativos para o cumprimento integral de seus atos e decisões, independentemente da participação do Judiciário. É o caso das ações possessórias movidas pela Fazenda Pública para defender-se da ocupação irregular de área de pública, bem como das ações demolitórias propostas em face de edificação ilegal em faixa de domínio cujo embargo de construção tenha sido desrespeitado.

Desse modo, cumpre verificar se a Administração goza de interesse de agir para tutelar em juízo medidas que poderia obter apenas com base no Poder de Polícia, sob a perspectiva da autoexecutoriedade.

Observa-se, nesse panorama, diversas ações sendo extintas, sobretudo em primeiro grau de jurisdição, com fulcro

na premissa de que o Poder Público carece de interesse processual para postular providência com finalidade idêntica à que se poderia implementar de forma autônoma, sem necessidade de intervenção judicial. O entendimento que vem sendo assentado no âmbito dos tribunais, em contrapartida, aponta para a impossibilidade de vedar à Administração o acesso ao Judiciário, por violar não só o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas também o do devido processo legal.

Por oportuno, convém trazer à baila os seguintes excertos da ementa do REsp 1.651.622/SP[14], recém julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se confirma o entendimento ora expressado:

> PROCESSUAL CIVIL. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. CONFIRMAÇÃO DO JULGADO DE PRIMEIRO GRAU PELO TRIBUNAL A QUO. INTERESSE DE AGIR. VERIFICAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA CAUSA. SÚMULA 7 DO STJ. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE CONFIRMA O ACÓRDÃO COMBATIDO. 1. Cuida-se de confirmação de sentença de primeiro grau, pelo Tribunal a quo, proferida nos autos de nunciação de obra nova ajuizada pela Prefeitura Municipal, em razão da realização de obra sem a apresentação de projeto arquitetônico no departamento competente, violando, portanto, a legislação local. 2. Verifica-se configurado o interesse de agir (art. 267, I, CPC), visto que a autoexecutoriedade afeita à pessoa política não retira desta a pretensão em valer-se de decisão judicial que lhe assegure a providência fática que almeja, pois nem sempre as medidas tomadas pela Administração no exercício do poder de

[14] STJ. 2ª Turma. REsp 1651622/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/03/2017.

> polícia são suficientes. [...]5. Recurso Especial não provido.

Nessa esteira, com a clareza que lhe é peculiar, Márcio Cavalcante sintetiza:

> A autoexecutoriedade não retira da Administração Pública a possibilidade de valer-se de decisão judicial que lhe assegure a providência fática que almeja, pois nem sempre as medidas tomadas pelo Poder Público no exercício do poder de polícia são suficientes. (CAVALCANTE, 2019)

Sobressai-se, portanto, a orientação de que, embora seja a Administração dotada da prerrogativa de auto executar seus atos, tal fato – por si só –, não a impede de demandar a tutela jurisdicional pretendida. Sob o mesmo raciocínio, tampouco se pode condicionar o interesse de agir à exigência de que a Administração esgote todos os meios coercitivos e coativos para o adimplemento da obrigação[15].

É bem verdade, no entanto, que, seja qual for o desfecho, a questão não será bem solucionada se examinada de forma apriorística. É preciso que a verificação do aludido interesse processual seja norteada, no caso concreto, pela presença do binômio necessidade-adequação, com vistas à demonstração da efetiva utilidade da tutela postulada pelo ente público demandante. Nessa senda, segundo destaca Leonardo Gonçalves, "o provimento jurisdicional buscado deve ser uma medida necessária ao objetivo perseguido pela ação e essa

[15] Nesse sentido: TRF/5ª Região. 4ª Turma. Apelação Cível nº. 370.219/RN (2005.84.00.006573-0). Rel. Des. Federal Barros Dias. Julgado em 24.10.2006

deve ser adequada ao objetivo perseguido". (GONÇALVES, 2010, p. 178)

Conclusão

Com o propósito de alcançar o principal objetivo a que se propôs o presente trabalho – qual seja: a análise dos limites e das condições para a legitimidade do atributo da autoexecutoriedade das manifestações de polícia estatal e as respectivas hipóteses de intervenção judicial –, foi necessário abordar os diversos conceitos doutrinários que permeiam o tema, bem como as nuances jurisprudenciais pertinentes à matéria.

Desse modo, chegou-se, primeiramente, à conclusão de que a autoexecutoriedade afigura-se como importante instrumento destinado à efetivação da ação estatal, na medida em que autoriza a adoção de métodos de execução material das obrigações impostas aos administrados. Convém explicitar, por relevante, que a presença de tal atributo não deve ser entendida como regra nas manifestações de polícia, somente se fazendo legítima diante de expressa previsão legal ou quando as particularidades do caso justificarem, sempre à luz do interesse público, por certo.

Constatou-se também que, mesmo nas hipóteses em que se mostra aprioristicamente autorizada, a legitimidade da atuação de polícia depende da conformidade com relação ao ordenamento jurídico, examinando-se este em sua completude, com destaque para os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e devido processo legal.

Destarte, foi possível inferir que a autoexecutoriedade, tal como os demais atributos dos atos administrativos e todos os limites que os circundam, insere-se

em um sistema em que a Constituição constitui o vértice, situando-se abaixo dela as demais espécies normativas. Contudo, a razão maior – não só do Texto Maior, mas do sistema como um todo –, deve ser a plena satisfação do interesse público. (GONÇALVES, 2010)

Nesse contexto, concluiu-se que os mecanismos diretos de coação apenas devem ser utilizados à míngua de outro meio mais brando igualmente eficaz, devendo ser, portanto, invalidados quando afigurarem-se desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado.

A partir daí, passou-se a discutir sobre a sindicabilidade do ato administrativo e dos mecanismos judiciais postos à disposição dos administrados para o controle de eventuais abusos e ilegalidades do Poder Público, notadamente em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim, chegou-se à conclusão de que todo ato administrativo está sujeito ao controle judicial, desde que respeitada a margem de discricionariedade conferida à Administração.

Mas não é só. Verificou-se fundamental, ainda, a abordagem da inafastabilidade da jurisdição à luz do próprio interesse público.

Nesse ínterim, destacou-se a controvérsia acerca do interesse de agir da Fazenda Pública para buscar, judicialmente, a efetivação de medida que poderia ser imposta diretamente com base no atributo da autoexecutoriedade. Concluiu-se, daí, que compete ao Judiciário verificar, caso a caso, a utilidade da medida, por meio do binômio necessidade-adequação, bem como, por evidente, o embasamento jurídico do pedido, pois só assim estar-se-ia exercendo, de fato, as prerrogativas de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. *LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965.* Brasília, DF, jun. 1965. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. *LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998*. Brasília, DF, fev. 1998. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. *LEI Nº 9.782, DE 26 DE JANEIRO DE 1999*. Brasília, DF, jan. 1999. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1.651.622/SP.* Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/03/2017. Disponível em:<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2019.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A administração pública possui interesse de agir para tutelar em juízo atos em que ela poderia atuar com base em seu poder de polícia*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2e2079d63348233d91cad1fa9b1361e9>. Acesso em: 10 mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle do ato administrativo e a jurisprudência do STF e do STJ*. Empório do Direito, Florianópolis. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-controle-do-ato-administrativo-e-a-jurisprudencia-do-stf-e-do-stj>. Acesso em: 10 mar. 2019.

GONÇALVES, Leonardo de Melo. *Limites da autoexecutoriedade do poder de polícia*. 195 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES; Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

SOUZA, Jorge Munhós de; FIDALGO, Carolina Barros. *Legislação Administrativa para concursos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

O PACOTE ANTICRIME E OS SEUS REFLEXOS NO CPP

Vinícius Yscandar de Carvalho

RESUMO: O Pacote anticrime trouxe inúmeros seus reflexos no Código de Processo Penal. Porém, várias alterações significativas foram suspensas por decisão do Supremo Tribunal Federal, como o juiz das garantias, o novo procedimento de arquivamento da investigação criminal e o impedimento do juiz que teve acesso à prova ilegal. Por outro lado, pode-se enumerar as seguintes normas já em vigor: o acordo de não persecução penal, o tratamento legal detalhado da cadeia de custódia da prova, a audiência de custódia e a exclusão das medidas cautelares de ofício. Nesse artigo, pretende-se passar, brevemente, por essas mudanças e tratar com um pouco mais de atenção a questão do decreto cautelar de ofício.

Palavras-chaves: Pacote anticrime. Sistema acusatório. Juiz das garantias. Acordo de não persecução penal. Cadeia de custódia.

ABSTRACT: The Anti-Crime Package has had numerous effects on the Criminal Procedure Code. However, several significant changes were suspended by decision of the Federal Supreme Court, such as the judge of guarantees, the new procedure for archiving the criminal investigation and the impediment of the judge who had access to illegal evidence. On the other hand, we can list the following rules already in force: the agreement of non-prosecution, the detailed legal treatment

of the chain of custody of the evidence, the custody hearing and the exclusion of precautionary measures ex officio. In this article, it is intended to briefly go through these changes and deal with a little more attention to the issue of the injunction decree.

DESENVOLVIMENTO

No dia 24 de dezembro de 2019, foi publicado no Diário Oficial da União, por meio de edição extra, a Lei 13.964, denominada por Pacote Anticrime.[16]

Além de ter alterado diversas normas penais, a lei também modificou profundamente o Código de Processo Penal. Neste artigo, busca-se abordar as alterações que reputamos mais significativas no CPP:

(1) Previsão expressa no CPP da **estrutura acusatória** (art. 3º-A)

(2) **Juiz das garantias** (art. 3º-A ao 3º-F do CPP)

(3) **Novo procedimento de arquivamento da investigação criminal** (art. 28 do CPP)

(4) **Acordo de não-persecução penal** (art. 28-A do CPP)

(5) **Impedimento do juiz que teve acesso à prova ilegal** (art. 157, §5º, do CPP)

(6) Tratamento detalhado da **cadeia de custódia** da prova (art. 158-A do CPP)

(7) **Audiência de custódia** (art. 310 do CPP)

[16] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 22.9.2020.

(8) **Ilegalidade da prisão ante a não realização da audiência de custódia em 24 horas** (art. 310, §4º, do CPP)

(9**) Retirada das medidas cautelares de ofício**

Também serão examinados os pontos que, antes mesmo de entrarem em vigor, foram suspensos pelo Supremo Tribunal Federal.

ALTERAÇÕES MAIS SIGNIFICATIVAS NO CPP

Como já antecipado, na introdução deste texto, dentre as mais importantes alterações promovidas pela Lei 13.964/19, no CPP, certamente não se pode deixar de apontar as seguintes:

(1) Previsão expressa no CPP da **estrutura acusatória** (art. 3º-A)

(2) **Juiz das garantias** (art. 3º-A ao 3º-F do CPP)

(3) **Novo procedimento de arquivamento da investigação criminal** (art. 28 do CPP)

(4) **Acordo de não-persecução penal** (art. 28-A do CPP)

(5) **Impedimento do juiz que teve acesso à prova ilegal** (art. 157, §5º, do CPP)

(6) Tratamento detalhado da **cadeia de custódia** da prova (art. 158-A do CPP)

(7) **Audiência de custódia** (art. 310 do CPP)

(8) **Ilegalidade da prisão ante a não realização da audiência de custódia em 24 horas** (art. 310, §4º, do CPP)

(9) **Retirada das medidas cautelares de ofício**

Antes de abordarmos cada um desses institutos, é importante alertar que alguns deles encontram-se suspensos por força de decisão liminar, primeiro, do em. Ministro Dias Toffoli, que durante o recesso forense apenas prorrogou o período de *vacatio* da lei, e, posteriormente, pelo Relator natural da causa, em. Ministro Luiz Fux, que, também em sede liminar, suspendeu, porém, *sine die* (sem prazo) a vigência dos seguintes pontos: (a) Previsão expressa no CPP da **estrutura acusatória** (art. 3º-A); (b) **Juiz das garantias** (art. 3º-A ao 3º-F do CPP); (c) **Novo procedimento de arquivamento da investigação criminal** (art. 28 do CPP); (d) **Impedimento do juiz que teve acesso à prova ilegal** (art. 157, §5º, do CPP); e (e) **Ilegalidade da prisão ante a não realização da audiência de custódia em 24 horas** (art. 310, §4º, do CPP). As decisões foram proferidas em medida cautelar nas ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em 22 de janeiro de 2020.

Portanto, até decisão em sentido contrário, esses dispositivos encontram-se com a eficácia suspensa.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame dos institutos, nem todos novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

1 ESTRUTURA ACUSATÓRIA (ART. 3º-A) (EFICÁCIA SUSPENSA?)

O art. 3º-A, incluído pela Lei 13.964/19 no Código de Processo Penal, não poderia ter sido mais claro no que se refere à intensão do legislador:

> Art. 3º-A. **O processo penal terá estrutura acusatória**, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Como muito bem resume Renato Brasileiro, "o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial"[17]. Além disso, é certo que, nesse sistema, por questão de coerência, a gestão das provas é deferida às partes, acusação e defesa, a fim de se evitar a contaminação do juiz que julga a causa com a inclinação natural em todo ser humano de querer ver suas ideias confirmadas. Assim, o sistema acusatório se contrapõe ao sistema inquisitório em que as funções de acusar, defender e julgar se concentram, havendo amplos poderes probatórios nas mãos da figura do julgador.

Num Estado Democrático de Direito, realmente, é incompatível ter-se a adoção de sistema inquisitorial. Com efeito, é interessante notar que a doutrina aponta que, desde a Constituição Federal de 1988 já se adota no Brasil o sistema acusatório, ao se projetar no MP a titularidade da ação penal pública (**art. 129, I**, da CF). Por isso, todo o regramento anterior à Constituição que previa o processo judicialiforme, cuja iniciativa era conferida ao juiz, não foi recepcionado pela nova ordem jurídica, inaugurada em 5 de agosto de 1988.

Não obstante tais considerações, é importante notar: um, que o art. 3º-A, apesar de não tratar do juiz das garantias, encontra-se inserido no Capítulo denominado Juiz das Garantias; dois, em que pese a inexistência de identidade

[17] LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Editora JusPodvim, 2020. p. 43.

entre os institutos, como muito bem observa Renato Brasileiro, o art. 3º-A "foi colocado no 'mesmo bolo' que os arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP para fins de suspensão de sua eficácia"[18].

Vale advertir que, por não derivar tão somente de lei infraconstitucional, não é correto afirmar que o sistema acusatório encontra-se suspenso por força da decisão do Supremo. Em verdade, mesmo suspenso o art. 3º-A do CPP, vige, no Brasil, por força do art. 129, I, da CF, o sistema acusatório.

2 JUIZ DAS GARANTIAS (ARTS. 3º-A AO 3º-F DO CPP – TODOS COM EFICÁCIA SUSPENSA)

Talvez a maior novidade do Pacote Anticrime, o juiz das garantias é sem dúvida o ponto mais polêmico da reforma. Questiona-se desde reserva de iniciativa para propor o projeto até a conveniência de sua implementação em um país, onde, não raras vezes, um único juiz acumula várias Comarcas.

Fora isso, como já acima adiantado, o art. 3º-A do CPP, formalmente inserido no capítulo do Juiz das Garantias, não trata propriamente do instituto, mas sim da estrutura acusatória do processo penal.

Com essas considerações, passa-se à definição e às características do Juiz das Garantias.

O juiz das garantias é o responsável por **controlar a legalidade da investigação criminal** e salvaguardar os direitos individuais confiados à reserva de jurisdição, nos termos do art. 3º-B do CPP. Nas palavras do professor Renato

[18] LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 90.

Brasileiro, visualiza-se no juiz das garantias "verdadeira espécie de competência funcional por fase do processo"[19].

Além de outras atribuições na fase investigatória, é ele quem recebe o auto de prisão em flagrante, controla a legalidade dessa prisão, homologa ou não o "acordo de não persecução penal" ou de colaboração premiada. Ainda, é ele quem decide os requerimentos de interceptação telefônica, busca e apreensão, entre outras medidas cautelares, e, por fim, quem **recebe a denúncia**. Após esse momento, porém, fica ele "**impedido**" de funcionar no processo, inaugurando o art. 3º-D do CPP uma nova hipótese de impedimento, fora daquelas enumeradas no art. 252 do CPP.

3 NOVO PROCEDIMENTO DE ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (ART. 28 DO CPP –EFICÁCIA SUSPENSA)

O conhecido art. 28 do CPP, após o Pacote Anticrime, não conta mais com o controle judicial acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (princípio da devolução). Alguns diziam que o arquivamento do inquérito policial passava por duplo controle, primeiro, pelo membro do Ministério Público que requeria o arquivamento e, depois, pelo Juiz, que homologava ou remetia ao Procurador-Geral de Justiça ou à CCR (no âmbito do MPF) para que, no *Parquet*, houvesse novo exame da pertinência do pedido de arquivamento.

Pela nova sistemática, **o juiz não mais participa ativamente do procedimento**.

[19] LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 103.

Verificada a hipótese de arquivamento, o membro do MP comunica à vítima, ao investigado e à autoridade policial. Se a vítima ou seu representante legal não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, **no prazo de 30 dias** do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial.

Apesar da redação um pouco confusa, Vladimir Aras defende "uma espécie de remessa necessária à instância superior do Ministério Público, conjugada com a possibilidade de recurso voluntário da vítima"[20]. No mesmo sentido, Renato Brasileiro "[21].

4 ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP) (VIGENTE)

O acordo de não persecução penal não é propriamente uma novidade.

Anteriormente, previsto em Resolução do CNMP, já era alvo de intenso debate doutrinário. Primeiro, a discussão era se o MP, sozinho, sem intervenção do Poder Judiciário, poderia realizar o acordo de não-persecução. Em sua redação originária, a Resolução 181/2017 não previu a participação de outro órgão. Após a polêmica, a Resolução 183/2018, trazendo nova redação ao §5º do art. 18 da Resolução 181/2017 previu expressamente a participação do juiz.

[20] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-12/vladimir-aras-modelo-arquivamento-inqueritos. Acesso em: 10.5.2020.

[21] LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 209.

Não obstante, a discussão sobre o acordo não findou. Discutia-se a possibilidade de haver acordo de não-persecução penal por meio de resolução. Por força do entendimento do STF da natureza primária das resoluções do CNJ e do CNMP (ADC 12), prevalecia que seria possível a previsão desse acordo em resolução.

Sobre esse instituto, é importante dizer tratar-se de nítido negócio jurídico processual, ou seja, um negócio jurídico que produzirá efeitos no processo, com certa força mitigadora do princípio da obrigatoriedade.

Tema que ainda deverá ser resolvido é se esse acordo pode ser celebrado em ações penais já intentadas quando do início de vigência da norma. A Quinta Turma do STJ já se manifestou pela impossibilidade:

> ROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADE DO CASO. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.
>
> [...]
>
> 3. Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, cuja causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de drogas fora reconhecida somente neste STJ, com a manutenção da condenação.
>
> 4. Embargos de declaração rejeitados.

> (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020).

Entretanto, já há voz na doutrina defendendo o contrário:

> considerando-se o fato de que o art. 28-A, §13, do CPP passou a prever a extinção da punibilidade como consequência decorrente do cumprimento integral do acordo de não persecução penal, também não nos parece absurda a possibilidade de celebração do acordo inclusive em relação aos processos criminais em andamento, visto que, nesse ponto, cuida-se de evidente norma de natureza material mais benéfica ao acusado.[22]

A solução definitiva deverá ser aguardada e, provavelmente, ainda será objeto de muitos debates.

5 IMPEDIMENTO DO JUIZ QUE TEVE ACESSO À PROVA ILEGAL (ART. 157, §5º, DO CPP – EFICÁCIA SUSPENSA)

Além do impedimento do juiz das garantias (art. 3º-D do CPP), a Lei 13.964/19 também previu um outro impedimento autônomo, o do juiz que teve acesso à prova ilícita. Na redação literal do art. 157, §5º do CPP:

> Art. 157, §5º. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir

[22] LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 209.

> a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Há desconfiança de que o juiz que teve acesso ao conteúdo ilícito da prova não terá isenção de ânimo suficiente para julgar com imparcialidade o réu. Por isso, prefere-se deferir a outro magistrado o julgamento da causa, impedindo-se que aquele cujo acesso ocorrera julgue.

Essa norma encontra-se com a eficácia suspensa.

6 TRATAMENTO DETALHADO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA (ART. 158-A DO CPP) (VIGENTE)

Nos arts. 158-A ao F, o legislador trouxe, de forma detalhada, as medidas necessárias para se manter a cadeia de custódia por que passa a colheita e a perícia da prova. Como ensina o Professor Aury Lopes Júnior o cuidado com a cadeia de custódia é necessário e justificado:

> quer-se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que

> independam da prova de má-fé ou "bondade e lisura" do agente estatal.[23]

A rigor, o tema é suma importância à legitimidade da instrução criminal, mas, do ponto de vista prático, é mais voltado à atuação do perito.

7 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (ART. 310 DO CPP) (VIGENTE)

Com o fim principal de arredar o afoitamento causado no ânimo das pessoas por decorrência da situação de flagrância, o STF, em 2015, ao julgar a ADPF 347, determinou a realização da audiência de custódia. Vale dizer que, na referida ação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional vivenciado no sistema carcerário brasileiro.

De todo modo, somente após o Pacote Anticrime, de 2019, a audiência de custódia passou a ser consagrada expressamente no Código de Processo Penal. Nela, o juiz examina a regularidade do flagrante e, se for o caso, converte-a em preventiva. Como explica Aury Lopes Júnior, quando examina o flagrante, o juiz passa por duas etapas:

Recebendo o auto de prisão em flagrante, deverá o juiz proceder nos termos do art. 310, ou seja:

> 1º Momento: analisar o aspecto formal do auto de prisão em flagrante, bem como a legalidade ou ilegalidade do próprio flagrante, através da análise dos requisitos do art. 302 do CPP. Se legal,

[23] LOPES JR., Aury. Direito processual penal, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 261.

> homologa; se ilegal (nos casos de flagrante forjado, provocado etc.), deverá relaxá-la.
>
> 2º Momento: homologando a prisão em flagrante, deverá, sempre, enfrentar a necessidade ou não da prisão preventiva (se houver pedido), a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança e a eventual imposição de medida cautelar diversa.[24]

A positivação da audiência de custódia, sem dúvida, é importante medida legislativa, que demonstra o comprometimento, também do Poder Legislativo com o problema do encarceramento provisório, sem sentença definitiva.

8 ILEGALIDADE DA PRISÃO ANTE A NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM 24 HORAS (ART. 310, §4º, DO CPP) – EFICÁCIA SUSPENSA)

O art. 310, §4º, do CPP previu a ilegalidade da prisão, quando transcorridas 24 horas após o decurso do prazo estabelecido no caput. Confira-se a redação:

> Art. 310. 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, e, nessa audiência, o juiz

[24] LOPES JR., Aury. Direito processual penal, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 389.

> deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 4º **Transcorridas 24 (vinte e quatro) 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

O dispositivo permite duas interpretações possíveis. A não realização da audiência de custódia no prazo de **24 horas**, a contar da prisão, acarreta a ilegalidade da medida. Ou, por outro lado: a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, após o término do prazo máximo de 24 horas que o juiz tem para promover a audiência de custódia, portanto, **48 horas** após a prisão, enseja a ilegalidade da prisão.

Seja como for, o prazo se revela bastante exíguo. Como observa Renato Brasileiro, o prazo não se revela factível [25] . Considerando-se ainda que o CNJ proibiu a realização da audiência de custódia por videoconferência, ainda mais infactível se torna a observância do prazo.

9 EXCLUSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO (VIGENTE)

[25] LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 209.

Parcela da doutrina, se lamentava já a muito tempo de algumas regras do CPP, cuja origem remonta à década de 1940, sem que tenha havido, para esta parte da doutrina, uma reforma estruturante do processo penal compatível com o atual Estado Democrático inaugurado pela Carta de 1988. Por todos, Aury Lopes Júnior observava:

> "Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova **redação do art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício**, desde que no 'curso da ação penal'.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – **de ofício** – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.

Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade." (*Idem*, pp. 398-399; grifou-se)

Não obstante, Aury Lopes Júnior advertia que, não obstante a conivência dos tribunais brasileiros, a prisão preventiva jamais poderia ser decretada de ofício na fase investigatória, nem mesmo quando decorrente de prisão em flagrante:

> "Infelizmente, com a histórica conivência dos tribunais brasileiros, insiste o legislador em permitir a **prisão preventiva decretada de ofício**, mas **apenas na fase processual** (art. 311), jamais no inquérito (**é por isso que, como explicamos anteriormente, não pode haver "conversão" automática ou de ofício do flagrante em preventiva sem prévio pedido**)." (*Idem*, p. 399; grifou-se).

Apesar desse entendimento, a doutrina majoritária e também a jurisprudência do STJ, no que toca apenas à conversão da prisão em flagrante em preventiva, eram no sentido contrário. Sobre as demais hipóteses de medida cautelar na fase investigatória não havia divergência, não se admitia a atuação de ofício do juiz. Sobre a conversão do flagrante:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO EM CUSTÓDIA PREVENTIVA DE OFÍCIO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA.
>
> [...]
>
> 3. "O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva pelo Juízo monocrático, independentemente de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, encontra respaldo no art. 310, II, do Código de Processo Penal" (RHC n. 79.655/MG, relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI

CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 17/4/2017).

[...]

6. Ordem denegada.

(HC 538.649/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 28/11/2019).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. CRIMES DE HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADO. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. LEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código, não havendo se falar em nulidade ...

[...]

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 527.479/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019).

O Pacote Anticrime, porém, parecendo atender ao clamor dessa parte da doutrina, além de ter deixado expressa a opção legislativa pelo sistema acusatório, retirou, em vários dispositivos que tratam das medidas cautelares, a expressão "de ofício". Mostrou-se a intenção de exigir prévio requerimento em todas as medidas cautelares. Confira-se a redação antiga, revogada, do art. 282, por exemplo:

> Art. 282, § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, ***de ofício*** ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público
>
> § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.
>
> § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, ***de ofício*** ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).
>
> § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
>
> § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Veja-se que, na redação conferida pela Lei de 2019, não consta mais a possibilidade de o juiz decretar as medidas

cautelares de ofício. As expressões “de ofício”, nos parágrafos 2º e 4º, foram retiradas. Além disso, o magistrado passou a ser expressamente autorizado a revogar e substituir, de ofício, as cautelares (§5º).

A propósito, observa a **redação nova, após a Lei 13.964/19**:

> Art. 282, § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, **revogar** a medida cautelar ou **substituí-la** quando verificar a falta de motivo para que

> subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Essa postura foi repetida no art. 311 do CPP, de modo que não se encontra mais no dispositivo a menção à decretação de ofício da prisão preventiva. Observe a **atual redação**:

> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Antes da reforma, o dispositivo criticado por Aury Lopes Júnior possuía a seguinte roupagem:

> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício**, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Em sentido contrário, o Professor Guilherme Nucci já se antecipou: "A lei 13.964/19 em nada alterou o cenário da conversão do flagrante em preventiva. Essa lei simplesmente vedou a decretação da preventiva, sem requerimento da parte interessada, durante a instrução." Nucci aponta que a prisão em flagrante funciona como se fosse uma legítima defesa da sociedade, diz o doutrinador "a prisão em flagrante é uma providência cautelar (precaução, cuidado, prudência, proteção)"[26].

Nas palavras do mestre:

> A prisão cautelar pode originar-se do flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, CF). A prisão em flagrante pode ser concretizada por qualquer pessoa (art. 301, CPP), por autorização constitucional, como se fosse uma autêntica legítima defesa da sociedade, pois seria indevido supor que alguém, surpreendido em pleno cometimento de um crime, fosse mantido em liberdade somente porque não existe um juiz, no ato, para decretar a prisão cautelar. Em face disso, a medida de cautela pode ser tomada por qualquer pessoa do povo e deve ser realizada por agentes policiais. (*Idem*)

Cumpre notar que a posição do desembargador paulista não está desamparada de normatividade. Confira-se, por exemplo, que o **parágrafo segundo** do art. 310, acrescentado pela própria Lei 13.964/19, diz expressamente

[26] Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/330456/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-de-oficio. Acesso em: 20.4.2020.

que o juiz "**deverá**" denegar a liberdade provisória ao flagranteado em determinadas circunstâncias:

> CPP, Art. 310 [...] § 2º **Se o juiz verificar** que o agente é *reincidente* ou que *integra organização criminosa armada ou milícia*, ou que *porta arma de fogo de uso restrito*, **deverá denegar a liberdade provisória**, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Além disso, vale frisar que o dispositivo utilizado pela jurisprudência do STJ como fundamento para a conversão, de ofício, continua vigente, sem nenhuma alteração:

> Art. 310. 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, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> **II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão**; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Como se percebe, portanto, ambas as correntes doutrinárias que surgem se revelam razoáveis e possíveis diante do texto legal.

Assim, nos resta esperar pela solução que será dada pelos intérpretes do direito.

CONCLUSÃO

Nota-se, portanto, que o Pacote Anticrime trouxe importantes inovações ao âmbito do Direito Processual Penal. Não obstante sua clara intenção de modificar alguns pilares do Código de Processo Penal, é certo que grande parte de sua força inovadora foi represada pela suspensão determinada pelo Supremo Tribunal Federal. Seja como for, o que se tem é uma clara diretriz no sentido da modificação do Processo Penal nacional.

O juiz das garantias, por exemplo, constitui-se em uma grande inovação para o sistema processual até então vigente, na busca da preservação da imparcialidade do juiz. Além disso, a contenção dos poderes instrutórios do magistrado, especialmente, tolhendo-lhe a iniciativa de medidas cautelares, também se afigura como importante escolha política por parte do legislador. Como visto, porém, não ficou claro, na norma, se o juiz, ao tomar conhecimento do auto de prisão em flagrante na audiência de custódia, poderá converter a medida, de ofício, em prisão preventiva.

Resta-nos esperar o norte que seguirá o STF, tanto em relação à prisão quanto em relação a vários outros pontos, conforme abordado.

REFERÊNCIAS

LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 261.

LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Editora JusPodvim, 2020.

A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann

Advogado inscrito na seccional da OAB/DF
sob o nº 38.926.

Pós graduado em Direito Público pela Escola
da Magistratura do Distrito Federal (ESMA)

Resumo: O presente artigo busca analisar a evolução do constitucionalismo como elemento agregador da civilização ocidental, passando por seus elementos históricos e, com isso, apontando as características essenciais do constitucionalismo contemporâneo, especialmente como marco de limitação do Poder.

Abstract: This article intends to analyze the evolution of constitutionalism as an aggregating element of Western civilization, going through its historical elements and, with that, pointing out the essential characteristics of contemporary constitutionalism, especially as an element of limitation of Power.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Civilização. Limitação do Poder. Papel contramajoritário. Democracia constitucional.

1 O CONSTITUCIONALISMO COMO MARCO CIVILIZATÓRIO

O constitucionalismo é a técnica jurídica em que se assegura aos cidadãos o exercício de seus direitos e, simultaneamente, implica o dever de o Estado não os violar.

Caracteriza-se, pois, pela tentativa de limitar o poder do Estado em favor dos cidadãos, impossibilitando, em bases jurídicas, o poder absoluto. Tem-se, como uma de suas bases teóricas, o clássico de Charles de Secondat, Baron de **MONTESQUIEU**, em *O Espírito das Leis,* Livro XI, intitulado *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição*[27]*,* obra em que se procurou demonstrar a necessidade de imobilizar o arbítrio estatal, mas, naquela altura, a favor dos abastados e detentores da propriedade privada.

Cuida-se, assim, do resultado teórico da análise das Constituições e de seu desenvolvimento, consistindo, então, na investigação sobre as formas de organização política do poder do Estado e de seu consequente exercício. Além disso, representa o Governo das Leis, e não dos homens, em que a racionalidade do direito deve imperar, e não a lógica do simples poder de fato. Portanto, trata-se de uma solução histórica para a limitação do poder, máxime no que se refere ao regime absolutista de outrora, em que o Rei gozava de poderes ilimitados[28].

Anotam **SARMENTO** e **SOUZA NETO** que o constitucionalismo, como é conhecido hoje, é fruto da Modernidade, isto é, do Iluminismo e das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, ocorridas na Inglaterra, França e

[27] **MONTESQUIEU,** Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis, Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (paidéia), 1996, p.165 e seguintes

[28] **BOBBIO**, Norberto. Dicionário de política I Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 la ed., 1998.p.247/248

Estados Unidos [29] . Fala-se, todavia, em outros dois constitucionalismos, a saber, no antigo e no medieval, para referir-se às concepções sobre o poder político existentes na Antiguidade e na Idades Média[30].

A propósito do tema, **RAMOS TAVARES** ensina que é um equívoco "supor que constitucionalismo surgiu apenas com o advento das revoluções modernas, que instauraram a democracia e afastaram os regimes absolutistas até então existentes"[31]

Com efeito, Karl **LOEWENSTEIN** identificou o surgimento desse movimento constitucionalista entre o povo hebreu, o qual "já em seu Estado teocrático, criaram limites ao poder político, por meio da imposição da chamada 'lei do Senhor'" [32] . Em que pese tal movimento hebreu ter sido bastante tímido se comprado com o que se veria na Modernidade, assevera **RAMOS TAVARES** que "é preciso aceitar que os hebreus se deve a primeira aparição do constitucionalismo"[33]

Posteriormente, na Grécia (séculos VI e IV a.C), **ARISTÓTELES** associava constituição e governo como uma ordem estatuída por aqueles que moravam na cidade-estado. Conforme ensinam **SARMENTO** e **SOUZA NETO**, a sociedade politicamente organizada da cidade-estado era denominada de

---

[29] **SARMENTO,** Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.p.69

[30] Op.cit.p.69

[31] **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.51

[32] **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.52

[33] **SARMENTO,** Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.p.52

politeia, expressão que, em geral, é traduzida como Constituição[34]. Entretanto, anotam que se cuidava de um conceito **ora empírico**, isto é, designava uma forma de ser da comunidade política, **ora abstrato**, que indicava apenas um modelo a ser seguido para a realização do bem comum, sem um conteúdo propriamente jurídico, que é o sentido moderno de Constituição, a qual se revela como norma de hierarquia superior, reguladora do processo político e das relações entre indivíduos e Estado.[35]

Por conseguinte, o regime político grego daquela época se preocupava "com a limitação das autoridades e com a contenção do arbítrio", mas essa "limitação visava antes a busca pelo bem comum do que a garantia das liberdades individuais"[36].

Como se nota, há a consolidação de direitos políticos, com a participação dos cidadãos - com muitas exclusões, diga-se - nas questões atinentes à cidade-estado. Inclusive, noticiam **SARMENTO** e **SOUZA NETO** que, em **PLATÃO**, na obra A República (400 a.C.), defendeu-se a igualdade e a noção do bem comum. Já **ARISTÓTELES**, na Ética a Nicômaco, salientou a importância do agir com justiça, para o bem de todos da *pólis*, mesmo em face de leis injustas. Finalmente, tem-se uma reflexão sobre a superioridade normativa de determinadas normas, mesmo em face da vontade do poder[37].

Fala-se, também, em um constitucionalismo medieval, que se inicia com a queda do império romano. Trata-se de um período em que se manifestou amplo pluralismo político, assinalando **SOUZA NETO** e **SARMENTO** que não se

[34] Op.cit.70

[35] Op.cit.70

[36] Op.cit.70

[37] **RAMOS**, André de Carvalho Curso de direitos humanos. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p.35

manifestava uma instituição que detivesse o monopólio do uso legitimo da força, da produção normativa ou mesmo da prestação jurisdicional. Por isso, tem-se que o poder se difundira por múltiplas instituições, "como a Igreja, os reis, os senhores feudais, as cidades, as corporações de ofício e o Imperador, sem que houvesse qualquer divisão clara de competências entre elas, nem uma supremacia inconteste de qualquer uma"[38]

Mesmo com essa fragmentação, é na Idade Média que o constitucionalismo aprece como movimento de conquista de liberdades individuais, o que se materializou com a Magna Carta de 1215, a qual não se limitou a impor parâmetros para atuação do poder soberano, como também representou o resgate de certos valores, como a garantia dos direitos individuais em contraposição à atuação estatal[39]

Como ensina **CANOTILHO**, tem-se, naquela altura, um esboço de Lei fundamental, significando a consagração de um conjunto de princípios, normas e práticas "adotadas nas relações religiosas e comunitárias, especialmente entre as classes sociais e o soberano, anotando que: "A ideia da lei fundamental como lei suprema limitativa dos poderes soberanos virá a ser particularmente salientada pelos monarcas franceses e reconduzida à velha distinção do século VI entre '*lois de royaume'* e '*lois du roi'*. Estas últimas eram feitas pelo rei e, por conseguinte, a ele competia modificá-las ou revogá-las; as primeiras eram leis fundamentais da

[38] **SARMENTO,** Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.p.71

[39] **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.53

sociedade, uma espécie de *lex terrae* e de direito natural que o rei devia respeitar"[40]

Observa-se, então, que, na Idade Média, o poder dos governantes era ilimitado, porque baseado em uma suposta vontade divina. Nesse contexto, surgem os primeiros movimentos de reivindicação de liberdades a determinados estamentos, como a Declaração das Cortes de Leão adotada na Península Ibérica em 1188 e a Magna Carta inglesa de 1215. Com o Renascimento e a Reforma Protestante, tem-se a crise da Idade Média, dando lugar ao surgimento dos Estados Nacionais absolutistas e a sociedade estamental medieval foi substituída pela forte centralização do poder na figura do rei[41].

Sobrevém, assim, a erosão da relevância dos estamentos (Igreja e senhores feudais), surgindo, ao menos no plano ideal, a concepção de igualdade de todos submetidos ao poder absoluto do Rei, o que não excluiu a opressão e a violência, como o extermínio perpetrado contra os indígenas na América[42].

Por isso, no século XVII, o Estado Absolutista foi posto em xeque, em especial na Inglaterra. Esse intento manifesta-se na busca pela limitação do poder estatal, a qual foi consagrada na *Petition of Rights* de 1628, bem como com a edição do *Habeas Corpus Act* (1679), documentos em que se formalizam mandados de proteção judicial aos que haviam sido injustamente presos[43].

Além disso, em 1689, logo após a Revolução Gloriosa, tem-se a edição da "Declaração Inglesa de Direitos",

---

[40] **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p 61/62

[41] **RAMOS**, André de Carvalho Curso de direitos humanos. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p.38

[42] Op.cit.p. 39

[43] Op.cit.p.40

a *Bill of Rights* (1689), por meio da qual o poder autocrático dos monarcas ingleses foi reduzido de forma definitiva. A propósito, Carvalho Ramos ensina que "[n]ão é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se 'que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento'; 'que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento' e que 'a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento"[44]

Já em 1701 há a aprovação do *Act of Settlement*, que enfim fixou a linha de sucessão da coroa inglesa, reafirmou o poder do Parlamento e da vontade da lei, resguardando-se os direitos dos súditos contra a volta da tirania dos monarcas[45]

Fruto dessas conquistas históricas, tem-se o constitucionalismo moderno, o qual foi antecipado, segundo **SOUZA NETO** e **SARMENTO**, ainda no final da idade média. Trata-se, na verdade, de uma retomada de todos os ideais acima expostos, com a definição de novos papeis para o Estado. De fato:

Surgiram pactos, celebrados entre reis e certos estamentos sociais superiores, que reconheciam aos integrantes desses estamentos certos direitos e prerrogativas, erigindo limitações jurídicas ao exercício do poder político. Destes pactos estamentais, o mais conhecido é a Magna Carta, firmada em 1215 na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra, pelo qual esse se comprometia a respeitar determinados direitos dos nobres ingleses. O Rei se obrigava, por exemplo, a não criar novos tributos sem prévia autorização dos nobres, concedida em assembleia, obtendo, como contrapartida, o

[44] Op.cit.p.40

[45] Op.cit.p.40

reconhecimento do seu poder.15 A esses pactos faltava, contudo, a universalidade que caracteriza as constituições modernas, uma vez que eles não reconheciam direitos extensivos a todos os cidadãos, mas apenas liberdades e franquias que beneficiavam os estamentos privilegiados[46]

Nessa linha, surge o constitucionalismo moderno. Segundo **SARMENTO** e **SOUZA NETO**, trata-se de movimento que prega a limitação jurídica do poder em favor da liberdade individual[47], tendo alguns eventos históricos contribuído para tal doutrina. Com efeito, a ascensão da burguesia como classe hegemônica, o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante, bem como a **cosmovisão racionalista e antropocentrista**, legadas pelo Iluminismo, contribuíram para o surgimento desse novo olhar sobre a contenção do Poder[48].

Por isso, sintetizam **SARMENTO** e **SOUZA NETO** que esse constitucionalismo moderno se pauta em três bases bem claras, a saber, a (a) **contenção do poder dos governantes, por meio da separação de poderes**, a (b) **garantia de direitos individuais concebidos como direitos negativos oponíveis ao próprio Estado** e, por derradeiro, a (c) **necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, por intermédio da democracia representativa**[49]

TAVARES assevera que a realização dos ideais do constitucionalismo moderno pode ser traduzido pela consubstanciação, por escrito, de normas constitucionais, com a consagração da (a) **publicidade, permitindo o conhecimento da estrutura do poder e a garantia dos**

[46] **SARMENTO,** Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.p.72

[47] Op.cit.p.72

[48] Op.cit.p.72

[49] Op.cit. p.74

direitos, da (b) **clareza, por ser documento uno, afastando as incertezas e dúvidas sobre os direitos e a limitação do poder** e, finalmente, da (c) **segurança jurídica, na medida em que proporciona a clareza necessária para a compreensão do poder**. Em resumo, "**tem-se que o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo**"[50]

Há, conforme ensinam **SOUZA NETO** e **SARMENTO**, pilares para o constitucionalismo moderno, isto é, os modelos (i) inglês, (ii) francês e (iii) norte-americano.

O constitucionalismo na Inglaterra é fruto de singular experiência cultural, centralizada no princípio do ***rule of law,*** conceito "tão difícil de definir como de traduzir: governo da Lei, regra do direito[51]. Com efeito, **SOUZA NETO** e SARMENTO afirmam que, no Reino Unido, não se chegou a se materializar um absolutismo propriamente dito, na medida em que, desde o final da idade média, o poder monárquico encontrava-se limitado por determinados costumes e pactos estamentais, entre os quais o mais conhecido é a Carta Magna de João Sem Terra, firmada em 1215. Assim, lecionam que:

o constitucionalismo inglês tem raízes que mergulham nestas tradições e atos solenes, que remontam à invasão normanda da ilha em 1066. Sem embargo, o século marcante na definição do modelo constitucional inglês foi o XVII, caracterizado pelas fortes tensões entre a Coroa e o Parlamento e por diversas reviravoltas políticas, que culminaram na Revolução Gloriosa de 1688, a qual depôs a

[50] **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.58

[51] **BOBBIO**, Norberto. Dicionário de política I Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 la ed., 1998.p.252

dinastia dos Stuarts. Aquela revolução assentou o **princípio da supremacia política do Parlamento inglês, em um regime pautado pelo respeito aos direitos individuais**. No curso do século XVII, foram editados três documentos constitucionais de grande importância: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act,* de 1679; e o *Bill of Rights*, de 1689, que garantiam importantes liberdades para os súditos ingleses, impondo limites à Coroa e transferindo poder ao Parlamento.

Além disso, tem-se o constitucionalismo francês, o qual tem seu marco na Revolução Francesa de 1789, simbolizando uma ruptura com antigo regime absolutista até então vigente. Dizem **SARMENTO** e **SOUZA NETO** que:

Os revolucionários franceses não tinham a intenção de apenas modificar pontualmente o Antigo Regime. Muito mais que isso, eles visavam a formar um novo Estado e uma nova sociedade, erigida sobre o ideário Iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Sob a perspectiva da teoria constitucional, esta vontade de ruptura com o passado se expressou na teoria do poder constituinte, elaborada originariamente pelo Abade Emanuel Joseph Sieyès, em sua célebre obra *Qu'est-ce que le Tier État?*. Por essa teoria, o poder constituinte exprimiria a soberania da Nação, estando completamente desvencilhado de quaisquer limites impostos pelas instituições e pelo ordenamento do passado. Ele fundaria nova ordem jurídica, criando novos órgãos e poderes — os poderes constituídos — que a ele estariam vinculados.

O protagonista do processo constitucional no modelo constitucional francês é o Poder Legislativo, que teoricamente encarna a soberania e é visto como um garantidor mais confiável dos direitos do que o Poder Judiciário. Historicamente, esta concepção deveu-se tanto à desconfiança que os franceses nutriam em relação ao Judiciário, visto como uma instituição corrompida e associada ao Antigo Regime, como à valorização da lei, concebida, a partir da influência do pensamento de Rousseau, como a expressão da vontade geral do povo. Isto levou, na prática, a que a Constituição acabasse

desempenhando o papel de proclamação política, que deveria inspirar a atuação legislativa, mas não de autêntica norma jurídica, que pudesse ser invocada pelos litigantes nos tribunais[52].

Anote-se que o modelo constitucional francês revelou-se como o mais influente do século XIX e início do século XX, mas, no que concerne à supremacia do Poder Legislativo, esse tem cedido lugar para a jurisdição constitucional, que é um dos traços do constitucionalismo norte-americano, a ser analisado a seguir.

Com efeito, o constitucionalismo norte-americano teve grande influência do direito natural, como demonstra o texto da Declaração de Independência do país, segundo a qual "consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade"[53]. Trouxe, ainda, a "a ideia de ruptura com o passado, por meio do exercício do poder constituinte, é igualmente cultivada nos Estados Unidos, inclusive pela valorização da sabedoria e do espírito público dos constituintes — os ditos "Pais Fundadores" (*Founding Fathers*) —, que chega às raias da mistificação"[54]

Ensinam **SOUZA NETO** e **SARMENTO** que a ideia central do constitucionalismo estadunidense é a concepção da constituição como norma jurídica, que, como tal, deve ser invocada "pelo Poder Judiciário na resolução de conflitos, mesmo quando isto implique em restrição ao poder das

---

[52] **SARMENTO,** Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017, p.76/77

[53] Tradução disponível em < http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html> acessado em 28 de julho de 2018

[54] Op.cit.79

maiorias encasteladas no Legislativo ou no Executivo. Apesar do silêncio do texto constitucional a tal propósito, desenvolveu-se no direito norte-americano a noção de que os juízes, ao decidirem conflitos, podem reconhecer a invalidade de leis que contrariem a Constituição, deixando de aplicá-las ao caso concreto"[55]

Sabe-se que o constitucionalismo norte-americano tem raízes anteriores à própria Constituição dos Estados Unidos da América, bem como à própria declaração de Independência daquela federação. Com efeito, o fato de a "colonização dos Estados Unidos ter sido realizada em boa parte por imigrantes que escapavam da perseguição religiosa na Europa contribuiu decisivamente para que se enraizassem na cultura política norte-americana ideias como a necessidade de limitação do poder dos governantes e de proteção das minorias diante do arbítrio das maiorias"[56]

Sem dúvida, o controle judicial dos atos estatais, à luz da Constituição, é o ponto nodal do constitucionalismo estadunidense, o qual sofre até hoje muitas críticas, "sendo frequentemente apontado como um instituto antidemocrático, por transferir aos juízes, que não são eleitos, o poder de derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo, com base nas suas interpretações pessoais sobre cláusulas constitucionais muitas vezes vagas, que se sujeitam a diversas leituras", mas esse *judicial review* "não apenas criou profundas raízes no Direito Constitucional daquele país, como também acabou se disseminando por todo o mundo, sobretudo a partir da segunda metade do século XX"[57]

Nesse contexto, sobretudo após a II Guerra Mundial, ante os horrores que o nazi-fascismo disseminou na Europa, o constitucionalismo ganhou novos contornos,

[55] Op.cit.79

[56] Op.cit.p.78

[57] Op.cit. 79/80

adquirindo uma função democratizadora do processo civilizatório, na medida em que se trouxe à tona a jurisdição constitucional, admitindo-se o controle contramajoritário, por intermédio do Poder Judiciário, do conteúdo do Direito editado pelo Poder Legislativo e dos atos do Poder Executivo. Com efeito, ensinam Abboud e Nery Jr que

Recentemente, o marco histórico mais importante para a evolução do constitucionalismo diz respeito à 2ª Guerra Mundial.

O final da 2ª Guerra Mundial representa um marco para a composição de uma nova ordem, social, política e jurídica, é o início do fenômeno denominado por **MARIO LOSANO** de direito pós-bélico.

Na atual quadra de nossa história, **o direito adquire importante função como instrumento democratizador do processo civilizatório dos povos, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, quando se consolidou a crença de que nem todo conteúdo poderia ser direito, e algumas garantias deveriam ser asseguradas em qualquer regime constitucional**.

Nesse momento histórico que se consolida a especializada jurisdição constitucional e passa-se a admitir a possibilidade de **controlar de forma contramajoritária** – via judicial – **o conteúdo da legislação e não apenas seus aspectos formais.**

Desse modo, **no direito desenvolvido após a 2ª Guerra Mundial, superou-se aquela máxima: desde que respeitados os procedimentos formais, todo conteúdo poderia ser direit**o. Assim, mesmo uma lei formalmente regular passou a ter seu conteúdo/sua materialidade controlada pelo Judiciário quando contrária ao texto constitucional.

Nessa perspectiva, **o constitucionalismo contemporâneo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem após a 2ª Guerra**. Trata-se de

expressão oriunda do direito constitucional espanhol que importamos como um novo paradigma científico para estudarmos o direito constitucional. **Essas novas Constituições não se limitam mais a apenas estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivar diversas garantias fundamentais, estabelecendo, assim, novos limites para a atuação do Poder Público**.

Convém ressaltar que, **no cenário político, as Constituições tiveram profundas alterações em seus textos. Elas deixaram de apenas estabelecer a formação do processo legislativo, na medida em que seu enfoque passou a constituir primordialmente a consagração de direitos fundamentais em seu texto**.

Em razões do novo formato desses textos constitucionais, a atuação dos Tribunais Constitucionais e a doutrina também sofreram profundas alterações.

Portanto, **o constitucionalismo, em si, na qualidade de movimento político-jurídico, estruturou-se como elemento para assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a consequente racionalização e limitação do poder**. **A única forma de se compreender historicamente o constitucionalismo é como instrumento civilizatório de limitação de poder**. Se o poder é absoluto, o constitucionalismo perde sentido, tudo se torna decisão política, imergimos no decisionismo de Carl Schmitt

O constitucionalismo surge e, principalmente, **se consolida como fenômeno histórico-político, cuja função consiste em limitar e racionalizar o poder político, estabelecendo todas as regras normativas a partir das quais o Estado pode agir**. Ademais, é o constitucionalismo que impõe limites ao poder soberano, mediante a divisão de poderes, estabelecendo como valores primordiais da

sociedade a liberdade, a igualdade e a preservação dos direitos fundamentais[58].

Além disso, há, atualmente, o que se convencionou chamar de constitucionalismo globalizado, oriundo da cada vez mais constante integração econômica e cultural dos povos, com uma tentativa de "ampliação dos ideais e princípios jurídicos adotados pelo Ocidente, de maneira que todos os povos reconheçam sua universalidade"[59]

---

[58] **NERY JÚNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional brasileiro: curso completo. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497041/anchor/a-12349704>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

[59] **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.64. A propósito, registra o doutrinador que "Parte desse movimento deve receber destaque e estudo mais acurado, porque tem se mostrado como um movimento que se fortalece na atualidade e que pode indicar o desenvolvimento de uma nova fase desse constitucionalismo sem fronteiras. É o caso do uso de material e referências de Direito legislado e de jurisprudência estrangeira pelos Parlamentos e Judiciários nacionais. Dentro desse movimento tem-se o uso de jurisprudência constitucional estrangeira pela Justiça Constitucional nacional, de maneira a estabelecer, em alguns casos, um verdadeiro diálogo entre cortes (com uma global community of courts), como propõe o ilustre pensador italiano GIUSEPPE DE VERGOTTINI. em sua recente obra, na qual adverte para as circunstância de que nem sempre há diálogo efetivo. Nada obstante a existência deste sentimento otimista, quase que utópico, coroado com a criação da União Europeia e a gestação de sua Constituição., não se pode olvidar que essa suposta fase "final" do constitucionalismo se encontra, na realidade, em um árduo começo, repleto de sérios e perigosos obstáculos, tais como as crises financeiras e econômicas

A propósito, **SARMENTO** e **SOUZA NETO** ensina que o constitucionalismo moderno foi construído com base nos Estados nacionais, detentores do monopólio da produção normativa, o que passa a ser fragilizado com a globalização.

De fato, ela "diminuiu a importância das fronteiras políticas e impulsionou o fenômeno da desterritorialização do poder"[60]. Anotam, ainda, que os "Estados nacionais, sozinhos, não conseguem enfrentar alguns dos principais problemas com que se deparam em áreas como economia, o meio ambiente e a criminalidade", desenvolvendo-se, ainda, "um cosmopolitismo ético, que cobra dos Estados mais respeito aos direitos humanos, não aceitando a invocação da soberania ou de

globalizadas e os obstáculos que erigem os países do Oriente (vide os Estados não democráticos e o terrorismo), os quais, em parte, vislumbram, nessa tentativa de unificar os ideais humanos, o "exercício sagaz do imperialismo moral ocidental", na expressão utilizada por IGNATIEFF .. Uma nova e perturbadora "onda" desse constitucionalismo se iniciou com os ataques do 11 de setembro, em 2001, a aprovação e aplicação do Patriotic Act, nos EUA, e, em seguida, a disseminação ampla da necessidade de reduzirem-se direitos, garantias e proteções em geral. Nessa linha, por exemplo, deve-se incluir a Lei aprovada em maio de 2015, na França, que permite um amplo monitoramento de suspeitos e, ainda, o acesso indiscriminado aos chamados metadados e, também, ao conteúdo das comunicações propriamente dito. A privacidade, o sigilo de dados, a liberdade de manifestação e de religião têm sido colocadas em severo questionamento quanto a sua extensão. Por fim, esse mesmo "novo constitucionalismo" preocupa-se, prioritariamente, com políticas chamadas de "austeridade" que atendem aos interesses de retorno financeiro dos grandes conglomerados comerciais globais no Mundo, como bem advertem GILBERTO BERCOVICI e MASSONETT"

[60] **SARMENTO,** Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017, p. 87

particularismos culturais como escusa para as mais graves violações à dignidade humana"[61]

Noticiam, ainda, que a tradicional concepção da ordem jurídica como uma pirâmide, em que no seu vértice localiza-se a Constituição soberana perde, nesse contexto, seu sentido, na medida em que se tem, hoje, a ideia de ordenamento jurídico como "rede, em razão da presença no Direito de inúmeras cadeias normativas, emanadas de distintas fontes, mas incidentes sobre o mesmo território" [62]

Por isso, fala-se, hoje, em um "pluralismo constitucional, em transconstitucionalismo ou em constitucionalismo multinível" para referir-se à "convivência, nem sempre isenta de tensões, entre diversas esferas constitucionais com pretensões regulatórias incidentes sobre um mesmo território", chegando-se a aludir-se a um "neofeudalismo jurídico, caracterizado pela pluralidade das fontes normativas e jurisdicionais, em que o papel da Constituição estatal seria significativamente restringido"[6364].

---

[61] Op.cit.89

[62] Op.cit.p.92

[63] Op.cit.p.93

[64] Op.cit.p.93/94 Há, inclusive, aqueles que, como Gunther Teubner, falam do "surgimento de constituições privadas, que ignorando fronteiras, disciplinariam determinados campos", de sorte que tais constituições privadas "não teriam forma de tratados, nem estariam vinculadas a entidades internacionais de caráter público, mas surgiram no urso do processo de desenvolvimento e autonomização de esferas sociais dotadas de racionalidade própria" . Lecionam Sarmento e Souza Neto que :De acordo com Gunther Teubner – principal expositor dessa teoria – seriam diversas as constituições privadas, emergindo de uma multiplicidade de subsistemas autônomas da sociedade-mundo, que, embora desvinculadas de Estados, adquiriram determinadas características típicas das constituições, como a supremacia em face de outras normas

De todo o exposto, verifica-se que **o constitucionalismo afigura-se como verdadeiro movimento filosófico-jurídico que traz balizas e racionalidade para o fenômeno do poder, de sorte que a função jurisdicional**, ao aplicar a Constituição como norma jurídica, deve também se guiar pela limitação, racionalização e controlabilidade do poder estatal e social, na proteção das minorias e na prevenção de novos perigos para a dignidade humana.

Além do constitucionalismo, como técnica de limitação do poder, revela-se como um importante parâmetro para a tomada de decisão pelo Poder Judiciário a abordagem do Estado de Direito contemporâneo e da democracia constitucional.

2 A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO PODER

Sabe-se que a Civilização é fruto de um processo de repressão dos instintos animais dos indivíduos, de modo que não haveria a possibilidade de convivência entre as pessoas sem a repressão das manifestações egoísticas da existência individual[65].

Em muitos casos, essa repressão manifesta-se de forma espontânea, mas, em grande parte das situações, faz-se necessário um comando externo aos indivíduos, a impor limitações à tendência egoística do ser humano, o qual, sem

produzidas na mesma área. Um exemplo deste tipo de constitucionalização teria ocorrido na área das comunicações digitais (internet). Neste campo, normas privadas superiores teriam sido criadas, desempenhando um papel similar ao das constituições estatais na política nacional "Op.cit.p. 93/94

[65] **JUSTEN FILHO**, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.87

limites, tende à buscar a realização de interesses próprios em detrimento dos interesses da coletividade[66].

Por isso mesmo, tem-se que o Estado é a manifestação formal da sociedade civil organizada, de maneira que apenas "podem ser realizados os valores superiores, de interesse coletivo, se a entidade estatal absorver o poder, distribuir os encargos e eliminar as manifestações de violência privada"[67].

Para **MAX WEBER**, poder consiste na prerrogativa de uma pessoa ou instituição influenciar o comportamento de outrem, de modo que cabe ao Estado o poder específico de repreensão legítima, isto é, do monopólio da violência:

> O poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências
>
> (...)

Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o 'território', faz parte da qualidade característica –, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do 'direito' de exercer coação[68]

---

[66] Op.cit.p.87

[67] Op.cit.p.87

[68] **WEBER**, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva. Volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 175 e 525-526

Realmente, a detenção do monopólio da violência pelo Estado não implica a legitimação do poder por meio violento. Isso porque é até possível, em tese, que "algum Estado e alguma ordem jurídica surjam por meio de atos de violência e força física", mas, de modo algum o "Estado se justifica, nem se mantém, por meio pura e simplesmente da força; nenhuma ordem jurídica se legitima – nem se mantém, insista-se – através simplesmente da violência"[69]

Como visto, hodiernamente, tem-se que **a legitimidade do Estado e do exercício do poder político encontra-se na soberania popular**, de modo que se afasta - à luz do constitucionalismo – a sustentação de um Estado pela força pura e simples.

Essa temática foi analisada por **MAX WEBER**, que fez a distinção de três tipos ideais dominação legítima, isto é, de autoridade: a tradicional (ou religiosa), a carismática e a legal-racional.

A **dominação tradicional ou religiosa** verifica-se no início da concepção do que vinha a ser o Estado, altura em que a atribuição do poder a determinadas estruturas de governo calcava-se em motivos metafísicos, uma vez que os poderes políticos e religiosos fundiam-se como faces de uma mesma moeda, reconhecendo-se, assim, a legitimidade "na crença na santidade de ordem e poderes senhoriais tradicionais ('existem desde sempre')"[70]. Nota-se, então, que essa autoridade tradicional deriva do costume, do cumprimento ritual do que vem sendo feito, possuindo força normativa dos fatos reiterados, vale dizer, são aqueles comportamentos

[69] **JUSTEN FILHO**, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015p.88

[70] **WEBER**, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva. Volume 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 148

obedecidos desde sempre. Cuida-se, assim, de uma forma, em geral, patriarcal de exercício do poder, baseada no compartilhamento de valores pela sociedade.

Por sua vez, na **dominação carismática**, a autoridade é baseada no dom da graça (carisma), extraordinária e pessoal, isto é, resulta da aptidão de polarizar a esperança de concretização de projetos comuns do povo. Segundo **WEBER**, é aquela "baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas"[71]. Percebe-se, assim, que tal tipo ideal tudo tem a ver com aqueles que, ungidos de uma personalidade excepcional, com certo magnetismo em que a legitimidade do governante se evidencia como se fosse um título originário.

Finalmente, a **dominação legal-racional** afigura-se como um paradigma totalmente diferente das formas de legitimação anteriores, consistindo em uma autoridade fundada em regras racionalmente criadas, isto é, funda-se num conjunto de instituições construídas como resultado dos esforços comuns do povo. WEBER sustenta que "sua vigência está baseada na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação" [72]. Trata-se de um estágio avançado em que se encontra boa parte dos Estados, sendo uma das faces da complexificação e burocratização das sociedades atuais, tornando legítimas apenas as decisões tomadas com base em métodos abstratos, sobretudo com a observância de normas jurídicas. De fato, cuida-se de uma das características das democracias modernas, as quais não

[71] Op.cit.p.141

[72] **WEBER**, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva. Volume 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999. p.141

precisam de homens providenciais ou de valores compartilhados.

Dessa forma, vê-se que o uso legítimo da força e a supressão das diferenças entre os cidadãos são elementares para a manutenção de Estados cuja legitimidade se funde na tradição ou no carisma pessoal de um líder, ao passo que, nos Estados fundados na legitimidade racional/legal, a concordância dos governados - por meio de leis democraticamente elaboradas - em relação às Leis e às Instituições afigura-se como fonte do poder estatal, sendo, assim, menor a necessidade do uso da violência para a manutenção da ordem coletiva.

Anote-se que o paradigma legal-racional manifesta-se como um desdobramento da racionalização característica da modernidade. De fato, nas sociedades tradicionais, tinha-se um amálgama inquebrantável entre os valores compartilhados e as normas e regras que regulavam a sociedade[73]. Por outro lado, nas sociedades modernas, pautadas pelo paradigma legal-racional, esse amálgama se desfaz, implicando muitas transformações. Rompe-se com a ideia de que há uma única visão global sobre os eventos do mundo, passando a coexistir uma "**pluralidade de concepções de mundo e de formas de vida, de modo que a legitimação de suas normas e regras não se dá mais pela referência à tradição, mas sim a procedimentos democráticos reconhecidos por todos**"[74]

Com base nessas premissas, pode-se, então, analisar o Estado de Direito e suas respectivas vertentes.

A Constituição da República de 1988 diz, em sua norma inaugural, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do

[73] **SEGATTO**, Antonio Ianni. Tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, M.; TERRA, R. (Org.). Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 48

[74] Op.cit.p.49

Distrito Federal, constituindo-se em um "Estado Democrático de Direito". Diz-se, igualmente, que "[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Além disso, assevera que ninguém poderá ser privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal (CRFB, artigo 5º, inciso LIV). Essas disposições dão conta que está consolidado o ponto áureo do constitucionalismo e da legitimação legal-racional, isto é, a consagração da democracia, a participação de seus destinatários no exercício do poder e da proteção dos direitos fundamentais como nota elementar do sistema constitucional brasileiro.

Sem dúvida, **JUSTEN FILHO** assevera que a ideia de legitimação legal-racional liga-se à ideia de Estado de Direito, resultante da doutrina alemã do *Rechtstaat,* no século XIX, com forte carga formalista, tendo por pilares três postulados, vale dizer, (a) **a divisão dos poderes**, (b) a **generalização do princípio da legalidade** e, ainda, (c) a **universalização da Jurisdição**[75].

Aprofundando o conceito de Estado de Direito, ensinam **STRECK** e **BOLZAN DE MORAIS** que, em termos teóricos, ele surge como uma construção da segunda metade do século XIX, "nascendo na Alemanha – como *Rechtstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito"[76].

[75] Op.cit.p.90

[76] **STRECK**, Lenio Luiz; e Morais, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014., versão e-book, p.32

Assinalam, ainda, **STRECK** e **BOLZAN DE MORAIS** que se pode falar num Estado de Direito Liberal e em um Estado de Direito Social.

Pelo Estado de Direito de cariz liberal, fruto do liberalismo, além da submissão do Estado ao Direito, da franquia de direitos fundamentais aos cidadãos e da separação entre os poderes, tem-se outras quatro características bem definidas, a saber, a (i) **separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito**, a (ii) **garantia das liberdades individuais**, isto é, os direitos fundamentais mediando a relação entre indivíduo e Estado, a (iii) **democracia vinculada à ideia de soberania da nação**, como ideal vinculado à Revolução Francesa, de modo a vincular a aceitação da origem consensual do Estado, que se liga à ideia de representação, a qual foi posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta (*referendum* e plebiscito), assim como a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa mediante o **controle de constitucionalidade** e, finalmente, o (iv) **Estado com um papel reduzido, apresentando-se como Estado mínimo, que deve apenas assegurar a liberdade de atuação dos cidadãos**[77].

Por sua vez, pelo Estado de Direito de cariz social, pretende-se a "correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial", de sorte que pretende ser "um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público"[78]

Entretanto, há uma viragem nessa sucessão de modelos de Estado de Direito. Com efeito, os regimes totalitários do século XX mostraram que é possível a utilização

[77] Op.cit.p.34

[78] Op.cit. 35

instrumental do Direito para perpetrar as mais absurdas atrocidades contra os direitos fundamentais e contra a dignidade humana, com respaldo do ordenamento jurídico[79].

Por isso, fala-se, hoje, em um Estado Democrático de Direito, também designado de Estado Constitucional, como evolução do Estado de Direito[80]. Para **STRECK** e **BOLZAN DE MORAIS** esse Estado é caraterizado pelo ideal de (i) constitucionalidade, ou seja, **a vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica**; a (ii) o**rganização democrática da sociedade, por meio de uma participação ativa dos cidadãos na tomada de decisões do Estado**; um (iii) **sistema de direitos fundamentais** (individuais e coletivos), **implicando tanto deveres de abstenção quanto de ação por parte do Estado**; a (iv) **ideia de justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades**; a (v) **igualdade não apenas formal, mas, sobretudo, como articulação de uma sociedade mais justa e solidária**; uma (vi) **clara divisão de Poderes e Funções**; e, finalmente, (vii) **segurança e certeza jurídicas**[81].

Aprofundando o tema, **NERY JÚNIOR** e **ABBOUD** ensinam que o Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) é aquele identificado com o constitucionalismo, devendo se Democrático ampla participação dos cidadãos no

---

[79] **NERY JÚNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional brasileiro: curso completo. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497041/anchor/a-12349704>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

[80] Idem

[81] **STRECK**, Lenio Luiz; e Morais, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014., versão e-book, p.38

devido processo decisório, e de Direito, ou seja, submetido à ordem jurídica[82].

Segundo esses autores, o Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) implica mudanças na dimensão dos direitos fundamentais, na medida em que, além dos direitos fundamentais clássicos (ditos liberais), passaram a ser considerados fundamentais os direitos de caráter social, possibilitando a exigência de prestações positivas do Estado[83].

Anotam, ainda, que, quanto à separação de poderes, essa divisão "é entendida como um processo de distribuição e integração racionalizada das diversas funções e órgãos do Estado, com o intuito de limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder e garantir as condições para uma maior eficiência da atuação estatal na defesa e promoção dos direitos fundamentais"[84].

Por isso, a Constituição passa a ser a salvaguarda da própria sociedade, na medida em que limita a soberania do Estado. Por outras palavras, não há que se falar em sujeitos políticos ilimitadamente soberanos, pois todos à Constituição estão submetidos[85].

Sem dúvida, "direitos fundamentais constituem primordialmente uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado [Poder Público] ou pelos próprios

---

[82] **NERY JÚNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional brasileiro: curso completo. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497041/anchor/a-12349704>. Acesso em 23 de setembro de 2022

[83] Op.cit.

[84] Op.cit.

[85] Op.cit.

particulares" [86] . Nota-se, dessa forma, que os direitos fundamentais são a pedra de toque desse novo Estado Democrático de Direito, assegurando ao cidadão um plexo de direitos e garantias que não poderão se violados. Eles apresentam uma dupla perspectiva, a saber, "constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo que constituem limites/restrições à atuação do Estado"[87]

Outro ponto a ser levado em consideração quando se fala em Estado Constitucional de Direito é a dignidade humana como premissa antropológica-cultural, assinalando **HABERLE** que a soberania popular, a divisão entre os Poderes, os direitos fundamentais, a tolerância, a pluralidade de partidos e a independência dos tribunais também são traços desse novo modelo de Estado[88]

Nesse sentido, surge a proposta procedimental de Estado Democrático de Direito apresentada pelo filósofo contemporâneo Jürgen Habermas.

Com efeito, **HABERMAS** observa que a Constituição deve ser entendida como um **sistema de direitos fundamentais que fixa as condições procedimentais para a institucionalização da democracia**.

De um lado, para ele, aos indivíduos asseguram-se certos direitos fundamentais para ação em conformidade com

---

[86] Op.cit.

[87] Op.cit.

[88] **Apud. NERY JÚNIOR**, Nelson. **NERY,** Rosa Maria de Andrade, Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/99407083/v6/document/122739278_TIT.I/anchor/a-A.1 Acesso em 23 de setembro de 2022.

[88] Op.cit.

os próprios interesses, isto é, para o gozo pleno de sua liberdade, o que se denomina de autonomia privada, de modo a liberar essas pessoas do fardo moral de fundamentar suas ações[89]. De outro, as condições procedimentais compreendem a autonomia pública a partir da ótica da legitimidade do procedimento decisórios, com participação dos indivíduos implicados, baseada na soberania popular[90].

No seu raciocínio, a soberania popular, como expressão dos direitos à comunicação e à participação, assegura a autonomia pública, enquanto o domínio dos direitos humanos (fundamentais) assegura a autonomia privada. Nesse sentido, o direito legitima-se, por meio do procedimento, como *medium* para assegurar a equanimidade entre as autonomias pública e privada, falando, assim, sobre a ***equiprimordialidade*** **entre direitos fundamentais (autonomia privada) e soberania popular (autonomia pública):**

> A ideia de autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. E se o legislador constitucional democrático simplesmente encontrasse os direitos humanos como fatos morais previamente dados, para então positiva-los e nada mais, isso estaria em contradição com essa ideia. Não há como ignorar, por outro lado, que não cabe mais aos cidadãos a livre escolha do *medium* em que eles mesmos podem tornar efetiva sua autonomia, no papel de co-legisladores. No processo legislativo, os cidadãos só podem tomar parte na condição de sujeitos *do direito*; não podem mais decidir, para tanto, sobre a linguagem de que se devem servir. A ideia democrática da autolegislação não tem

[89] **HABERMAS**, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições

Loyola, 2002.p. 290

[90] Op.Cit.p.291

> opção senão validar-se a sim mesma no *medium* do direito.
>
> (....)

Não há direito sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõe-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele[91].

Vê-se que a equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada é o ponto nodal para a legitimidade do Direito e do Estado. Assim, essa relação de equiprimordialidade consiste no fato de a autonomia entre esfera pública e esfera privada ser garantida de maneira uniforme a todo e qualquer cidadão, de modo que uma pressupõe a outra mutuamente.

Com base nessas ideias, **HABERMAS** formula o princípio democrático, segundo o qual "somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva"[92], mostrando, com isso, que a participação dos indivíduos no processo decisório, sobretudo no que diz respeito à elaboração de leis,

---

[91] Op.cit.p. 293

[92] **HABERMAS**, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.p.145

afigura-se condição de possibilidade para o Estado Democrático de Direito.

Outro ponto a ser destacado é que, em **HABERMAS**, as ideias de direitos humanos e soberania popular "determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos"[93], de forma que, ainda hoje, ambos justificam o direito moderno[94]. As ideias do referido filósofo serão abordadas no próximo capítulo, especificamente no ponto em que ele traz a relação de complementariedade entre o direito moderno e a moral, na medida em que aquele (o direito moderno) "tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação"[95]

Para ele, os Estados Democráticos de Direito devem ser pautados por alguns princípios. O primeiro deles, do qual derivam os demais, é o da (a) soberania popular, isto é, "todo poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos"[96].

De fato, diz **HABERMAS** que o princípio da soberania popular forma uma charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de Direito, implicando, assim, o (b) princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada por meio de uma garantia de um Poder Judiciário independente, sobretudo por via do devido processo legal, os (c) princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da Administração e, finalmente, o (d) princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa

93 Op.cit.p.128

94 Op.cit.p.133

95 Op.cit.p.114

96 Op.cit.p. 212

a impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do Poder, isto é, pelo devido processo legislativo[97].

Em resumo, vê-se que o Estado Democrático de Direito(Estado Constitucional) é informado pela (i) existência de uma Constituição como veículo de garantia jurídica, pela (ii) organização democrática da sociedade, por um (iii) sistema de direitos e garantias fundamentais, pela (iv) ideia de justiça social, (v) a igualdade formal e material dos indivíduos, pela (vi) divisão de Poderes e Funções, bem como pelo (vii) devido processo legal, entendido aqui como direito à participação igualitário no processo de tomada de decisão, que, aliás, confere legitimidade aos atos decisórios pela via legislativa, apoiada no princípio da soberania popular[98].

Por isso, mostra-se como limite para o exercício do poder, sobretudo quando tal exercício for empreendido pelo Poder Judiciário, que detém a prerrogativa aplicar o Direito, ainda que contra a vontade da maioria ocasional dos cidadãos, conforme se verá no tópico seguinte.

CONCLUSÃO

Viu-se que o constitucionalismo, como técnica de limitação do Poder, trouxe inúmeras contribuições para atual concepção de Estado, que hoje se revela não apenas limitado pelo direito, mas sobretudo por sua vinculação aos direitos fundamentais.

Examinou-se, ainda, que o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil tem seu fundamento

[97] Op.cit.p. 212-220

98 Op.cit.p.114/115

na soberania popular. Todavia, isso não implica um poder absoluto das maiorias, que têm sua vontade limitada por princípio básico a equidade, justiça e o devido processo legal, o qual, inclusive, está encartado na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV. Esse devido processo legal incidirá sempre que estiverem em jogo sua vida, liberdade, propriedade, igualdade e segurança, sendo uma condição de possibilidade de um sistema verdadeiramente democrático. Desse modo, a relação entre soberania popular e direitos fundamentais deve ser equiprimordial, isto é, a autonomia privada não tem sentido sem a autonomia pública, conforme as lições de **HABERMAS**.

Observou-se, por outro lado, que o governo do povo e para o povo deve ser acompanhado de mecanismos de controle daqueles que exercem o poder político. Assim, viu-se que é preciso compreender que não se pode permitir que os agentes estatais, que exercem certo feixe de poder, manipulem os instrumentos postos pelo Direito, especialmente contra minorias, cuja subsistência é primordial para uma sociedade plural.

Assim, a concepção histórica de Estado Democrático (ou Estado Constitucional) põe-se como arquétipo que supera o Estado de Direito – seja ele de viés liberal ou de viés social -, mas que depende das conquistas alcançadas nestes últimos e no movimento constitucionalista. Em outras palavras, o Estado Constitucional é uma evolução de seus predecessores, sem, contudo, afigura-se uma negação destes.

Portanto, nota-se que a democracia constitucional é a perspectiva pela qual são observados a (a) Constituição e atribuir-lhe força normativa, a (b) separação de Poderes, (c) a consagração de princípios previstos na Constituição de 1988, especialmente a dignidade humana e o devido processo legal, a (d) previsão e efetivação de direitos fundamentais e a respectiva vinculação da sociedade e dos Poderes em relação a eles.

Nesse contexto, tem-se uma (e) instância contramajoritária de controle dos atos estatais, em regra, deve ser exercida pelo Poder Judiciário, assim como deve-se (f) respeitar o pluralismo, com a consequente proteção das minorias, e, finalmente, (g) deve-se observar o devido processo, com a fundamentação dos atos do Poder Público.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Dicionário de política I Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 la ed., 1998.p.247/248

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p 61/62

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.p. 290

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.p.145

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.87

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis, Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (paidéia), 1996, p.165 e seguintes

NERY JÚNIOR, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional brasileiro: curso completo. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/mono

grafias/123448227/v1/document/123497041/anchor/a-12349704>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

SARMENTO, Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.p.69

SEGATTO, Antonio Ianni. Tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, M.; TERRA, R. (Org.). Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 48

STRECK, Lenio Luiz; e Morais, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014., versão e-book, p.32

TAVARES, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.51

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva. Volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 175 e 525-526

A REVISÃO CONTRATUAL FUNDADA NAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

RESUMO: Busca o presente trabalho analisar as principais hipóteses legislativas ensejadoras da revisão contratual pelo Poder Judiciário: as cláusulas abusivas. Dessa forma, objetiva-se demonstrar os requisitos específicos que o magistrado deverá observar para intervir diretamente nos contratos, com o intuito de delimitar um conteúdo mínimo para a aferição da justiça contratual no caso concreto. Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre a intervenção judicial dos contratos e a autonomia da vontade das partes, pois a justiça contratual aborda conceitos jurídicos indeterminados, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação pelo intérprete-juiz. Portanto, é necessário um estudo atento sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, eventuais abusos do Estado nas relações contratuais.

Palavras-Chave: Revisão judicial dos contratos; dirigismo contratual; autonomia da vontade; boa-fé objetiva; equivalência material das prestações; cláusulas abusivas; limites à revisão do negócio jurídico; justiça contratual.

ABSTRACT: The present work analyses the main legislative hypotheses that lead to the contractual revision by the Judiciary: the unfair terms. In this way, the objective is to demonstrate the specific requirements that the magistrate must observe to intervene directly in the contracts, in order to delimit a minimum

content for the benchmarking of contractual justice in the concrete case. It is verified the relevance of the research due to the existing tension between the judicial intervention in the contracts and the autonomy of the parties' will, because contractual justice approaches undetermined legal concepts, which may generate some difficulty for the exact application by the interpreter-judge. It is therefore necessary to study closely the subject in order to assist legal operators and prevent possible abuses by the State in contractual relations.

Keywords: Judicial review of the contracts; contractual management; autonomy of will; objective good faith; material equivalence of benefits; unfair terms; limits to the review of the contract; contractual justice.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará delimitar a aplicação da revisão judicial dos contratos no âmbito das cláusulas abusivas a partir da aferição as respectivas limitações impostas ao intérprete-juiz ao interferir no plano da autonomia da vontade das partes.

Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre a intervenção judicial dos contratos e a autonomia da vontade das partes, pois a justiça contratual aborda conceitos jurídicos indeterminados, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação pelo intérprete-juiz. Portanto, é necessária uma análise atenta sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, eventuais abusos do Estado nas relações contratuais.

Assim, inicia-se o estudo pela evolução histórica do contrato de adesão. Após, será desenvolvido o conceito de contrato de adesão, cláusulas abusivas, boa-fé objetiva e suas

implicações na revisão judicial dos contratos, explorando os principais aspectos e hipóteses relacionadas, tanto no Código Civil de 2002, quanto no Código de Defesa do Consumidor.

2. A REVISÃO CONTRATUAL FUNDADA NAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

2.1. Os contratos de massa e a evolução histórica do contrato de adesão

As cláusulas abusivas, mais do que em qualquer outra hipótese de revisão, relaciona-se diretamente com os contratos de adesão, que se desenvolveram ao longo da própria evolução da atividade mercantil e confundem-se com o próprio aperfeiçoamento do conceito de contrato.

O contrato é um instituto que teve seu desenvolvimento no mundo dos negócios, sendo instrumento adequado para proporcionar a circulação de riquezas e sua origem remonta ao direito romano. Portanto, pressupõe a existência de um acordo de vontades, baseado na liberdade que as partes têm para contratar. Assim, uma vez que o contrato consiste em acordo e negociação, predomina o princípio da igualdade das partes como decorrência da liberdade contratual, pressupondo que uma das partes não pode impor à outra o conteúdo, devendo a organização das cláusulas resultar da livre discussão entre as partes.

Segundo Maria Helena Diniz, tal poder de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia da vontade, reflete diretamente a liberdade contratual, que é a determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, como

também a liberdade de contratar, alusiva à de celebrar ou não o contrato e à de escolha da outra parte da relação contratual.[99]

Contudo, com o desenvolvimento comercial e industrial, houve profundas modificações no mundo negocial, rompendo com as tradicionais formas de contratar, gerando uma nova modalidade negocial decorrente da oferta em massa de bens e serviços.

Nesse contexto, surge o contrato de adesão como instrumento de contratação em massa, em que as condições gerais de contratação são determinadas e predispostas por uma das partes, não tendo a parte aderente a liberdade de discutir, alterar ou de determinar o seu conteúdo. A predominância da vontade unilateral de um dos contratantes para estabelecer o conteúdo dos contratos de adesão costuma proporcionar abusos e injustiças, gerando o evidente desequilíbrio nas relações contratuais.100

Atualmente, esses desequilíbrios ocupam maior destaque nas relações de consumo, havendo necessidade da intervenção Estatal para coibir os abusos de modo a coibir os abusos alterando o conteúdo material da avença.

2.1.1. Evolução histórica do contrato anterior à noção de adesão

O contrato, surgido no direito romano,[101] funda-se no formalismo, assegurando à vontade humana a possibilidade

[99] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. op. cit., p. 41.

[100] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131.

[101] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* parte Geral. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013, p. 30. Sobre a relevância do estudo do direito

de criar direitos e obrigações. Logo, a noção de formalismo romano significa que não bastava apenas o consenso das partes, sendo necessária a existência de certas formalidades como a troca de palavras solenes entre o credor e o devedor, sob pena de nulidade.[102] Tal ideia se aproxima, portanto, da classificação doutrinária de contratos solenes quando a forma é exigida como condição de validade do negócio, ou seja, os contratos apenas se aperfeiçoam quando o consentimento é expresso pela forma prescrita em lei.[103] Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira, o direito romano não entendia ser possível o contrato sem uma exteriorização da forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*.[104]

Havia também no direito romano clássico, contratos plenamente consensuais como a venda, locação sociedade e mandato mesmo que o consensualismo não tenha sido a regra no direito romano, pois todos os contratos deviam ser formados *in rem*, ou seja, com a entrega da coisa sendo

romano, discorre Sílvio Venosa: "Devemos destacar a importância e a utilidade do estudo e do conhecimento do Direito Romano por vários aspectos. Pela importância histórica, pois o Direito atual é baseado em compilações vazadas no Direito Romano; sua importância deve-se também ao fato de ser considerado um modelo, porque os romanos tiveram aptidão especial para o direito, criando uma inteligência e uma forma de raciocínio jurídicas que nos seguem até o presente. Ademais, o estudo do Direito Romano deve ser visto como um auxiliar precioso para o estudo de todos os povos de influência romano-germânica, como o nosso, estando, a todo o momento, a explicar e especificar nossas instituições jurídicas".

[102] SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 48.

[103] GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

[104] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.8

designados de contratos reais ou revestido na forma requerida pela *stipulatio,* que eram um processo geral para o sujeito contrair obrigação e servia para dar forma a qualquer contrato. Os romanos ainda designavam de *conventio*, *pactum* ou *pactio* todo acordo de vontade entre duas ou mais pessoas dispondo sobre qualquer atividade, particularmente a de crédito e que tenha como efeito jurídico criar, modificar ou extinguir direitos.[105]

Dessa forma, os contratos nasciam das exigências cotidianas e aperfeiçoavam-se conforme a necessidade de cada parte. Logo, nota-se que, no direito romano, o contrato funda-se no pacto e na forma, sendo pressupostos básicos do acordo de vontades para que surjam obrigações. O princípio da prevalência das formas era aplicado de forma rigorosa inicialmente, mas, aos poucos, sofre um abrandamento e uma mitigação em favor do conteúdo e da intenção dos sujeitos contratantes.

O sistema contratual desenvolvido pelo direito romano perdurou durante toda a Idade Média, mas com maior rigidez. O direito predominante nos povos bárbaros apenas aceitava os contratos formais e os reais, sendo que, mesmo os contratos consensuais típicos dos romanos, não eram admitidos.

Formando-se o contrato, a responsabilidade das partes era sempre igual, não importando se fosse um contrato a título gratuito ou oneroso. Não era possível alegar o estado de necessidade de uma das partes para que esta deixasse de efetuar uma doação anteriormente prometida mediante as formas exigidas pelo direito.

Apesar da dureza deste sistema medieval, incompreensível para a mentalidade moderna, ele procurava

[105] SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, pp. 48-49.

solucionar uma série de problemas no tocante aos contratos, buscando sempre alcançar uma segurança para as relações de direito.[106]

Até o século XVIII, o consensualismo não estava consolidado no âmbito jurídico. Para que fosse amplamente implementado, haveria a necessidade de uma mudança de postura filosófica, que quebrasse a noção aristotélica, que foi a base do direito romano e medieval. Nas corporações de ofício durante a Idade Média, o indivíduo era visto como um mero instrumento largamente utilizado para a realização dos fins almejados pelas corporações, não possuindo, portanto, vontade própria. A liberdade de contratar, quando existia, era limitada e individualmente considerada. As corporações, a partir de uma série de proibições e restrições, provocavam a sucumbência da vontade individual ante a sua vontade, o que gerava obstáculos ao aparecimento de novas formas negociais já exigidas pela crescente economia.[107]

Tal descompasso crescente, somado a uma crise econômica sem precedentes, possibilitou a explosão de motins e revoluções sociais por toda a Europa. Dentre esses movimentos, a Revolução Francesa foi essencial para o delineamento do princípio da autonomia das partes, pois suas consequências significariam uma ruptura no caminho linear do desenvolvimento das sociedades modernas, tendo como base teórica, as ideias dos filósofos iluministas, com base no

[106] SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, pp. 49-50.

[107] SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 50.

racionalismo e individualismo. Em decorrência de tais ideias, surge o liberalismo.[108]

2.1.2. Formação da noção de adesão nos contratos

O contrato de adesão surgiu como uma nova modalidade de forma contratual, tendo como origem as mudanças econômicas, sociais e políticas ocorridas no início do século XIX.

Enquanto a Revolução Industrial ocorria na Europa, a Revolução Francesa se desenvolvia e alterava todo o contexto sociopolítico da época. Durante séculos, os franceses foram submetidos ao absolutismo, sistema político em que o rei possuía total poder sobre seu reino e seus súditos. O povo, responsável pela produção das riquezas nacionais, era submetido por pesados impostos e pela desigualdade na distribuição da renda, além de não ter o direito de participar na vida política.[109]

A Revolução Francesa derrubou o absolutismo naquele país, implementando diversas ideias defendidas pelos iluministas como o liberalismo econômico e o iluminismo. Com a Revolução Industrial houve transformações diretas das formas clássicas de contratação, passando por uma adequação às novas condições do mercado capitalista.

O aumento da produção industrial gerou uma maior circulação de mercadorias, incrementando o consumo e a

[108] SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 50.

[109] SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 51.

necessidade de recursos para sustentar esse novo sistema. Tais mudanças atingem o contrato em sua substância, deixando de ser um mero acordo de vontades, remodelando sua estrutura básica, fundada na discussão prévia.

No período da Revolução Francesa, os princípios básicos norteadores dos contratos eram tidos como absolutos. O princípio da autonomia da vontade, que consiste na liberdade de contratar, abrangendo os poderes de autodeterminação de interesses, de livre discussão das condições contratuais e da escolha do tipo de contrato conveniente à autuação de vontade era apenas limitado se fosse contrário à ordem pública e aos bons costumes.[110]

Após, com o decurso do tempo e com o desenvolvimento industrial e econômico, verificou-se grande abstenção do Estado no momento de formação do contrato, provocando, muitas vezes, diversos abusos pela parte mais forte da relação contratual.

A Revolução Industrial, a fabricação em série, o investimento em diversas técnicas publicitárias de venda e o consumo em massa[111] constituem fatores que dificultaram a

[110] SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 51.

[111] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117. Paulo Lôbo destaca que: "A sociedade de massas multiplicou a imputação de efeitos negociais a um sem-número de condutas, independente da manifestação de vontade dos obrigados. Não há como negar que o modelo paradigmático do liberalismo, de liberdade de escolhas para a autocomposição de interesses, em igualdade de condições, teve seu espaço reduzido substancialmente, em razão da massificação contratual e da crescente concentração de capital. Esse fenômeno real, mais que a intervenção legislativa, foi a causa efetiva da crise da autonomia privada contratual".

formação paritária dos contratos pela ausência de discussão pelos contraentes de todas as cláusulas contratuais. Nesse contexto, surge o contrato de adesão, modalidade contratual em que duas partes, uma forte e outra fraca, firmam uma avença. A esta última é dada a faculdade de deixar de contratar, mas por ter necessidade do serviço, quase sempre adere. O contrato de adesão, portanto, mitiga o princípio da autonomia da vontade.

No final do século XIX, há o fortalecimento das ideias contrárias ao individualismo exagerado e, com a evolução social e o exagerado desenvolvimento econômico, as relações sofreram transformações, necessitando da intervenção do Estado com o intuito de obter o justo equilíbrio contratual. Assim, o contrato que era absolutamente centrado no direito privado passa a ser limitado por intervenções publicísticas, ou seja, de direito público.

Antes do surgimento do contrato de adesão, as partes se baseavam na igualdade teórica e abstrata dos contratos pela liberdade e autonomia de consentimentos. Com o advento do contrato de adesão, houve um flagrante desequilíbrio na relação negocial de modo que a autonomia da vontade perde prevalência, visto que a parte mais fragilizada da relação contratual acaba aderindo a cláusulas abusivas e não discutidas de forma equânime. Tal desproporção prejudica a promoção da justiça contratual e ressalta a necessidade de uma atuação maior do Estado-juiz de forma a restaurar a balança e a razoabilidade das prestações obrigacionais contrapostas.

O período pós-Segunda Guerra Mundial favoreceu o surgimento do direito do consumidor, que decorre das necessidades sociais recentes a partir da nova conjuntura de contratação e dos mercados ampliados. Nesse sentido, busca-se o reestabelecimento da autonomia da vontade e do princípio do *pacta sunt servanda,* ou seja, da obrigatoriedade dos contratos por meio de um equilíbrio dinâmico na execução dos

mesmos, assegurando a liberdade de manifestação da vontade dos contratantes.[112]

O direito do consumidor gerou transformações substanciais no direito contratual, pois não tratou de situações peculiares e episódicas, mas da maior parte das relações negociais realizadas pelas pessoas físicas, que necessitam dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo[113] para sua existência ou para o seu lazer. O diálogo entre o direito contratual comum, destinado aos presumidamente iguais ou paritários, e o direito contratual do consumidor, destinado aos presumidamente desiguais, efetivamente se intensificou, como ocorreu com o Código Civil alemão, que previa ambos após as profundas reformas do direito das obrigações.[114]

Assim, o intervencionismo do Estado na ordem econômica se mostra como indispensável diante das condições histórico-sociais atuais. A autonomia privada é, portanto, mitigada, passando o Estado a intervir na regulação da atividade econômica.

---

[112] SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 53.

[113] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30. O autor afirma ainda que: "As últimas décadas do século XX protagonizaram as demandas sociais por proteções legais eficazes aos contratantes consumidores, ante o fenômeno avassalador da concentração de capitais, estimulado pela urbanização e pela massificação social. Tornou-se cada vez mais clara a assimetria de poderes negociais entre os fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo, alguns em escala planetária, e os adquirentes ou usuários desses bens e serviços, principalmente pessoas físicas".

[114] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

2.2. Contrato de adesão

2.2.1. Conceito

Por volta do século XIX, com o desenvolvimento econômico, houve o surgimento dos contratos de massa, constituindo novas técnicas no âmbito negocial. A partir da massificação das relações contratuais, houve restrição na autonomia da vontade e na liberdade de contratar, gerando a construção de uma nova figura jurídica: o contrato de adesão.

Segundo as lições de Orlando Gomes, o contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja pré-constituído por uma das partes, retirando a livre discussão que precede normalmente a formação dos contratos. Haveria a imposição da vontade de um dos contratantes à do outro, visto que uma das partes deve aceitar em bloco as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual definida em todos os seus termos. O consentimento representa a simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica.[115]

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que contratos de adesão são "aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra".[116]

Paulo Lôbo entende que a referida espécie contratual, ao ser concluída, adere a condições gerais e predispostas ou utilizadas por uma das partes, sendo o

[115] GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

[116] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 62.

aderente o contratante que ingressa na posição de usuário ou de adquirente dos produtos ou serviços fornecidos pelo predisponente. O autor ressalta que, em regra, o aderente se encontra em posição de desigualdade de poder negocial, cuja vulnerabilidade jurídica não se confunde com a hipossuficiência econômica.[117] A vulnerabilidade jurídica refere-se ao fato de submeter-se a condições gerais sem poder discuti-las.[118]

Para Maria Helena Diniz, contratos de adesão constituem uma oposição à ideia de contrato paritário por não haver liberdade de convenção, o que exclui a possibilidade de qualquer debate entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições gerais previamente redigidas e impressas pelo outro. O aderente, portanto, não pode discutir ou modificar o teor dos contratos ou as suas

[117] KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, mai.-jun./2015, pp. 101-123. Nesse sentido, Carlos Nelson Konder leciona que "a vulnerabilidade tornou-se a inferioridade de que sofre qualquer sujeito consumidor na relação que estabelece com o fornecedor. No entanto, essa generalização impôs a busca por outros mecanismos de diferenciação de sujeitos que, no vasto e heterogêneo universo das relações de consumo, estão ameaçados de forma diferenciada e, por isso, são merecedores de uma proteção qualificada. Já de plano isso foi reconhecido no âmbito do debate sobre hipossuficiência. O próprio Código reconhece que nem todo consumidor é hipossuficiente, uma vez que essa condição é pressuposto específico para a inversão do ônus da prova, e não para ser consumidor. Por conta disso, parte da doutrina consumerista defendeu a distinção entre os conceitos na esfera do consumo: a vulnerabilidade presumida para todos os consumidores, a hipossuficiência somente para aqueles que em concreto se verificarem em condições de inferioridade".

[118] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

cláusulas, sendo o caso dos contratos de seguro, os de venda de grandes sociedades, os de transporte e os de financiamento bancário, por exemplo. Para a autora, a nomenclatura contrato de adesão seria imprópria, preferindo a denominação "contrato por adesão" em razão de se constituir pela adesão de vontade de um aderente indeterminado à oferta do proponente ostensivo.[119]

2.2.2. Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor

A definição da referida espécie contratual encontra-se prevista no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor: "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo."

A partir da análise de tal dispositivo, observam-se três características essenciais que definem os contratos de adesão: a predisposição, a unilateralidade e a rigidez. Logo, os contratos de adesão são celebrados com base em cláusulas previamente redigidas, por uma das partes ou por autoridade competente, não sendo dado à parte que adere alterar a essência do que lhe é apresentado.[120]

[119] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. op. cit., p. 107.

[120] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

Ademais, no tocante à proteção contratual do consumidor, há dois modos de controle: um formal e outro material.

Diante da perspectiva de um controle formal dos contratos de adesão, sendo uma espécie de contrato de consumo, o art. 46 do CDC dispõe que: "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance."

Nota-se, portanto, o dever de informação[121] ao consumidor, que consiste em necessária proteção ao polo mais fragilizado juridicamente de uma relação contratual. Tal mecanismo de defesa do consumidor, em conjunto com os §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC,[122] visam a combater, sob um aspecto formal, os diversos mecanismos exercidos pelas empresas no mercado de consumo como, por exemplo, termos imprecisos e

[121] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130. Paulo Lôbo leciona que: "O dever de informar leva sempre em consideração o aderente médio que adquire ou utiliza determinado produto ou serviço. Os documentos que veiculem as condições gerais devem ser impressos em caracteres gráficos legíveis e compreensíveis. Os termos técnicos apenas devem ser usados quando rigorosamente necessários e quando forem difundidos pelo uso".

[122] "Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4° As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão".

ambíguos, ausência de destaque dos ônus aos consumidores e letras diminutas.

Logo, se uma cláusula estiver escrita de modo impreciso ou ilegível, haverá violação ao Código de Defesa do Consumidor e, ainda que não seja abusiva materialmente, não obrigará o consumidor nos termos do art. 46 do CDC por vício formal.

Vale ressaltar ainda que, havendo dúvida na interpretação das cláusulas nos contratos de consumo, a legislação pátria adota a regra da interpretação mais favorável ao consumidor, conforme o art. 47 do CDC.[123]

O controle material, por sua vez, ocorre pela análise da correção e equilíbrio das cláusulas dos contratos de adesão, conforme será analisado posteriormente.

2.2.3. Os contratos de adesão no Código Civil de 2002

Os contratos de adesão representam categoria contratual autônoma, ou seja, não se restringem apenas às relações contratuais de consumo, mas abarcam também as relações contratuais comuns, funcionando como instrumento de proteção à parte hipossuficiente juridicamente, independentemente de se tratar de consumidor ou não.

Contudo, no Código Civil de 1916, não havia nenhum dispositivo que regulasse os contratos caracterizados, de um lado, pela predeterminação unilateral de cláusulas por uma das partes e, de outro, pela simples adesão a essas cláusulas pela parte mais fragilizada do contrato.

[123] "Art. 47 do Código de Defesa do Consumidor. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

A partir do Código Civil 2002, iniciou-se a regulação dos contratos de adesão nas relações contratuais comuns em seus artigos 423 e 424.124

O art. 423 institui a regra, para os contratos comuns, da interpretação contra aquele que estipulou ou proferiu o termo contratual e a favor daquele que aderiu apenas ao esquema proposto, especialmente se houver, nos contratos de adesão, cláusulas ambíguas e contraditórias. Reflete, portanto, regra similar ao art. 47 do CDC e consiste em mecanismo de controle formal das cláusulas contratuais dos contratos de adesão. Tutela-se, assim, o conhecimento e a compreensão do contrato de adesão que o aderente possui das cláusulas que poderão vir a ter o seu consentimento formal.[125]

Já a regra do art. 424 do Código Civil estabelece um controle material do conteúdo dos contratos, que será analisado junto com as cláusulas abusivas a seguir.

[124] "Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

[125] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

2.3. Cláusulas abusivas

2.3.1. Definição e elementos característicos

As cláusulas abusivas, normalmente presentes em contratos de massa, são aquelas cláusulas inseridas de forma demasiadamente favorável ao estipulante e desfavorável ao aderente, gerando, portanto, um desequilíbrio contratual. Logo, as cláusulas abusivas atribuem, ao mesmo tempo, vantagem exagerada ao estipulante e onerosidade excessiva ao aderente, o que interfere no equilíbrio das prestações do contrato.

De acordo com as lições de Paulo Lôbo, consideram-se cláusulas abusivas as cláusulas de contrato de consumo e as condições gerais dos contratos que atribuem vantagens excessivas ao fornecedor ou predisponente, gerando, em contrapartida, demasiada onerosidade ao aderente e desarrazoado desequilíbrio contratual. Por meio de tais cláusulas, o fornecedor, abusando da atividade que exerce e da fragilidade jurídica do aderente, estabelece conteúdo contratual iníquo, o que prejudica o razoável equilíbrio das prestações.[126]

[126] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131. O autor assevera ainda que no âmbito do direito do consumidor, generalizou-se o uso da expressão "cláusulas abusivas", que abrangem as condições gerais inválidas nas relações de consumo, mas não se resumem a elas, pois também são abusivas as cláusulas de qualquer contrato de consumo, inclusive o que não se caracterize como contrato de adesão. Ademais, o Código Civil não utiliza essa expressão quando trata do contrato de adesão, mas nada impede que seja adotada nesta hipótese, pois a nulidade que prevê é idêntica à das cláusulas abusivas previstas no Código do Defesa do Consumidor.

Vale esclarecer que o Direito não objetiva a igualdade absoluta de prestações, pois admite, por exemplo, contratos gratuitos. Contudo, no âmbito da atividade econômica que utiliza as condições gerais do contrato, a paridade das posições contratuais, o equilíbrio razoável que seja compatível com os princípios da equivalência material e da boa-fé, são limites entre o válido e o inválido ou abusivo. Desse forma, a invalidade das cláusulas resulta do abuso do poder negocial dominante do predisponente para, por exemplo, exonerar ou limitar a responsabilidade própria de sua posição contratual, reduzir ou atenuar obrigações a seu cargo, agravar ônus ou deveres do aderente, estabelecer prazos injustos e atribuir a si direitos que são negados ao aderente.[127]

O autor ressalta ainda que é a existência do poder contratual dominante, nos contratos de adesão e nos contratos de consumo, presumida pela lei, que converte uma cláusula em abusiva, pois essa mesma cláusula, em contrato comum livremente negociado, que presume a inexistência de poder negocial dominante, poderia ser considerada válida.[128]

Vale destacar a distinção entre cláusulas abusivas e as cláusulas ilícitas em sentido estrito, pois estas possuem finalidade ilícita enquanto aquelas decorrem do desequilíbrio contratual objetivo provocado pela prevalência do poder negocial dominante.[129] Como exemplo de cláusula ilícita é a que estipula o pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, expressamente proibido pela lei, mesmo que haja a concordância entre as partes e não seja verificado qualquer desequilíbrio contratual.

---

[127] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 131-132.

[128] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

[129] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

O conteúdo da cláusula abusiva pode não ser contrário à lei, a exemplo da que fixa o foro contratual, mas passa a ser quando for inserida em contrato de adesão, pois se presume em favor de quem se prevalece do poder negocial dominante. Por exemplo, em um contrato de seguro, a fixação do foro coincidente com o da sede da seguradora, em prejuízo do aderente, que arcará com ônus excessivo para a defesa judicial de seus interesses. Logo, a qualidade abusiva não pode ser extraída diretamente de seu texto, mas de seu contexto, a partir das circunstâncias consideradas em cada caso. Contudo, tanto a cláusula ilícita em sentido estrito quanto a cláusula abusiva possuem a mesma consequência, que consiste em sua nulidade, pois ambas são espécies derivadas do gênero ilicitude.[130]

O ordenamento jurídico brasileiro determinou a sanção de nulidade para as cláusulas abusivas, pois o regime de proteção do aderente independe de sua iniciativa, sendo, portanto, de interesse geral. Portanto, a nulidade das cláusulas abusivas é de ordem pública, visto que o interesse lesado não pertence individualmente ao aderente ou ao consumidor, mas a um vasto grupo de sujeitos potencialmente atingidos.

Nesse sentido, a nulidade pode ser suscitada não apenas pelo consumidor diretamente afetado, mas também pelo Ministério Público, associação civil ou entidade estatal por meio da ação civil pública. A declaração de nulidade possui ainda efeitos ex tunc, pois considera-se a cláusula absolutamente inválida, não devendo integrar o contrato nem sequer produzir efeitos jurídicos.

Ressalte-se ainda que a nulidade da cláusula abusiva não invalida todo o contrato, permanecendo este na parte remanescente quando for possível, com base no princípio da conservação dos contratos e no art. 51, §2º do Código de

[130] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

Defesa do Consumidor.[131] Tal princípio se manifesta também para a declaração da nulidade parcial da cláusula quando for possível dar um sentido útil à parte restante dela, invalidando-se apenas na parte incompatível com o equilíbrio contratual. Assim, nula a cláusula, o contrato subsiste, se ficar assegurado o justo equilíbrio entre direitos e obrigações.[132]

2.3.2. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor

Diante da evidente vulnerabilidade jurídica do aderente nas relações contratuais, o Código de Defesa do Consumidor insere a proteção contra as cláusulas abusivas como um dos direitos básicos do consumidor, conforme disposto no art. 6º, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> (...)
>
> IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços

[131] Art. 51, § 2º do CDC. A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

[132] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

Ademais, o Código de defesa do Consumidor estabelece, no art. 51,[133] uma lista exemplificativa com modelos abertos de apreciação pelo julgador, principalmente a partir da aplicação do princípio da boa-fé nas relações consumeristas. Nesse sentido, trata-se de normas proibitórias de cláusulas

[133] "Art. 51 do CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V – (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias".

abusivas,[134] sendo normas de ordem pública, inafastáveis pela vontade das partes, as quais, assim, aparecem como instrumentos do direito para o equilíbrio do contrato e das expectativas legítimas do consumidor de forma a compensar sua vulnerabilidade jurídica.

A lista exemplificativa do art. 51 do CDC pode ser dividida em três grupos principais:[135]

a) cláusulas que impossibilitem, exonerem, atenuem ou impliquem renúncia dos direitos do consumidor, instituído pelo CDC: por exemplo, incisos I, II, III, VI e XVI;

b) cláusulas que criem determinadas vantagens unilaterais ao fornecedor: incisos IX, X, XI, XII e XIII;

c) cláusulas "surpresa": inciso V, a qual sofreu veto presidencial.

Outrossim, o art. 53 do CDC também estabelece cláusula abusiva especial, voltada apenas aos contratos de compra e venda de móveis e imóveis e às alienações fiduciárias, a qual impede a perda total das prestações pagas.[136]

---

[134] CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, pp. 137-138.

[135] CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 138.

[136] "Art. 53 do CDC. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

2.3.2.1 A cláusula geral da boa-fé objetiva

Conforme depreende-se da leitura do rol exemplificativo do art. 51 do CDC, o legislador estabeleceu parâmetros de abusividade prontos e colocados à disposição do intérprete. Contudo, a chave da proteção contratual ao consumidor contra as cláusulas abusivas se encontra especificamente no inciso VI desse artigo, ao instituir uma cláusula geral de boa-fé objetiva nas relações de consumo brasileiras, proibindo a inserção de cláusulas que contrariem o aludido princípio.

Segundo o art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> (...)
>
> IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

O legislador indica ainda critérios dos termos constantes da cláusula geral da boa-fé objetiva, em especial a vantagem exagerada, sendo explicitados no § 1º do art. 51 do CDC:

> § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
>
> I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

> II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
>
> III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Nas lições de Maria Helena Diniz, o princípio da boa-fé objetiva refere-se à interpretação do contrato, pois o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção da declaração de vontade das partes. Segundo a autora, o aludido princípio visa à garantia do interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, probidade e confiança recíprocas, ou seja, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, objetivando o equilíbrio nas prestações pela vedação ao enriquecimento indevido. É uma norma, portanto, que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo promover o equilíbrio contratual e a distribuição dos riscos e encargos ante a proibição do enriquecimento sem causa.[137]

Por sua vez, Judith Martins-Costa indica que há uma certa dificuldade em se definir a boa-fé objetiva, mas se delimita, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes, sendo a referida expressão uma forma metonímica de variados modelos de comportamentos exigíveis na relação obrigacional. Logo, é possível discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do copartícipe da relação obrigacional; como

[137] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. op. cit., pp. 51-52.

baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual; e como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Diante de tais dimensões, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais, inclusive para a correção do conteúdo contratual.[138]

No tocante ao princípio da boa-fé, Orlando Gomes destaca que, para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas, havendo, portanto, a colaboração entre credor e devedor na execução do contrato. Assim, a conduta de ambos subordina-se a regras que objetivam impedir a atuação contrária de uma parte à outra.[139]

Ademais, o aludido inciso IV do art. 51 do CDC, por estar diretamente relacionado a parâmetros essencialmente ligados à justiça e equilíbrio contratual, refere-se também a cláusula geral da equivalência material das prestações contratuais. Logo, tanto o princípio da boa-fé objetiva quanto o da equivalência material servem para apurar a abusividade das cláusulas no contrato.

2.3.2.2 Confronto entre a sanção de nulidade absoluta às cláusulas abusivas e a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais (art. 51 versus art. 6º, inciso V do CDC)

Conforme depreende-se da leitura do art. 51, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, o direito brasileiro cominou a sanção de nulidade absoluta às cláusulas abusivas

[138] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 42-43.

[139] GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

ao dispor que seriam nulas de pleno direito, tendo em vista o regime de proteção do aderente, juridicamente vulnerável na relação de consumo.

Contudo, o art. 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. O aludido artigo dispõe:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> (...)
>
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Em uma leitura inicial, pode-se chegar à interpretação de que o juiz poderia escolher entre a sanção de nulidade absoluta ou, ao contrário, poderia modificar e revisar tais cláusulas. No entanto, a hipótese prevista no art. 6º, inciso V do CDC reflete uma exceção ao sistema de nulidade absoluta, reconhecendo ao consumidor o direito básico de requer ao Judiciário a modificação de um tipo de cláusula contratual específica, geralmente a do preço ou de outra prestação a cargo do consumidor quando houverem circunstâncias especiais não previstas.[140]

Dessa forma, aplica-se tal dispositivo à possibilidade de modificação das cláusulas, por exemplo, de preço, visto que não haveria regra supletiva apta a preencher eventual lacuna de modo que a sanção de nulidade absoluta

[140] CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, pp. 146-147.

não se adequaria a tais hipóteses. Assim, surge a possibilidade de o juiz revisar as cláusulas do contrato relativas ao preço com o intuito de reestabelecer o equilíbrio contratual, não englobando, portanto, todos os tipos de cláusulas abusivas.[141]

Outrossim, ressalta-se que a modificação ou revisão das cláusulas contratuais nos moldes do art. 6º, inciso V do CDC ocorre em razão de fundamentos outros, diversos da abusividade. Conforme será ainda analisado, a modificação da cláusula funda-se, na primeira parte da norma, na verificação da ocorrência de lesão, enquanto na segunda parte da norma baseia-se na onerosidade excessiva superveniente.

2.3.3. Cláusulas abusivas no Código Civil de 2002

As cláusulas abusivas costumam ser associadas aos contratos de adesão de consumo. Dessa forma, é no âmbito do direito do consumidor que haveria o maior número de incidência de tais cláusulas, considerando-se a disparidade dos poderes contratuais entre as partes, consumidores e fornecedores, e a imposição na uniliteralidade dos termos contratuais.

Contudo, não obstante o CDC ter sido inovador no Brasil ao tutelar os contratos de adesão, a questão não interessa apenas aos consumidores. As relações de consumo normalmente efetivam-se por meio de um contrato de adesão, mas tal forma de contratar, mesmo frequente na praxe, não reflete toda a realidade contratual por haver contratos de adesão sem a verificação de uma relação de consumo.

[141] CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, pp. 147-148.

Nesse sentido, na III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, tratando da presença de cláusulas abusivas nos contratos civis comuns, restou aprovado por unanimidade o seguinte enunciado:[142]

Enunciado 172 – Art. 424: As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.

Ademais, se as características de predisposição, unilateralidade e rigidez na celebração do contrato forem verificadas, haveria um contrato de adesão, o qual deverá ser adequadamente tutelado pelo ordenamento, estejam ou não identificados os pressupostos legais caracterizadores de uma relação de consumo. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não deveriam ser considerados diplomas contrastantes, mas sim complementares no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade no meio privado.[143]

Assim, o art. 423 do Código Civil determina que, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Torna-se necessário, pois, que seja verificada a existência de ambiguidade ou contrariedade nas cláusulas de um contrato para que possa ser aplicada a interpretação contra o estipulante da cláusula. Nesse sentido, enquanto a ambiguidade pressupõe duas interpretações possíveis no

[142] CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 149.

[143] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 26-27.

âmbito de uma mesma cláusula, a contrariedade é suscitada pela multiplicidade de interpretações decorrente do conflito de cláusulas distintas.[144]

Já o art. 424 do Código Civil indica que, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. O referido dispositivo disciplina um regime de tutela com base na evidente vulnerabilidade jurídica do aderente, a quem não é dado negociar, em posição de igualdade com o predisponente, as condições e os termos contratuais.

Vale destacar que, enquanto o art. 423 representa uma tentativa de proteção do aderente não consumidor no plano de formação do contrato de adesão, o art. 424 consiste em mecanismo de proteção do aderente no plano do conteúdo negocial.[145] Dessa forma, o dispositivo em comento visa a coibir uma cláusula claramente abusiva, que se mostrava comum na praxe negocial, e se aproxima do art. 51, inciso I do CDC, que estabelece a nulidade das cláusulas que "impossibilitem, exonerem, ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos."

De toda forma, a função equitativa a ser exercida pelo juiz em relação à revisão dos contratos que contenham cláusulas abusivas será essencial para proporcionar um

[144] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

[145] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30.

equilíbrio material das prestações e, assim, atingira a justiça contratual.

2.3.4. Cláusulas abusivas e dirigismo contratual

A expressão dirigismo contratual consiste no controle que os poderes públicos exercem na formação e nos efeitos do contrato.146 O fenômeno do dirigismo contratual reflete-se nas negociações, pois o legislador, muitas vezes, determina a formação, perfazimento e execução dos contratos. Seria, portanto, uma forma destinada a proteger a parte vulnerável juridicamente, restringindo a liberdade contratual da parte juridicamente forte, especialmente no que se refere à discussão do conteúdo do negócio.

Caio Mário da Silva Pereira indica que o princípio da autonomia da vontade, definido como a faculdade que as pessoas possuem de concluir livremente os seus contratos, não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. O ordenamento jurídico prevê restrições trazidas pela prevalência da ordem pública e do dirigismo contratual.[147]

Nesse sentido, há leis que ordenam ou proíbem determinados comportamentos sem deixar aos particulares a liberdade de derrogá-los pelo meio privado. Quando um contrato é celebrado, não é possível inobservar tais normas, sob pena da incidência de penalidades legais como a nulidade absoluta da cláusula. Há uma mitigação do princípio da autonomia privada, visto que os contratantes sujeitam a sua vontade aos princípios da ordem pública e dos bons costumes.

---

[146] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

[147] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

Enquanto a ordem pública consiste nas regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da nação, os bons costumes[148] são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações em cada época.[149]

No âmbito desses campos, cessa ou reduz a liberdade de contratar. Logo, o contrato, que reflete, por um lado, a autonomia privada e, por outro, submete-se à ordem pública, deve ser o produto de tais forças atuantes no ordenamento. Tendo em vista que os conceitos de ordem pública e bons costumes variam como também os conteúdos das respectivas normas por consequência, o contrato é momento de equilíbrio dessas duas forças, ocorrendo da redução da liberdade de contratar na medida em que o

[148] CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*, Fortaleza, vol. 22, n. 2, mai.-ago./2017, pp. 425-443. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/6200/pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021. Segundo Thamis Dalsenter, "é possível sinalizar a função atual dos bons costumes como sendo a cláusula geral que impõe limites externos à autonomia existencial por meio de sua tríplice função – interpretativa, geradora de deveres e limitadora de direitos –, determinando padrões de conduta sempre que os atos de autonomia implicarem consequências jurídicas relevantes (efeitos diretos e imediatos) para duas ou mais esferas jurídicas. Isso significa precisamente que a cláusula geral de bons costumes promove o desejado equilíbrio entre os princípios constitucionais da liberdade e da solidariedade, ampliando a tutela da autonomia e da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas de direito privado".

[149] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

legislador entenda conveniente ou não alargar a extensão das normas de ordem pública.[150]

Nesse contexto de evolução do contrato, não se recusa o direito de contratar e não se nega a liberdade de fazê-lo, mas destaca-se a característica da regulamentação legal do contrato, com o intuito de coibir abusos advindos da desigualdade econômica, vulnerabilidade jurídica e, sobretudo, a preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada.[151]

Assim, a publicização do contrato é marcada principalmente pela preponderância do social sobre o individual, visto que, anteriormente, as partes gozavam de ampla liberdade para contratar e o contrato se revestia de uma plasticidade usufruída pelas partes. Agora, o seu conteúdo passa a sofrer a interferência da autoridade pública. Logo, a iniciativa cabe ao particular, mas a direção pode ser modificada pelo poder público.[152]

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi produzida voltada aos valores supremos de solidariedade desde a sua formação inicial e, consequentemente, o Estado vê-se impulsionado para adotar medidas ou elaborar leis sobre assuntos preponderantemente sociais, mas que geram efeitos em âmbito individual e particular.

---

[150] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

[151] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 25-26.

[152] SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, pp. 148-149.

A constitucionalização do direito civil [153] surge como uma mudança de postura, que tem contribuído para a construção do pensamento privado no tocante à inovação a partir da forma de interação nos dois ramos do direito – o público e o privado –, interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, ou seja, o inverso.[154]

Portanto, quando verificadas as hipóteses autorizadas por lei, o intérprete deve buscar de forma equitativa revisar o contrato em atenção à busca da justiça contratual de modo a reestabelecer o equilíbrio e a equivalência material das prestações.

CONCLUSÃO

A revisão judicial fundada nas cláusulas abusivas se mostra um importante instrumento para promoção do equilíbrio no negócio jurídico e consiste em forma de expressão do princípio da boa-fé objetiva e da equivalência material das prestações. Dessa forma, o estudo de suas hipóteses de incidência, bem como dos limites para a atuação do juiz, torna-se relevante para garantir a efetividade e concretude da justiça

[153] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11. Teresa Negreiros indica que o "processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo — em lugar do individuo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social".

[154] TARTUCE. Flávio. *Manual de direito civil:* volume único. São Paulo: Método, 2013, p. 55.

contratual. Diante de tudo o que se expôs, é possível extrair as seguintes conclusões.

Em relação ao contrato de adesão e às cláusulas abusivas, a referida modalidade contratual surge como instrumento de contratação em massa, em que as condições gerais de contratação são determinadas e predispostas por uma das partes, não tendo a parte aderente a liberdade de discutir, alterar ou de determinar o seu conteúdo. A predominância da vontade unilateral de um dos contratantes para estabelecer o conteúdo dos contratos de adesão costuma proporcionar abusos e injustiças, gerando o evidente desequilíbrio nas relações contratuais. Dessa forma, a atuação do Estado se mostra necessária para evitar abusos e garantir a justiça contratual e o equilíbrio material das prestações.

No art. 51 do CDC, o legislador estabeleceu parâmetros de abusividade colocados à disposição do intérprete, sendo a chave da proteção contratual ao consumidor contra as cláusulas abusivas o inciso VI desse artigo, ao instituir uma cláusula geral de boa-fé objetiva nas relações de consumo brasileiras, proibindo a inserção de cláusulas que contrariem o aludido princípio.

As cláusulas abusivas, mesmo que sejam mais recorrentes nas relações de consumo, estão também disciplinadas no Código Civil de 2002. Assim, o art. 423 do Código Civil determina que, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Já o art. 424 do Código Civil indica que, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Logo, enquanto o art. 423 representa uma tentativa de proteção do aderente não consumidor no plano de formação do contrato de adesão, o art. 424 consiste em mecanismo de proteção do aderente no plano do conteúdo negocial.

Dessa forma, quando verificadas as hipóteses autorizadas por lei, o intérprete deve buscar de forma equitativa revisar o contrato em atenção à busca da justiça contratual de modo a reestabelecer o equilíbrio e a equivalência material das prestações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Colaboradoras Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Colaboradoras Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, vol. 22, n. 2, mai.-ago./2017, pp. 425-443. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/6200/pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Revista de Direito do Consumidor, vol. 99, mai.-jun./2015.

LÔBO, Paulo. Direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Volume III.

SOBRINHO, Mário de Camargo. Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000.

TARTUCE. Flávio. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte Geral. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013.

INTERVENÇÃO DO JUIZ NOS CONTRATOS: O INSTITUTO DA LESÃO COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA CONTRATUAL

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

RESUMO: Busca o presente trabalho analisar as principais hipóteses legislativas ensejadoras da revisão contratual pelo Poder Judiciário: a lesão. Dessa forma, objetiva-se demonstrar os requisitos específicos que o magistrado deverá observar para intervir diretamente nos contratos, com o intuito de delimitar um conteúdo mínimo para a aferição da justiça contratual no caso concreto. Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre a intervenção judicial dos contratos e a autonomia da vontade das partes, pois a justiça contratual aborda conceitos jurídicos indeterminados, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação pelo intérprete-juiz. Portanto, é necessário um estudo atento sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, eventuais abusos do Estado nas relações contratuais.

Palavras-Chave: Revisão judicial dos contratos; dirigismo contratual; autonomia da vontade; boa-fé objetiva; equivalência material das prestações; lesão; limites à revisão do negócio jurídico; justiça contratual.

ABSTRACT: The present work analyses the main legislative hypotheses that lead to the contractual revision by the Judiciary: the legal injury. In this way, the objective is to demonstrate the

specific requirements that the magistrate must observe to intervene directly in the contracts, in order to delimit a minimum content for the benchmarking of contractual justice in the concrete case. It is verified the relevance of the research due to the existing tension between the judicial intervention in the contracts and the autonomy of the parties' will, because contractual justice approaches undetermined legal concepts, which may generate some difficulty for the exact application by the interpreter-judge. It is therefore necessary to study closely the subject in order to assist legal operators and prevent possible abuses by the State in contractual relations.

Keywords: judicial review of the contracts; contractual management; autonomy of will; objective good faith; material equivalence of benefits; legal injury; limits to the review of the contract; contractual justice.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo buscará delimitar a aplicação da revisão judicial dos contratos com base no estudo do instituto da lesão pela constatação das respectivas limitações impostas ao intérprete-juiz ao interferir no plano da autonomia da vontade das partes.

Tal tema se mostra de extrema relevância por causa da dificuldade em conciliar a intervenção judicial dos contratos com a autonomia da vontade das partes, pois a justiça contratual aborda conceitos jurídicos indeterminados, o que dificulta a exata aplicação do dispositivo legal pelo intérprete-juiz e pelos operadores do direito.

Portanto, será trabalhado o conceito de lesão contratual, sua origem histórica, seus elementos essenciais, hipóteses de incidência e sua aplicação na legislação pátria de modo a delimitar sua atuação na revisão judicial dos contratos.

2. O INSTITUTO DA LESÃO COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA CONTRATUAL

A lesão, ao longo do desenvolvimento do direito civil, possuiu diversos significados. Mostra-se necessário o conhecimento da historicidade da lesão como forma de enriquecer o conhecimento do próprio instituto. A exemplo das cláusulas abusivas, a lesão, de ocorrência contemporânea à formação do contrato, autoriza a revisão judicial, funcionando, portanto, como uma expressão do princípio da equivalência das prestações contratuais.[155]

[155] SCHREIBER, Anderson . O Princípio do Equlíbrio das Prestações e os Instituto da Lesão. In: Thiago Ferreira Cardoso Neves. (Org.). *Direito e Justiça Social.* 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 273-291. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.com.br/index.php/artigo/download/122>. Acesso em: 20 fev. 2021. Anderson Schreiber indica que com "a edição do Código Civil de 2002, ganhou força na doutrina brasileira a alusão à 'novos princípios contratuais', que, mitigando o caráter liberal e individualista da dogmática tradicional, permitiram uma reformulação profunda no direito dos contratos. Para a maior parte dos autores, estes novos princípios contratuais são essencialmente três: a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e o equilíbrio das prestações".

2.1. Breve histórico da lesão

2.1.1. A lesão no Direito Romano

No Direito Romano, a lesão teria surgido como instituto jurídico na Lei Segunda (*lex Secunda)*, do ano 285 de nossa era, promulgada por Diocleciano. 156 O instituto encontra-se presente no Código de Justiniano, mencionado como pertencente às Constituições de Diocleciano e Maximiliano. No Direito Romano primitivo,[157] era desconhecido.

Por sua vez, na *Lex secunda*, haveria lesão sempre que o preço pago fosse inferior à metade do valor da coisa, possibilitando, assim, desfazimento do negócio ou complementação do preço. O critério era, portanto, completamente objetivo. [158]

Ao alienante era facultada a possibilidade de requerer o desfazimento do negócio com a devolução da coisa

---

[156] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* parte geral. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013, p. 446.

[157] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142. O autor ressalta que o Direito Romano clássico, não conheceu o instituto da lesão. O seu surgimento apenas se daria, de forma brusca, anos mais tarde. Na Lei das XII Tábuas, por exemplo, não se encontra qualquer referência à lesão, muito embora houvesse normas destinadas à limitação dos juros. Leis posteriores incorporariam ao sistema limites à liberdade de contratar com o intuito de impedir o aproveitamento abusivo, mas não se tratava de normas de caráter geral.

[158] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* parte geral. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013, p. 446.

e a restituição do preço. Contudo, o comprador poderia utilizar a opção de complemento do preço com o propósito de conservar o contrato.[159]

Assim, o fundamento da lesão, no direito romano, reside na desproporção entre o valor real e o preço da venda, sendo estipulado um critério bem objetivo para a sua apuração no sentido de que a venda realizada por menos da metade do preço real do objeto seria lesiva, podendo importar até mesmo em sua rescisão. Entretanto, não havia nenhum critério de determinação do que deveria ser considerado *justo preço*, costumando-se atribuir a denominação de lesão enorme (*laesio enormis*).[160] A partir do surgimento do instituto da lesão, verifica-se o objetivo de atacar a validade de um negócio jurídico formalmente adequado por razões de equidade.

Nesse sentido, a lesão consistia em uma exceção admitida em favor da equidade. De forma geral, o preço livremente pactuado não poderia causar a invalidade do negócio, ainda que inferior ao preço justo. No entanto, quando a desproporção superasse a metade desse valor, o negócio seria rescindível, ainda que celebrado sem vício do consentimento. Ademais, a diferença hábil a ensejar a rescisão lesionária é aquela que se apura no momento da celebração da avença.[161]

Da Lei Segunda, extraem-se as demais características da lesão. Em primeiro plano, destaca-se o

[159] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 152.

[160] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 146-147.

[161] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 146-147.

fundamento do instituto a partir da equidade. Portanto, admite-se a rescisão lesionária em razão de ser equitativo que o vendedor prejudicado em mais da metade do justo preço possa reaver a coisa, restituindo o montante que lhe foi pago ou receber a diferença para tornar justo o negócio. Quanto ao campo de incidência, a norma, em regra, era aplicada aos negócios de compra e venda.[162]

Outrossim, o Direito Romano já conhecia, naquele tempo, os vícios do consentimento que ensejaram, em parte, a restituição, mas a lesão assume aspecto diferente, por não estar ligada ao dolo, ao erro ou à violência, por exemplo. O legislador romano se limitou à magnitude do dano, concedendo a possibilidade de rescisão quando este superasse determinado limite. Os magistrados, portanto, apenas comprovavam a desproporção entre as prestações sem investigar se houve ou não a intenção de aproveitamento.

2.1.2. A lesão na Idade Média

No Império Romano do Oriente, conhecido como Império Bizantino, a lesão teve plena aplicação durante toda a Idade Média. Entretanto, na Europa, o mesmo não se verificou. A partir da queda do Império Romano do Ocidente, a influência das leis bárbaras gerou o enfraquecimento do instituto da lesão. Apesar de ter havido, durante toda a história de Roma, leis repressivas à usura e, em determinados momentos, a regulação dos preços de alguns produtos, as circunstâncias econômicas e sociais nessa época não eram propícias para a manutenção do instituto. A economia fundava-se na agricultura

[162] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 147.

e o volume de negócios era reduzido, visto que o comércio marítimo perdeu importância.[163]

Por volta do século X, assistiu-se a um renascer do comércio, modificando as características da economia e fazendo surgir os primeiros centros urbanos, onde se concentram os artesãos, os comerciantes, os artistas e os intelectuais.

Já no fim do século XI e início do século XII, o Direito Romano foi redescoberto pela Escola de Bolonha. Seus estudiosos tiveram acesso aos textos antigos e as Leis Segunda foi analisada, renascendo, assim, a lesão.

Os glosadores tiveram dificuldades em admitir a lesão como um instituto autônomo, visto que associaram a lesão aos vícios do consentimento, em especial ao presumido dolo do comprador. Logo, vender o que era seu por menos da metade do quanto valia significa que houve uma manobra hábil da outra parte compradora. Dessa forma, há a presença de um elemento subjetivo na constatação do instituto.[164]

Ademais, segundo Sílvio Venosa, o ressurgimento da lesão no século XII foi também influenciado pela Igreja, sob a égide do justo preço, e alicerçado no pensamento de Santo Tomás de Aquino. No auge do pensamento cristão, foi criada a lesão enormíssima, inexistente no pensamento romano. Era reconhecida nas situações em que o vendedor sofria prejuízo em mais de dois terços do valor da coisa. A presença desse vício não somente inquinava o contrato, possibilitando sua

[163] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 151.

[164] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 153.

rescisão, como também o considerava inexistente como ato jurídico. Consistia, pois, em forma especial de lesão. [165]

Nesse sentido, a lesão experimentou um largo período de prestígio e desenvolvimento. Portanto, na Idade Medieval, diferentemente do Direito Romano, que associava a lesão à desproporção tarifada das prestações contratuais, o instituto se inseria na ideia de vício do consentimento e abrangia o aspecto subjetivo do dolo do comprador.

2.1.3. A lesão no Código Civil Francês de 1804

A lesão experimentou um largo período de prestígio e desenvolvimento. Contudo, às vésperas da Revolução Francesa, a lesão não contava mais com o apoio irrestrito dos juristas. Muitos já o consideravam um instituto ultrapassado a partir do crescimento das ideias iluministas e do individualismo racionalista.

Nesse contexto, o Código de Napoleão outorgou atenção residual à figura da lesão, restringindo o seu âmbito de aplicação às alienações imobiliárias e às partilhas, trazendo ainda à evidência a associação entre o instituto e a teoria dos vícios do consentimento como espécie de erro.

O critério para a caracterização de sua ocorrência era a venda de imóveis por preço inferior a 7/12 do preço de mercado. Trata-se, portanto, de um critério bem objetivo, sendo

[165] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* parte geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013, p. 446.

uma tarifação arbitrária em sentido semelhante do exposto na Lei Segunda no Código Justiniano.[166]

A lesão se prestava, em regra, ao desfazimento contratual, facultando-se ao comprador a escolha entre restituir a coisa, recuperando o preço ou guardar o fundo, pagando o complemento do justo valor com a dedução de um décimo do total.[167]

Assim, não havia a previsão da possibilidade de revisão do contrato com fundamento na lesão a não ser que o comprador se dispusesse a pagar o complemento do justo valor.

2.1.4. A lesão no Código Civil alemão de 1900

O Código Civil alemão acolheu a lesão como caso especial de negócio celebrado contra os bons costumes. Assim, houve um afastamento dos padrões inflexíveis ao dispor que seria nulo o negócio em que se estabelecem vantagens patrimoniais em manifesta desproporção com a prestação. Ademais, é tido como precursor da chamada lesão subjetiva, que envolve aspectos objetivos e subjetivos.[168]

Exige-se, portanto, a exploração do estado de necessidade ou inexperiência da outra parte. Logo, acrescenta-

[166] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 154.

[167] CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 154.

[168] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159.

se ao desequilíbrio patrimonial não somente o estado de inferioridade da vítima como também a exploração pelo beneficiado. O elemento subjetivo é, portanto, duplo. Em relação à vítima, importa a situação de desigualdade. Pelo lado do beneficiário, impõe-se o abuso da necessidade alheia.

Nesse sentido, o Código Civil alemão, de um lado, leva em conta, como elemento objetivo, a desproporção entre a vantagem patrimonial de uma parte e a prestação da outra. De outro lado, como elementos subjetivos, elege as condições subjetivas da parte contratual lesada e a intenção de aproveitamento dessas condições pela outra parte.[169]

Portanto, ao lado do caráter puramente objetivo da lesão no Direito Romano e no Direito Francês, o Direito Civil Alemão agregou-lhe elementos subjetivos. Por isso, diante desse contexto, costuma-se atribuir a denominação de lesão qualificada ou especial.

2.1.5. A lesão no direito brasileiro

No direito brasileiro anterior a 1916, a lesão conservava o aspecto original romano, não sendo caracterizada por qualquer defeito de ordem psicológica, mas apenas pelo aspecto objetivo: a desproporcionalidade entre o valor e o preço. Nas Ordenações Afonsinas, a lesão estendia-se a todos os contratos. Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, tendo sido mantidos os mesmos princípios, foram estabelecidas a lesão enorme e a lesão enormíssima, respectivamente, para os negócios afetados pela desproporção

[169] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 156.

de mais da metade ou de mais de dois terços do valor da coisa.[170]

Ademais, o instituto não encontrou espaço no Código Comercial de 1850, vendo-se no art. 220 que não há possibilidade de anulação por lesão nas compras e vendas entre comerciantes. Apesar de ter havido tentativas para a introdução do instituto no Código de 1916, vingou a ideia dos que a repeliam, como fruto do individualismo em vigor na época, pois tendia-se para a menor interferência possível da ordem pública na vontade dos particulares, em razão de ter sido adotada a filosofia liberal de predominância da vontade individual.[171]

De certo modo, o instituto foi revivido no Brasil na legislação que define os crimes contra a economia popular com o Decreto-lei nª 869, de 18-11-38, posteriormente modificado pela Lei nº 1.521, de 26-12-51, com roupagem diversa, prevendo a lesão de cunho subjetivo, semelhantemente ao que foi disciplinado no Código Civil alemão.

O aludido decreto, tipificador dos crimes contra a economia popular, estabeleceu a tipificação legal do crime de usura real como sendo o abuso ocorrido em negócio no qual uma das partes ganha imoderadamente em detrimento da outra.

Ademais, o art. 4º, § 3º da Lei nº 1.521/1951 estabeleceu que a estipulação de juros acima da taxa legal ou lucros usurários seria nula, devendo o Poder Judiciário ajustá-los à taxa legal ou, caso já houvesse sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso com os juros legais a contar da data de pagamento indevido. Entretanto, tal

[170] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* parte geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 446-447.

[171] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* parte geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013, p. 447.

parágrafo foi revogado pela Medida Provisória nº 2.172-32 de 2001.[172]

Após, com a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, não houve nenhuma referência à lesão. Contudo, tal instituto foi impulsionado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em seu art. 170, o princípio da defesa do consumidor foi inserido nos ditames da justiça social como base da ordem econômica e, no art. 173, § 3º, houve a previsão da repressão ao abuso de poder econômico, o qual muitas vezes pode refletir-se em negócios usurários.[173]

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o Código de Defesa do Consumidor regulou da melhor forma o instituto da lesão, retornando ao antigo direito com pressupostos exclusivamente objetivos. Dessa forma, haveria lesão quando o contrato prevê obrigação excessivamente onerosa ao consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do negócio, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares,[174] de acordo com o art. 51, inciso IV e § 1º, inciso III do CDC.[175]

---

[172] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, pp. 157-159.

[173] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 160.

[174] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 70.

[175] "Art. 51 do CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (…) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade.

Outrossim, a lesão reaparece no direito civil também no Código Civil de 2002, na qualidade de defeito do negócio jurídico como categoria autônoma e de aplicabilidade geral, tanto nas relações civis quanto nas de cunho comercial. Obedece-se, pois, a uma nova concepção de justiça, elaborada a partir dos princípios constitucionais em que a igualdade de direitos e deveres e a proteção do contratante em situação de vulnerabilidade jurídica deve ser assegurada pelo Estado. Assim, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 contribuíram de forma destacada para o retorno completo da lesão ao direito civil brasileiro.[176]

2.2. Lesão

2.2.1. Conceito

A lesão, que sob as influências liberais fora excluída do ordenamento jurídico pátrio pelo Código Civil de 1916, restaura-se com maior vigor no Código Civil de 2002.[177]

Art. 51, § 1º do CDC. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: (…) II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual".

[176] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 160.

[177] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* parte geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013, p. 448. Sílvio Venosa indica que, a partir das disposições legais sobre o instituto nas legislações modernas, "a lesão perdeu o caráter marcadamente objetivo do Direito Romano para ganhar contornos também de índole subjetiva, como em nossa Lei de Economia Popular. Há elemento objetivo, representado pela desproporção do preço, desproporção entre as prestações, mas há

Caio Mário define lesão como o prejuízo que uma das partes na relação contratual sofre na conclusão do negócio jurídico, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes.[178]

Já Ruy Rosado leciona que o instituto da lesão consiste em instrumento para assegurar o princípio da justiça material dos contratos, visto que o equilíbrio contratual se mostra o ideal para uma correta e justa circulação de bens a partir da cooperação entre as economias e as atividades individuais.[179]

O art. 157 do Código Civil de 2002 define o instituto nos seguintes termos:

> Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.
>
> § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.
>
> § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

também elemento subjetivo, que faz aproximar o defeito dos vícios de vontade, representado pelo estado de necessidade, inexperiência ou leviandade de uma das partes, de que se aproveita a outra das partes no negócio".

[178] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 456.

[179] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.* 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 70.

O instituto traz a ideia de desequilíbrio patrimonial, verificado quando uma das partes sofre um prejuízo ao não receber do outro valor igual ao da prestação que forneceu. Vale ressaltar que a lesão aqui referida não é sinônimo de dano, ao contrário da acepção corrente na esfera da responsabilidade civil, na forma de lesão a direito e do sentido atribuído na esfera pena a partir da lesão corporal. Portanto, o que está em análise é um dos defeitos do negócio jurídico, que possui como base o prejuízo, mas nele não se esgota nem com ele se confunde.

A lesão consiste, enquanto defeito do negócio jurídico, na desproporção existente entre as prestações de um contrato, verificada no instante da celebração da avença, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido originado de uma situação de inferioridade da outra parte. [180]

A importância do instituto é ressaltada pelos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico das prestações, o que mitiga o princípio da força obrigatória dos contratos. Esse último postulado representava a base do individualismo no qual a vontade era a única fonte legítima para a criação de direitos e obrigações a partir do exercício pleno da liberdade e da igualdade entre as partes. Contudo, com a evolução da sociedade e constitucionalização do direito civil, havendo a funcionalização da autonomia privada aos objetivos sociais, a possibilidade de revisão dos contratos passou a ser necessária.[181]

[180] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 297.

[181] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 298.

A autonomia privada, portanto, constitui-se em princípio para realizar os valores sociais de acordo com as normas constitucionais. Dessa forma, contratações injustas não podem ser aceitas, quando uma das partes se aproveita da situação de inferioridade da outra, estando a lesão diretamente relacionada à ideia de justiça contratual.[182]

Ademais, a lesão não é o negócio defeituoso, mas o vício que torna defeituoso o negócio no qual se faz presente. A lei ainda requer para a configuração de lesão que o prejudicado tenha concluído o negócio sob necessidade ou por inexperiência, mas não exige o abuso do beneficiado.[183]

A lesão, portanto, se encontra inserida no Código Civil de 2002 como um vício de consentimento,[184] ou seja,

[182] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 298.

[183] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 194.

[184] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 457-458. Mesmo que a doutrina entenda sem muitas divergências o fato de a lesão ser vício de consentimento, Caio Mário entende de forma diversa, pois leciona que "não é a lesão puramente um vício de consentimento, de vez que o desfazimento do negócio não tem por fundamento uma desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada. Difere a lesão do erro em que o agente no momento da declaração de vontade tem a consciência da realidade material das circunstâncias; não há nele o emprego de artifícios por parte de alguém que procure induzir o agente a realizar o negócio jurídico; difere da coação, em que falta o processo de intimidação sobre o ânimo do agente para compeli-lo ao negócio jurídico; e tanto se distancia da fraude que nem há mister salientar a diferença. Residindo, pois, a lesão na zona limítrofe dos vícios do consentimento, por aproveitar-se o

como um defeito do negócio jurídico, não havendo referência a qualquer espécie de tarifação ou valor como critério de aferição do lucro patrimonial lesivo.

2.2.2. Elementos essenciais

O instituto da lesão possui dois elementos incontroversos. O primeiro, objetivo, consiste na desproporção entre os benefícios auferidos por cada um dos contratantes. O segundo, subjetivo, constitui-se no estado de inferioridade do prejudicado. Tanto um quanto o outro abrangem o conteúdo do defeito do negócio jurídico em questão.[185]

O primeiro elemento, objetivo, verifica-se a partir da desproporção patrimonial, ou seja, a desproporção entre os benefícios econômicos auferidos pelos contratantes, importando lucro excessivo de um em prejuízo do outro. A aludida desproporcionalidade pode ser determinada a partir de um parâmetro quantitativo (utilizado no direito romano, momento em que a lesão enorme consistia no preço da venda inferior à metade do que se considerava o preço justo) ou, como utilizado no Código Civil de 2002, de um conceito aberto,

beneficiário da distorção volitiva, para lograr um lucro patrimonial excessivo, é sem dúvida um defeito do negócio jurídico, embora diferente, na sua estrutura, dos até agora examinados, razão por que é chamado por alguns de vício excepcional".

[185] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 298-299.

exigindo apenas que as prestações sejam desproporcionais de acordo com a valoração do magistrado.[186]

Vale ressaltar que a discrepância deve ser caracterizada no momento da celebração do negócio jurídico, segundo o art. 157, § 1º do Código Civil. Logo, se a onerosidade excessiva se origina de fatos posteriores à celebração da avença, não há que se falar em lesão, sendo aplicável a resolução ou revisão contratual decorrente do desequilíbrio das prestações do contrato causado por fatos supervenientes à sua realização.

Ademais, tendo em vista que o Código Civil utiliza um conceito aberto para a apuração da desproporção prestacional, surge a questão do justo preço. De fato, para que se possa exigir a equivalência entre as prestações contratuais, é necessário a possibilidade de quantificá-las. O valor dos bens, em geral, varia de lugar para lugar, assim também com o passar do tempo. Assim cabe questionar em que medida poder-se-ia considerar justo o preço de mercado de cada coisa.

Em regra, o juiz deverá comparar o montante auferido pelo contraente inferiorizado com o valor de mercado do bem dado em troca, valor este que será a média por que tenham sido negociados bens equivalentes, na mesma época do negócio e na mesma praça, preferencialmente. Para aqueles bens que tenham cotação em bolsa, basta verificar a que se atingiu ao tempo de negócio. Para os demais, será necessária uma pesquisa de mercado que, em regra, poderá ser realizada por meio de perícia.[187]

---

[186] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 298.

[187] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 202.

De toda forma, mesmo que o critério do valor de mercado, deixando de lado as incertezas de um preço de difícil apuração, a igualdade absoluta se torna difícil de se atingir, pois flutuações razoáveis são intrínsecas ao mundo dos negócios. Ademais, uma certa margem de erro na determinação do preço de mercado já impõe a aceitação de certas diferenças, sendo importante para indicar que nem toda desproporção interessa ao direito, nem qualquer divergência de valor acarreta lesão. De acordo com o art. 157 do Código Civil, o instituto da lesão é caracterizado se o desequilíbrio patrimonial for manifesto.[188]

Outrossim, no sistema do Código Civil, a lesão não se exaure no elemento objetivo, equivalente ao desequilíbrio contratual, pois o direito, em regra, não intervém nas relações privadas apenas por força da quebra do sinalagma ou da justiça contratual. O direito dos contratos apresenta uma hipercomplexidade axiológica, decorrente da necessidade do convívio de princípios liberais, como a autonomia privada, e sociais, como a boa-fé, função social e equilíbrio das prestações, que traduzem valores diferentes e eventualmente antagônicos.[189]

Logo, segundo o art. 157 do Código Civil, para a configuração da lesão, além da desproporção entre os direitos e deveres emergentes do negócio, exige-se que a situação de inferioridade do lesado pelo fato de o contrato tenha sido concluído sob premente necessidade ou por inexperiência. O prejudicado, portanto, deve ter sido levado a celebrar o negócio por circunstâncias tais que gerem o rompimento da paridade,

[188] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 202.

[189] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 212-213.

ou seja, quando há a verificação de uma desigualdade de fato, sendo um fator que viole a justiça material.

Exige-se, portanto, o aproveitamento, mas não o dolo de aproveitamento. Caio Mário da Silva Pereira leciona que não há dolo de aproveitamento, pois não é necessário que o beneficiado induza o agente a praticar o ato, levando-o à emissão de vontade por algum processo de convencimento, nem que tenha a intenção de explorá-lo. Basta apenas que o beneficiado se aproveite conscientemente daquela situação de inferioridade, mesmo que seja momentânea do agente, e celebre negócio de que aufira lucro exorbitante.[190]

Nesse sentido, o enunciado nº 150 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, indica que "A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige o dolo de aproveitamento".[191]

Assim, o instituto da lesão consiste em expressão do princípio da boa-fé objetiva, que exige dos contratantes cooperação e colaboração recíproca para o alcance dos objetivos comuns perseguidos pelas partes, de modo a preservar o equilíbrio econômico dos contratos.

2.2.3. Sanção do negócio lesionário

O negócio jurídico compreende três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Para que se aperfeiçoe, é necessário que o negócio contenha os elementos

[190] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 459.

[191] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 299.

de existência, cumpra os requisitos de validade e, ainda, se realizem os fatores de eficácia.192

O plano de validade é exclusivo do negócio jurídico, ao passo que os planos da existência e da eficácia se fazem presentes também nos fatos jurídicos em geral, e decorre justamente da sua característica especial de ato de autonomia privada por meio do qual as partes autorregulam seus interesses, determinando a produção de seus efeitos jurídicos.[193]

O ordenamento jurídico, mesmo que reconheça a autonomia privada dos indivíduos, estabelece certas exigências para que o negócio jurídico ingresse regularmente no mundo jurídico. São, portanto, os requisitos de validade do negócio jurídico, entendida validade como a qualidade do negócio jurídico que se apresenta de acordo com as regras jurídicas. Assim, o agente deve ser capaz, o objeto deve ser lícito, possível e determinável, a forma deve ser prescrita em lei, quando for o caso, e a declaração deve ser resultante de um processo volitivo isento de vícios, por exemplo.[194]

O negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, em regra, nulo de pleno direito quando a infração se dirige a preceito de ordem pública. Eventualmente, o negócio pode ser também anulável quando verifica-se que a norma legal afrontada tem por objeto proteger predominantemente os interesses particulares de certas pessoas.

---

[192] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 24-27.

[193] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 23-24.

[194] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 318-320.

A lesão assume, no sistema do Código Civil, a natureza de defeito do negócio jurídico. Dessa forma, o art. 171, inciso II do Código Civil[195] atribui a sanção de anulabilidade para a avença atingida pelo referido vício do consentimento.

Assim, o vício não produz efeito antes de declarado por sentença judicial, ou seja, enquanto a lesão não for reconhecida em juízo, o prejudicado não pode eximir-se do cumprimento da avença. A desconstituição do ato, portanto, depende de provocação do interessado e de manifestação judicial. Nesse sentido, na hipótese de a prestação lesionária vir a ser exigida em juízo, pode o lesado opor exceção baseada na existência do vício, ou seja, a lesão pode ser alegada como matéria de defesa em contestação.[196]

A legitimidade para alegar a lesão cabe, em princípio, apenas ao contratante prejudicado de modo que não é dado a terceiros alegá-la, nem ao Ministério Público. Pelo fato de predominar a proteção de interesses privados, não pode ser reconhecido de ofício pelo juiz, sendo uma clara limitação à atuação do magistrado.

Ao contrário do que acontece com os negócios nulos, aqueles anuláveis, dentre eles o viciado por lesão, podem ser confirmados pelas partes de modo a afastar o defeito, conforme indica o art. 172 do Código Civil.[197] Contudo, para ser eficaz, é necessário que a confirmação ocorra após sanada a situação de inferioridade, caso contrário, a própria

[195] "Art. 171 do Código Civil. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (…) II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores".

[196] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324.

[197] "Art. 172 do Código Civil. Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro".

confirmação poderá estar viciada por lesão. As partes podem também excluir o defeito pela complementação da diferença, sendo uma hipótese de revisão do negócio,[198] de acordo com o art. 157, § 2º do Código Civil.

Vale destacar que o prazo decadencial para a anulação de um negócio viciado por lesão é de quatro anos, com base no art. 178, inciso II do Código Civil.[199] Nesse sentido, se ação não for proposta dentro do período previsto em lei, o negócio será convalidado. Pela convalidação, que poderá ocorrer pela conversão do negócio jurídico, pela confirmação das partes ou pelo convalescimento temporal, o negócio inválido passa a ser válido.[200] No caso em comento, o decurso do tempo sem oposição da parte prejudicada se mostra o suficiente para sanar o vício.

2.2.4. A lesão e a revisão contratual no Código Civil de 2002

Tendo em vista que o instituto da lesão foi apresentado no Código Civil de 2002 como defeito do negócio jurídico, a verificação de tal instituto, em regra acarreta a anulação da avença nos termos do art. 171, inciso II do Código Civil:

---

[198] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 324-325.

[199] "Art. 178 do Código Civil. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: (…) II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico".

[200] TARTUCE. Flávio. *Manual de direito civil:* volume único. São Paulo: Método, 2013, p. 194.

> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
>
> (...)
>
> II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Contudo, o art. 157, § 2º do Código Civil admite uma alternativa para que o negócio jurídico não venha a ser anulado, com consequente retorno ao *status quo ante*. Trata-se da possibilidade de a parte favorecida tomar uma das seguintes condutas, que objetivam reequilibrar economicamente o contrato em atenção aos princípios sociais da equivalência material das prestações contratuais e da boa-fé objetiva: ofertar suplemento suficiente em favor da parte lesada ou concordar com a redução do proveito auferido no negócio lesivo.

Em seus termos literais, art. 157, § 2º dispõe que: "Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

O aludido dispositivo é bastante relevante para a consolidação de uma contemporânea teoria geral dos contratos, pois, a partir de uma perspectiva baseada nos princípios sociais contratuais, a referida norma legal corresponde à possibilidade de revisão contratual por parte do Poder Judiciário por meio do uso do instituto da lesão, possibilitando o retorno das noções de justiça e paridade contratual.

Ademais, esse dispositivo constitui expressão do princípio da conservação dos contratos, o qual se coloca como diretiva ao ordenar que os pactos devam, quando possível, ser conservados e não resolvidos ou anulados.

Dessa forma, nas relações contratuais cotidianas, os contratantes necessitam dos bens da vida objetos dos contratos. Aos indivíduos, em regra, não interessa a resolução ou anulação contratual com o retorno ao *status quo ante,* mas sim que o contrato seja efetivamente cumprido de forma equânime. O sistema de revisão contratual no ordenamento jurídico brasileiro deve, portanto, ser prevalecente e principal em relação aos sistemas de desfazimento contratual, seja por meio de resolução, seja por anulação do negócio jurídico. Logo, as normas que incidem sobre o conteúdo material dos contratos, dentre as quais aquelas que tutelam o instituto da lesão, devem ser aplicadas pelos intérpretes julgadores como normas voltadas fundamentalmente para a revisão contratual e não para a sua resolução ou decretação de nulidade.[201]

Diante dessa perspectiva, a III Jornada de Direito Civil aprovou, por unanimidade, o seguinte enunciado:[202]

> "Enunciado 149 – Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002".

O § 2º do art. 157, como expressão da conservação dos contratos, deverá ser sobrelevado pelos magistrados, devendo estes incitarem a parte favorecida a ofertar um suplemento ou a concordar com a redução do

[201] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, pp. 165-166.

[202] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 166.

proveito ou ambas as partes realizarem um acordo sobre a revisão do preço.

O juiz deverá vislumbrar o justo e o equilibrado nos negócios lesivos como categorias jurídicas abertas à sua concretização mediadora, agindo em conformidade com os princípios sociais dos contratos, como o princípio da equivalência material das prestações.[203]

Ademais, a partir da leitura do dispositivo em comento, nota-se que o Código Civil não foi expresso em outorgar à parte lesada o direito de revisão contratual, cabendo, inicialmente, à parte beneficiária do contrato lesionário, como forma de evitar a anulação do negócio. Essa interpretação favorece de forma clara os interesses do beneficiário do negócio defeituoso que tenha contratado de boa-fé, pois lhe interessa a avença em si mesma e não apenas manter condições extraordinariamente favoráveis que a situação de inferioridade da outra parte possibilitou.[204]

Contudo, entende-se que a tarefa de reequilibrar o negócio lesivo cabe também à parte lesada e não apenas à parte favorecida, conforme a redação do § 2º do art. 157. Nesse sentido, a IV Jornada de Direito Civil se posicionou acerca do tema por meio da aprovação do seguinte enunciado:[205]

> Enunciado 291 – Art. 157. Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do

[203] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 167.

[204] CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 365.

[205] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 168.

> negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço.

Portanto, a revisão judicial por lesão objetiva o equilíbrio da avença, que não foi atingido anteriormente no negócio original. Assim, o juiz deverá ajustar as prestações de forma que o benefício econômico auferido por cada uma das partes torne-se equivalente ao da outra. As disposições lesionárias serão revistas e adequadas à equidade para que a avença possa subsistir isenta de vícios.

2.2.5. Lesão e estado de perigo no Código Civil de 2002

Vale destacar ainda que o art. 156 do Código Civil de 2002[206] prevê, como vício de consentimento, o denominado estado de perigo, o qual não se confunde com a lesão.

O estado de perigo constitui defeito do negócio jurídico que ocorre quando o sujeito, premido da necessidade de salvar-se ou de salvar alguém de sua família de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

[206] "Art. 156 do Código Civil. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias".

Nesse instituto, é indispensável que a outra parte tenha conhecimento do estado de perigo, fazendo-se presente o elemento do dolo de aproveitamento.[207]

Ressalta-se ainda que, enquanto a lesão apenas é identificada em negócios jurídicos bilaterais, o estado de perigo pode ocorrer em atos jurídicos *stricto sensu,* por conferir mais destaque à declaração do que ao próprio acordo da vontade.208

Ademais, o estado de perigo possui como fundamento situação bem específica: a premente necessidade de o sujeito se salvar ou à pessoa de sua família. No entanto, na lesão, não há necessariamente o propósito da parte salvar-se de grave dano a ponto de agir com receio e celebrar negócio excessivamente oneroso.

Dessa forma, a parte beneficiada pela declaração de vontade deve ter, no estado de perigo, o conhecimento da necessidade da outra parte e o dolo de aproveitamento, o qual não está elencado como um requisito necessário para a verificação da lesão.

Destaca-se ainda que, segundo o enunciado nº 148 da III Jornada de Direito Civil,[209] é plenamente possível revisar judicialmente tal avença pactuada em estado de perigo, a partir da aplicação por analogia do § 2º do art. 157 do Código

[207] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 460.

[208] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 170.

[209] Enunciado nº 148 da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal. Ao "estado de perigo" (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157.

Civil, que prevê a possibilidade de revisão dos contratos viciados por lesão.[210]

2.2.6. A lesão no Código de Defesa do Consumidor

O instituto da lesão encontra-se também disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, especialmente no art. 6º, inciso V, 1ª parte e ainda nos arts. 39, inciso IV, e 51, inciso IV e § 1º, indicados a seguir:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> (...)
>
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
>
> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
>
> (...)
>
> V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
>
> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> (...)
>
> IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em

[210] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, pp. 170-171.

> desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade.
>
> § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
>
> I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
>
> II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
>
> III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

No regime das relações de consumo, a lesão assume contornos próprios, de certo modo irredutíveis à previsão genérica do Código Civil, pois sua regulação se diferencia do modelo francês, alemão e do próprio padrão do Código Civil.

No tocante à sua diferença com o modelo francês, a lesão no Código de Defesa do Consumidor, apesar de ter forte caráter objetivo consistente na desproporção das prestações, não prevê tarifação ou parâmetro valorativo de aferição da lesão com o intuito de caracterizar o instituto. Ademais, a disciplina da lesão consumerista difere do padrão alemão, pois não estabelece expressamente a participação de elementos subjetivos, a exemplo do dolo de aproveitamento e da inexperiência da outra parte.[211]

Já a distinção em relação ao modelo do Código Civil de 2002 reside no fato de que, além de não se tratar de

[211] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 172.

um vício do consentimento, não requer também a presença específica dos elementos subjetivos da necessidade e da inexperiência da parte lesada.[212]

Assim, o art. 4º do Código de Defesa de Consumidor[213] presume, de forma absoluta, a vulnerabilidade jurídica do consumidor, podendo-se dizer que os elementos caracterizadores da inferioridade, como, por exemplo, a necessidade e a inexperiência, estão presentes implicitamente no Código.

Nesse sentido, enquanto o Código Civil de 2002 expõe explicitamente os elementos subjetivos da lesão, o Código de Defesa do Consumidor os carrega implicitamente a partir da presunção da vulnerabilidade jurídica do consumidor, não estando nenhum dos elementos subjetivos referidos expressamente.

Diante de tal perspectiva, no regime do Código de Defesa do Consumidor, a lesão contratual pode ser caracterizada unicamente pelo desequilíbrio objetivo das prestações contratuais, sendo possível atribuir, ao contrário do Código Civil de 2002, um caráter predominantemente objetivo. Assim, quando for configurada a lesão, por meio da demonstração da proporcionalidade das prestações, o magistrado terá a oportunidade de modificar as cláusulas

[212] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos:* do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 173.

[213] "Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo".

contratuais que geraram essa desproporção, conforme o art. 6º, inciso V, 1ª parte do Código de Defesa do Consumidor.

O instituto da lesão insere-se, portanto, dentro da perspectiva do direito civil constitucional, que permite a aplicação indireta dos princípios fundantes do ordenamento jurídico. Dessa forma, as relações privadas são pautadas pela mitigação do princípio da autonomia da vontade a partir da intervenção do Estado nas relações privadas e pelo fortalecimento da noção de justiça contratual por meio do pressuposto do equilíbrio das forças e das prestações negociais.

CONCLUSÃO

O instituto da lesão consiste, enquanto defeito do negócio jurídico, na desproporção existente entre as prestações de um contrato, verificada no instante da celebração da avença, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido originado de uma situação de inferioridade da outra parte.

Segundo o art. 157 do Código Civil, para a configuração da lesão, além da desproporção entre os direitos e deveres emergentes do negócio, exige-se que a situação de inferioridade do lesado pelo fato de o contrato tenha sido concluído sobre premente necessidade ou por inexperiência.

Nesse sentido, a lesão assume, no sistema do Código Civil, a natureza de defeito do negócio jurídico. Dessa forma, o art. 171, inciso II do Código Civil atribui a sanção de anulabilidade para a avença atingida pelo referido vício do consentimento.

Ademais, no regime do Código de Defesa do Consumidor, a lesão contratual pode ser caracterizada unicamente pelo desequilíbrio objetivo das prestações

contratuais, sendo possível atribuir, ao contrário do Código Civil de 2002, um caráter predominantemente objetivo. Assim, quando for configurada a lesão, por meio da demonstração da proporcionalidade das prestações, o magistrado terá a oportunidade de modificar as cláusulas contratuais que geraram essa desproporção, conforme o art. 6º, inciso V, 1ª parte do Código de Defesa do Consumidor.

Ante o exposto, verifica-se a enorme relevância que a revisão judicial dos contratos pelo instituto da lesão ocupa no ordenamento jurídico brasileiro de modo a conciliar os princípios clássicos contratuais, como o princípio da autonomia da vontade entre as partes, com os princípios sociais contratuais, tais como a boa-fé objetiva, a equivalência material das prestações e a função social do contrato. Assim, o magistrado, observando as hipóteses de incidência da revisão contratual e os limites impostos à sua atuação, deve agir com o intuito de proteger a autonomia negocial dos contratantes e os valores sociais fundantes do ordenamento jurídico, de modo a promover efetivamente a justiça contratual.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código Civil. Colaboradoras Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Colaboradoras Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDOSO, Vladimir Mucury. Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Volume I.

SCHREIBER, Anderson. O Princípio do Equlíbrio das Prestações e os Instituto da Lesão. In: Thiago Ferreira Cardoso Neves. (Org.). Direito e Justiça Social. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 273-291. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.com.br/index.php/artigo/download/122>. Acesso em: 20 de fev. de 2021.

TARTUCE. Flávio. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte Geral. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Erika Nunes Dias

RESUMO: Busca o presente trabalho analisar as principais causas de responsabilidade civil do Estado em relação aos presos. Dessa forma, objetiva-se demonstrar os requisitos específicos para ser caracterizada a responsabilidade civil do Estado, suas causas excludentes e atenuantes e como se portam os institutos conquanto a relação de guarda do preso em cárcere privado. A temática trazida por este trabalho faz-se relevante pelos inúmeros casos envolvendo o ferimento de direitos humanos dentro do sistema prisional e das constantes notícias sobre crimes cometidos por indivíduos que deveriam estar sob a vigília do Estado, mas não estão encarcerados seja por atos previstos legalmente ou por fuga do cárcere privado. Portanto, é necessário um estudo atento sobre o tema e analisar como os doutrinadores e a jurisprudência pátria trata a responsabilidade do Estado nessa óptica.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade subjetiva. Responsabilidade objetiva. Preso

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the main causes of civil liability of the State in relation to prisoners. In this way, the objective is to demonstrate the specific requirements to characterize the civil liability of the State, its excluding and mitigating causes and how the institutes behave in relation to the guard relationship of the prisoner in private prison. The theme brought by this work is relevant due to the numerous

cases involving the injury of human rights within the prison system and the constant news about crimes committed by individuals who should be under the vigil of the State, but are not incarcerated either by acts provided for by law. or by escaping from private prison. Therefore, a careful study on the subject is necessary and to analyze how the doctrinaires and the country's jurisprudence treat the responsibility of the State in this perspective.

Keywords: State civil liability. Subjective responsibility. Objective responsibility. Inmate

1 O FUDNAMENTO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é expressamente prevista na Constituição Federal de 1988.

> Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

É possível encontrar a normatização da responsabilidade do Estado também na norma civilista. O Código Civil de 2002, em seu artigo 43 prevê que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

É também da norma cível que se pode retirar a obrigatoriedade de reparação do dano que se causar a outrem[214]. Regra geral prevê que a responsabilidade civil está atrelada a uma ação que viola um dever/direito, sendo considerado um ato ilícito. É essa a regra que se pode perceber no art. 186 do Código Civil que ensina que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Todavia, a leitura dos artigos subsequentes leciona que em situações excepcionais é possível atrelar a responsabilidade por atos lícitos, gerando a necessidade de indenização.

> Art. 188. Não constituem atos ilícitos: (...)
>
> II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
>
> Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.
>
> Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Neste diapasão, a responsabilidade objetiva retira a ilicitude da conduta do agente do Estado e a insere no resultado. Dessa forma, independentemente da conduta do agente do Estado, seja ela lícita ou ilícita, será o ente público

[214] Art. 927, caput, Código Civil de 2002.

responsável pelo dano que se causarem a outrem, desde que exista o nexo entre a conduta e o dano.

De forma contrária é a responsabilidade prevista como regra geral no Código Civil - a subjetiva. Nesse caso, o dever de indenizar advém do ato ilícito, do dano, do nexo de causalidade e da conduta do agente.

É no último elemento – conduta do agente – que se pode aferir o grau de responsabilidade do agente, eis que necessário comprovar o dolo ou a culpa do mesmo. Em linhas gerais, a culpa, *strictu sensu*, é a inexecução de um dever por negligência, imperícia ou imprudência. Já o dolo caracteriza-se pela vontade, intenção, de cometer o ato.

A breve exposição é necessária uma vez que parte da doutrina e da jurisprudência entende ser possível a culpa subjetiva do Estado.

Prosseguindo.

Apesar das inúmeras possibilidades de responsabilização do Estado, não será em todos os casos de danos causados a outrem que será possível atrelar a responsabilidade à pessoa de direito público. É necessário atentar no caso concreto se existe alguma causa de excludente ou de atenuação da responsabilidade.

Conforme já aduzido, a doutrina pátria ensina que para que seja configurada a responsabilidade objetiva é necessário que se tenha: a conduta, o dano e o nexo causal. Existem circunstâncias, no entanto, que excluem o nexo causal, e, consequentemente, a responsabilidade do Estado.

A primeira causa excludente do nexo causal é a culpa exclusiva da vítima. Nesse caso há a provocação de autolesão pelo terceiro, como no caso de suicídio. Não obstante, é necessário atentar se houve qualquer contribuição do Estado para o fatídico resultado quando no seu dever de

garantir a segurança e integridade física de pessoas sob sua guarda.

Outra causa que rompe o nexo causal ocorre quando o dano é causado por um terceiro que não possui qualquer vínculo com o Estado – fato de terceiro. Nesse enquadramento, o Superior Tribunal de Justiça entende que não é responsável o ente público ou quem o faça (concessionária de serviço público de transporte) por danos causados a passageiros em decorrência do arremesso de pedra por terceiros[215].

Por fim, é possível a excludente da culpa do Estado por caso fortuito e a força maior. Sem maiores detalhes sobre a diferença entre os institutos, resume-se como eventos naturais ou humanos imprevisíveis que causem danos diretos a terceiros. Novamente é necessário estar atento para o caso de alguma omissão do Estado ter contribuído para o resultado danoso.

Já as causas atenuantes da responsabilidade permitem que se reduza o montante da indenização por ter havido contribuição do terceiro para o evento danoso. Nessa hipótese será dividida, na devida proporção, a responsabilidade entre o Estado e o terceiro por culpa concorrente.

[215] Trata-se de recurso de usuário de transporte coletivo (ônibus) que foi vítima de ferimentos graves provocados pelo arremesso de pedra por terceiro, o que ocasionou seu afastamento das atividades escolares e laborais. No caso, a Turma entendeu que a empresa recorrida está isenta de responsabilidade pelo episódio, porquanto não contribuiu para o sinistro, não havendo ato ilícito a ser indenizado por ela. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.064.974-RJ, DJe 15/10/2008; REsp 402.227-RJ, DJ 11/4/2005, e REsp 262.682-MG, DJ 20/6/2005. REsp 919.823-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4/3/2010.

Além da hipótese de responsabilidade por condutas comissivas, ensinamento doutrinário e jurisprudencial ensinam que é também responsável o Estado quando omisso.

Conforme explicitado, a responsabilidade por omissão é matéria de divergência doutrinária e jurisprudencial, tornando-a difícil de conceituar e perceber sua aplicação no cotidiano.

A primeira divergência encontra-se em campo doutrinário. Os ilustres juristas são antagônicos em classificar a responsabilidade por omissão.

A doutrina do professor Hely Lopes Meirelles[216] ensina que a Constituição Federal não faz distinção entre condutas omissivas e condutas comissivas, dessa forma, a responsabilidade seria objetiva em ambos casos.

Sentido diverso é a teoria da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[217] que entende ser subjetiva a responsabilidade do Estado quando em casos omissos. É também partidário da responsabilidade subjetiva o ilustre professor José Cretella Junior[218],

"a omissão configura a culpa in omittendo ou in vigilando. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omitese, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o bonus pater familiae, nem como bonus administrator. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de

[216] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 567.

[217] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 31. Ed. Forense: 2018, p. 898.

[218] CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 8:210

concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental".

Por fim, terceira posição, capitaneada por Sergio Cavalieri Filho[219], entende que nos casos de omissão genérica, relacionadas ao descumprimento de dever genérico há a responsabilidade subjetiva. Sentido diverso é no caso de omissão específica que atrai a responsabilidade objetiva do Estado. Nesse sentido, Rafael Oliveira[220]

Entendemos ser objetiva a responsabilidade civil do Estado em virtude de suas omissões juridicamente relevantes, pois o art. 37, § 6.º, da CRFB e o art. 43 do CC, que consagram a teoria do risco administrativo, não fazem distinção entre ação e omissão estatal. Ainda que a omissão não seja causa do resultado danoso, como afirma a segunda posição anteriormente citada, certo é que a inação do Estado contribui para a consumação do dano. É preciso distinguir a omissão natural e a omissão normativa. Enquanto a primeira relaciona-se com a ausência de movimento ou comportamento físico, sem a produção de qualquer resultado (da inércia nada surge), a omissão normativa, por sua vez, pressupõe o descumprimento de um dever jurídico, gerando, com isso, consequências jurídicas, inclusive a responsabilidade civil. Dessa forma, a responsabilidade por omissão estatal revela o descumprimento do dever jurídico de impedir a ocorrência de danos.

Todavia, somente será possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstradas a previsibilidade e a evitabilidade do dano,

[219] CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 231

[220] Oliveira, Rafael Carvalho Rezende Curso de direito administrativo – 9. ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, pg. 1377

notadamente pela aplicação da teoria da causalidade direta e imediata quanto ao nexo de causalidade (art. 403 do CC).

Para ampliar a discussão sobre a responsabilidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça possuem entendimentos divergentes sobre o tema.

Enquanto para o Pretório Excelso[221] é possível caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado por omissão específica. Ou seja, o Estado possui a possibilidade de prever o dano e evita-lo, no entanto permanece inerte.

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR.
>
> 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o

[221] Supremo Tribunal Federal. RE 136.861/SP. Relator: Min. Edson Fachin.

> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: "Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular". 5. Recurso extraordinário desprovido.

Como antecipado, em sentido diverso entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ)[222], que estabelece que a responsabilidade civil do Estado em casos de omissão é subjetiva.

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM
>
> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO.
>
> RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CULPA OU NEGLIGÊNCIA.

[222] Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014

> AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...)
>
> II. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do
>
> estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos" (STJ, AgRg no
>
> AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013

A jurisprudência do STJ é firme no sentido que para configurar a responsabilidade civil por omissão é necessário comprovar a conduta omissiva e culposa – ou por negligência da atuação estatal ou pela má prestação do serviço -, o dano e o nexo causal.

Após a devida explanação sobre a possibilidade de responsabilização do Estado é possível adentrar na responsabilidade do ente público em relação aos detentos que estão sob sua custódia e como os Tribunais Superiores estão enfrentando as diferentes ocorrências.

2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A TUTELA DO PRESO

Inúmeros são os casos enfrentados pelos Tribunais Superiores envolvendo condutas praticadas por detentos e sofridas por eles dentro do cárcere privado. Como se fez claro, não existe um consenso entre a jurisprudência para identificar

claramente qual o tipo de responsabilidade é cabível ao Estado. Dessa forma a análise é casuística, dependendo das condições e grau de atuação ou omissão do ente público.

1) **DANOS CAUSADOS POR PRESOS FORAGIDOS**

O primeiro julgado é o Recurso Extraordinário 60.880, julgado pelo Tribunal Pleno do STF[223], que analisava a culpa (*lato sensu)* do Estado em caso de danos causados por detento foragido.

EMENTA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOA CONDENADA CRIMINALMENTE, FORAGIDA DO SISTEMA PRISIONAL. DANO CAUSADO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA FUGA E A CONDUTA DANOSA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva, exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. . 2**. A jurisprudência desta CORTE, inclusive, entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente de omissão, seja das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público**. 3. Entretanto, o princípio da responsabilidade objetiva não se

[223] Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 60880. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe. 01.10.2020.

> reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias como o caso fortuito e a força maior ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. 4. **A fuga de presidiário e o cometimento de crime, sem qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo**, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação **aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente**. Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal - em especial, como já citado**, por ausência do nexo causal**. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Tema 362, fixada a seguinte tese de repercussão geral: "Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal**, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada"**. (grifo nosso)

Percebe-se que nesse julgado a Suprema Corte sustenta a tese de responsabilidade objetiva do Estado em caso de omissão. Nesse sentido, apesar de não ter que ser demonstrada a conduta do agente ainda se faz necessário apontar o nexo de causalidade entre o ato – omissão – e o dano. No caso em tela, não ficou comprovado o nexo causal entre o dano e a omissão do ente público, dessa forma, não foi

possível atribuir a responsabilidade do Estado, configurando hipótese de exclusão da responsabilidade.

Nesse mesmo sentido entende Superior Tribunal de Justiça[224], não permitindo a imputação da responsabilidade civil do Estado em caso de ausência de nexo causal.

> PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA
>
> 1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).
>
> 2."Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de

[224] Superior Tribunal de Justiça. REsp 719738/RS. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJe 22.09.2008

> uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).
>
> 3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008). 4. Recurso especial a que se dá provimento.

3 RESPONSABILIDADE POR SUICÍDIO DO PRESO

Existe a responsabilidade civil do Estado em caso de suicídio do detento. No entanto, o Pretório Excelso [225] entende que só há responsabilização objetiva quando houver a inobservância do dever específico de proteção.

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...)
>
> 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a

[225] Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016

> atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.
>
> 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.
>
> 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.
>
> 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. (...) STF. Plenário. RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016.

Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça[226] possui entendimento similar ao Supremo Tribunal Federal em caso de suicídio de detentos, mas entendendo por ser objetiva a responsabilidade.

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.

[226] Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1305249 / SC. Rel. Ministro OG Fernandes. 2ª turma STJ. 19/09/2017.

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUICÍDIO. DETENTO. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública é objetiva, pois é dever do Estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia. 2. Agravo interno a que se nega provimento.

4 INDENIZAÇÃO DO PRESO QUE SE ENCONTRE EM SITUAÇÃO DEGRADANTE

Entende-se que apesar de estar cumprindo pena o detento não perde sua condição de ser humano, e portanto, deve ter assegurado o seus direitos humanos e respeito à sua integridade física e moral.

Nesse sentido, o STF condenou o Estado para pagamento de indenização a uma pessoa que estava presa em unidade prisional que apresentava péssima condições, como superlotação e falta de condições mínima de higiene e saúde.

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. STF. Plenário. RE 580252/MS, rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854).

É um dever constitucional a preservação da integridade do preso. O art. 5º, inciso XLIX, da CF, afirma que: "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Além disso, o direito está vinculado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição de 1988), à incolumidade do indivíduo ("ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano ou degradante", art. 5º, III da Constituição de 1988).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que cabe ao Estado ressarcir o indivíduo que sofre dano causado por seus agentes. Em regra, a responsabilidade do ente público será objetiva, bastando que se comprove a conduta, o dano e o nexo causal, adotando-se a teoria do risco administrativo.

Certo que ainda são possíveis os casos de excludente de responsabilização, como a culpa exclusiva da vítima; o caso fortuito e força maior; e o fato de terceiro, devendo o Estado comprovar a ocorrência dessas situações.

No caso de omissão de um dever, o Estado poderá responder objetivamente ou subjetivamente. No entanto, nos casos envolvendo presos, em sua maioria, a responsabilidade será objetiva, pela violação de um dever legal.

O Estado como detentor exclusivo do poder de punir tem o dever de guarda e o dever de zelar pela preservação dos direitos humanos do detento. Diante disso, deve o poder público indenizar o detento ou sua família pela ausência de cuidado, proteção e vigilância.

As situações analisadas nesse trabalho levaram a entender que os Tribunais Superiores entendem ser objetiva a responsabilidade do Estado diante do fato ocorrido dentro do sistema prisional que cause dano ao preso.

No entanto, para que se configure a responsabilidade objetiva do ente político é necessário que seja comprovada o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Nos casos que não seja possível identificar esse elo o Estado não será responsável pelo dano ocorrido ao preso ou a outrem causado pelo preso.

Sendo assim, não é possível categorizar a responsabilidade do Estado quando da tutela do preso, uma vez que depende de análise casuística, pois a depender das circunstâncias a responsabilidade do Estado será objetiva, subjetiva ou até mesmo inexistir a responsabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei 10.406,** de 10 de janeiro de 2022. **Código Civil.** DOU de 11.01.2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no REsp 1305249/SC. Rel. Ministro OG Fernandes. 2ª turma STJ. DJe 19/09/2017. < https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271305249%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271305249%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014. Disponível em <

https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/578120508> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. REsp. 719738/RS. Rel. Min. Teoria Zavascki. DJe 22.09.2008. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500121767&dt_publicacao=22/09/2008> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. REsp 919.823-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4/3/2010. Disponível em < https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22919823%22%29+ou+%28RESP+adj+%22919823%22%29.suce. > Acesso em: 14 de setembro de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário. 136.861/SP. Rel. Min. Edson Fachin. Publicado em 11.03.2020. Disponível em < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445003> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Publicado no DJE 16.02.2017. Disponível em < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. Recurso Extraordinário 60880. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe. 01.10.2020. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432834/false> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. Recurso Extraordinário 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016.

Disponível em < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.

INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO.

Erika Nunes Dias

RESUMO: Busca o presente trabalho analisar as hipóteses de incidência de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre Templos de Qualquer Culto, que possuem imunidade tributária prevista em âmbito constitucional. A celeuma reside sobre o fato de o ICMS ser considerado um imposto indireto que distingue o contribuinte de fato e o contribuinte de direito da operação e a possibilidade de cobrança instituída pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, objetiva-se distinguir os contribuintes de fato do contribuinte de direito e verificar se é possível realizar a cobrança do imposto sobre templos de qualquer culto quando se encaixarem como contribuintes. Verifica-se a relevância da pesquisa diante das inúmeras consultas aos Fiscos Estaduais e aos mais diversos julgamentos pelo Poder Judiciário. Portanto, é necessário um estudo atento sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, eventuais abusos do Estado nas cobranças do imposto.

Palavras-Chave: ICMS. Templos de qualquer culto. Incidência do imposto.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the hypotheses of incidence of Tax on Operations related to the Circulation of Goods and Provision of Interstate and

Intermunicipal Transport and Communication Services (ICMS) on Temples of Any Worship, which have tax immunity provided for in the constitutional scope. The stir resides in the fact that ICMS is considered an indirect tax that distinguishes the actual taxpayer and the taxpayer de jure of the transaction and the possibility of collection instituted by the Federal Supreme Court. In this way, the objective is to distinguish the de facto taxpayers from the de jure taxpayer and verify if it is possible to charge the tax on temples of any cult when they fit as taxpayers. The relevance of the research is verified in the face of the numerous consultations with the State Tax Authorities and the most diverse judgments by the Judiciary. Therefore, a careful study on the subject is necessary in order to help legal operators and, thus, possible abuses by the State in tax collections.

Keywords: ICMS. Temples of any cult. Tax incidence

DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal elenca em seu artigo 150 as limitações do poder de tributar dos Entes Federados. Dentre as limitações encontram-se os princípios tributários, como legalidade e anterioridade; e as imunidades tributárias.

Na imunidade tributária estabelece-se que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre templos de qualquer culto (Art. 150, VI, b).

A imunidade religiosa, como é conhecida, é complementada no parágrafo 4º do referido artigo que prevê “as vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços,

relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas".

Pois bem, analisando os dispositivos constitucionais entender-se-ia, sem qualquer debate, que não incide sobre o templo imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

No entanto, a assertiva não é tão simples como parece.

É necessário desatacar que o ICMS é um imposto indireto, ou seja, é um imposto que incide sobre o serviço ou produto – consumo - e não sobre a sua renda.

Além disso, característica dos impostos indiretos é a divisão entre contribuinte de direito e contribuinte de fato. O primeiro é aquele que a lei prevê como sujeito passivo do tributo; o último é quem efetivamente arca com o ônus financeiro do imposto.

Exemplificando: quando um consumidor compra uma blusa em uma loja está embutido no preço o valor do ICMS que foi recolhido pelo fabricante, ou qualquer outra pessoa jurídica incumbida pela legislação, lá trás na cadeia tributária. Nesse caso é possível claramente identificar o contribuinte de direito: fabricante; e o contribuinte de fato: consumidor.

Essa breve explicação serve de base para entender a Tese de Repercussão Geral definida no RE 608.872, Tema 342 do Supremo Tribunal Federal (STF):

> A imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido.

> [Tese definida no RE 608.872, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 23-2-2017, DJE 219 de 27-9-2017, Tema 342.]

Sob o prisma desse entendimento do STF as pessoas jurídicas sob o manto da imunidade tributária são sujeitos passivos do ICMS no caso de serem contribuinte de fato.

Após essa explicação, se fosse feita a pergunta "Templos de qualquer culto são sujeitos passivos do ICMS"? A resposta deve ser: depende.

Caso o templo esteja realizando o fato gerador do ICMS dentro do território nacional então é contribuinte de fato e, portanto, deve pagar o imposto como tal.

No entanto, se o templo estiver importando um bem, que será utilizado na atividade religiosa, então deve se manter sob o guarda-chuva da imunidade.

No primeiro cenário, que prevê que o templo de qualquer culto é contribuinte de fato do imposto, o STF enfrentou caso no AgR no RE 1.240.154/RJ. Nos termos do Egrégio Tribunal:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTRIBUINTE DE FATO. IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência do STF, a imunidade tributária subjetiva não afasta a incidência de tributos sobre operações em que as entidades imunes figurem como contribuintes de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido. Tema 342 da

repercussão geral. ADI 5816. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Nesse mesmo entendimento, o STF decidiu na ADI 5.816, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 26.11.19:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DE IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CRENÇA. ICMS. TRIBUTAÇÃO INDIRETA. GUERRA FISCAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL E ANÁLISE DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO. ART. 113 DO ADCT (REDAÇÃO DA EC 95/2016). EXTENSÃO A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A imunidade de templos não afasta a incidência de tributos sobre operações em que as entidades imunes figurem como contribuintes de fato. Precedentes. 2. A norma estadual, ao pretender ampliar o alcance da imunidade prevista na Constituição, veiculou benefício fiscal em matéria de ICMS, providência que, embora não viole o art. 155, § 2º, XII, "g", da CF – à luz do precedente da CORTE que afastou a caracterização de guerra fiscal nessa hipótese (ADI 3421, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2010, DJ de 58/5/2010) –, exige a apresentação da estimativa de impacto orçamentário e financeiro no curso do processo legislativo para a sua aprovação. 3. A Emenda Constitucional 95/2016, por meio da nova redação do art. 113 do ADCT, estabeleceu requisito adicional para a validade formal de leis que criem despesa ou concedam benefícios fiscais, requisitos esse que, por expressar medida indispensável para o equilíbrio da atividade financeira do Estado, dirigi-se a todos os níveis federativos. 4. Medida cautelar confirmada e Ação Direta julgada procedente.

Em breve exemplificação, entidade religiosa que vende forma regular artigos religiosos para angariar fundos, que serão revertidos nas obras da Igreja, é contribuinte de direito (comerciante), e, portanto, deve recolher o imposto aos cofres públicos.

Em sentido contrário, é o que se vê quando o templo de qualquer culto se encontra na posição de importador. Nesse caso particular, o templo atua como contribuinte de direito, sujeito passivo do ICMS-Importação, e contribuinte de fato, quem arca com os custos da importação.

Percebe-se então que como no caso da importação o templo assume característica de contribuinte de direito, por ser o encarregado pela lei de recolher o imposto, ele será acobertado pela imunidade tributária, desde que o bem tenha relação com as finalidades essenciais da entidade e que se reverta a ela. Ademais a tributação nesse caso seria sobre o patrimônio do templo, o bem importado, o que é vedado constitucionalmente (Art. 150, § 4º, CF).

Em caso concreto a Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo já discutiu oportunamente a imunidade de ICMS sobre importação de produtos pelos templos na Consulta 11851/2016:

> 12. Dessa forma, para que a operação de repasse (ou venda), aos fiéis e às igrejas de mesma doutrina, de produtos religiosos, não se sujeite ao ICMS, mantendo-se albergada pela imunidade que se irradia do próprio templo, é necessário que: (i) seja efetuada diretamente pelo templo (igreja); (ii) seja realizada graciosamente ou, na hipótese de venda, que o valor cobrado seja igual ou inferior ao "preço de custo" ou ao "custo de reposição" (preço de aquisição atualizado) do produto; e (iii) os produtos em questão sejam essenciais à prática do próprio culto e devam ser utilizados dentro

> das edificações do templo (estabelecimento físico).
>
> 13. Na hipótese apresentada na consulta em análise, em sendo atendidos os requisitos expostos no item 12 precedente, a venda (ou repasse) de produtos religiosos aos fiéis e às igrejas de mesma doutrina pelo preço de reposição do produto (assim entendido como preço de aquisição atualizado), efetuada diretamente pela própria igreja está inserida na imunidade detida pela Consulente, com fulcro no artigo 150, VI, "b", da Constituição Federal/1988.

Portanto, é necessário analisar qual o prisma em que se encontra o templo religioso para identificar se será ele beneficiário da imunidade constitucional ou não.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 608872. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3837900.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR no RE 1.240.154/RJ. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865407790/agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-1240154-rj-rio-de-janeiro-0259649-4120138190004/inteiro-teor-865407820

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.816 RONDÔNIA. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em:

https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751470450

RESPOSTA À CONSULTA TRIBUTÁRIA 11581/2016, de 07 de Julho de 2016. Disponível em: https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC11581_2016.aspx

DIREITO À SAÚDE: PANORAMA JURISPRUDENCIAL SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Bianca Pfeffer

1. O PÓS-POSITIVISMO E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA

Após a consolidação dos Estados modernos, o Estado adquiriu um papel central na construção do Direito. Este fenômeno deixou de ser associado à moral e à religião e passou a ser entendido como a manifestação estatal. Assim, o Direito passou a ser ligado aos limites do Estado, surgindo assim o paradigma do juspositivismo.

Há doutrinadores que defendem que o direito não se limita à norma, porque o Estado apenas expressa no texto a confecção final do Direito, existindo fenômenos prévios que dão suporte material à existência das normas[227].

O juspositivismo surge apenas no século XIX, momento no qual os Estados nacionais europeus estavam sob o comando da burguesia, que visava manter os seus interesses por meio das normas estatais. Mas dá origem do juspositivismo até chegar ao seu pleno desenvolvimento, é possível apontar três momentos ou três vertentes dessa corrente: o juspositivismo eclético, o juspositivismo estrito e o juspositivismo ético.

O juspositivismo eclético rompe com as ideias do jusnaturalismo, que, segundo os críticos a esta corrente do

[227] MASCARO, Alysson Leandro. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 2019. P. 81.

pensamento, era marcado por insegurança e instabilidade. A corrente eclética privilegiava o estudo das normas e a ciência do Direito era restrita ao que era colocado pelo Estado. Não negavam que a origem do conteúdo dessas normas resultava de valores como a religião, a moral, a cultura e os valores sociais.

O direito se revela como mais próximo da realidade dos tribunais do que a mera análise estrita da lei consoante o juspositivismo estrito. A norma somente pode ser revelada na sua aplicação prática, por meio dos tribunais, e não consoante o entendimento do cientista. Tal corrente aproxima-se da filosofia da linguagem, pois a compreensão do direito passa a ser realizada por meio da perspectiva linguística.

Por fim, o juspositivismo eclético passa a se preocupar com questões éticas na constituição e aplicação do fenômeno jurídico. Não se trata de ética religiosa, mas sim padrões construídos de forma histórica e social, tendo como elemento de fundo a busca pelo consenso. Não se está a afastar a ordem estatal ou o direito posto, mas sim com a introdução de alguns princípios éticos que devem ser mantidos para a construção ou manutenção do Direito.

O Positivismo caracteriza-se pela distinção entre o Direito e a Moral, o que acarreta o distanciamento da noção de Justiça como fundamento do Direito[228]. Hans Kelsen, um dos expoentes do Juspositivismo, tem como pressupostos filosóficos o relativismo axiológico e o formalismo. Em sua "Teoria Pura do Direito" submete o Direito a uma dupla depuração: purificação fática ou sociológica, por meio da qual buscou afastar a Ciência do Direito de influências sociológicas; e a purificação valorativa ou axiológica, afastando o Direito de aspectos valorativos, ou seja, qualquer investigação moral e política, relegando-as à religião, à filosofia da justiça, à política, etc.

[228] NASCIMENTO, Filippe Augusto dos Santos. Manual de Humanística: Introdução às Ciências Humanas e à Teoria do Direito para Carreiras Jurídicas. São Paulo: Juspodvm, 2022. P. 307.

A teoria positivista tem função descritiva e prescritiva, buscando elementos para solucionar problemas constitucionais. Não caberia à teoria do Direito avaliar o conteúdo das normas, no sentido de verificar a compatibilidade com a Moral. A justiça não seria objeto da Ciência do Direito.

Ocorre que, com a ascensão do partido nazista ao poder, estes utilizaram o direito como instrumento para impor políticas repressivas e discriminatórias[229]. A ciência do Direito não se pronunciava com relação à justiça do conteúdo do ordenamento. Ante o mal causado, a neutralidade científica não se justificava.

Após a Segunda Guerra Mundial, surgem então as teorias que buscam reconectar o Direito e a Moral.

Ocorre que não é mais possível o resgate do direito natural, pois este não mais se sustentava em sociedade complexas e plurais, pois nesta existiam inúmeras identidades culturais e particulares. Buscando superar o Positivismo, mas sem retornar ao Jusnaturalismo, surgem novos paradigmas, destacando-se o pós-positivismo.

Este paradigma caracteriza-se pela busca de um elo entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios. Não busca a metafísica religiosa, mas sim a argumentação jurídica para fundamentar a justiça das decisões.

Inspirado nesses ideais, os princípios são introduzidos no próprio ordenamento, possuindo inequívoco conteúdo moral. O pós-positivismo se liga ao neoconstitucionalismo, que envolve a mudança no tipo das constituições e os arranjos institucionais.

[229] SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: Teoria, histórica e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 167.

O neoconstitucionalismo pode ser assim sintetizado [230] : a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização na aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação de normas e valores constitucionais para os demais ramos do ordenamento; d) reaproximação entre Direito e Moral; e) judicialização da política e das relações sociais, com deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.

Em razão das características acima, as constituições contemporâneas não são mais meras cartas com notório caráter procedimental. São impregnadas de normas de elevado teor axiológico, com importantes decisões substantivas e que se debruçam sobre uma variedade de temas que antes não eram tratados em sede constitucional.

Muitas delas, inclusive a CFRB/1988, além dos direitos individuais, trazem também direitos de natureza prestacional (art. 6º). A interpretação abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem à constitucionalização da ordem jurídica, ampliando a influência das Constituições sobre o ordenamento, permitindo uma releitura das normas e institutos.

A constitucionalização do Direito perpassa pela filtragem constitucional, ou seja, exige-se a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando a que mais prestigie valores e promova os seus objetivos.

Como muitas destas normas caracterizam-se pela indeterminação semântica, a aplicação direta pelo Poder Judiciário importa na adoção de uma nova hermenêutica jurídica. A necessidade de resolver problema entre princípios

[230] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional: Tomo I – Teoria da Constituição. Salvador: Editora Juspovm. 2020. P. 69.

colidentes deu espaço à ponderação, tendo se tornado frequente o uso da proporcionalidade.

Em busca da legitimidade dessas decisões, desenvolveram-se teorias da argumentação jurídica, que incorporam ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar. Ainda, cresceu a importância política do Poder Judiciário.

Cada vez mais questões polêmicas passaram a ser decididas pelos magistrados, sobretudo pelas Cortes. A expansão da jurisdição constitucional ocorre em quase todos os países após a Segunda Guerra Mundial.

Os defensores do neoconstitucionalismo buscam discutir métodos e argumentações que permitam buscar a melhor resposta para casos difíceis do Direito. No neoconstitucionalismo a racionalidade não ocorre apenas no que pode ser comprovado por meio empírico, mas incide também no que pode ser argumentado de forma racional na resolução das questões práticas[231].

A clássica leitura da separação dos poderes cede espaço a visões favoráveis ao protagonismo judicial em prol da efetivação da Constituição. A força normativa dos princípios abre parte para os debates de viés moral.

O neoconstitucionalismo tem foco no Poder Judiciário, no qual busca a concretização de ideias presente nas constituições contemporâneas. Entretanto, tal visão sofre críticas em virtude do caráter antidemocrático, pois os juízes não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo[232].

---

[231] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 12ª edição. Salvador: Ed. Juspodvm. 2020. P. 63.

[232] KOERNER, Andrei. O Ativismo Judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/ln/a/jwHKLyLPSxZVWBKpW4vXCmr/?lang=pt#> Acesso em 24 de nov. 2022.

Em que pese ser entendimento majoritário de que a democracia não se esgota no respeito ao interesse da maioria, sendo necessário também a participação igualitária do cidadão na esfera pública, há que se analisar o seguinte ponto:

Porém, há aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar[233].

Outra crítica ao neoconstitucionalismo se deve ao fato de que, na aplicação dos princípios e pelo uso da ponderação em detrimento das regras e da subsunção, haveria uma tendência ao decisionismo, gerando insegurança jurídica.

Concepções radicais do neoconstitucionalismo, que endossem a opção por um "governo de juízes" ou que aplaudam o decisionismo judicial, alimentado por uma invocação emotiva e pouco fundamentada de princípios e valores constitucionais, devem ser evitadas, porque incompatíveis com o ideário do constitucionalismo[234].

Sarmento continua apontando que não se deve respaldar a hiperconstitucionalização do Direito, suprimindo o desenvolvimento da política majoritária.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Leciona a doutrina que os direitos fundamentais são classificados em direitos de defesa, direitos de participação e direitos de prestação. Estes últimos implicam prestações

[233] SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ibidem. p. 166.

[234] Idem. Ibidem. P. 167.

positivas em favor de determinados titulares. Determinados direitos geram pretensões voltadas à realização do que está assegurado nas normas correspondentes a tais direitos, exigindo o adimplemento de obrigações de dar ou de fazer por parte do sujeito passivo desses direitos[235].

Classificam-se os direitos prestacionais em direitos em sentido estrito e direitos em sentido amplo. Os primeiros dizem respeito a bens que, caso o titular do direito dispusesse de condições financeiras e encontrasse oferta no mercado, poderia obter também de pessoas privadas, como ocorre com os direitos à saúde, à educação, à moradia, etc. São denominados de direitos a prestações materiais[236].

Já os direitos em sentido amplo compreendem os objetos que o mercado não dispõe ou não tem legitimidade para oferecer. São os direitos a proteção, a organização e a procedimentos.

Os direitos a prestações jurídicas são necessários para a proteção dos direitos fundamentais assegurados. A proteção se dá por meio do cumprimento do dever de proteção contra ofensas, mediante disciplinas normativas específicas, como ocorre com a criminalização de certos direitos (ex.: prática de racismo, tortura, entre outros).

A organização e o procedimento relacionam-se com as normas de direito fundamental que dependam da emissão de outras que organizem e estruturem instituições, institutos ou procedimentos necessários, como o direito fundamental de acesso à justiça[237].

---

[235] NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodvm. 2017. P. 479.

[236] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Ibidem. P. 751.

[237] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 831.

Um dos grandes desafios do Direito Constitucional atual é o de definir o papel das funções legislativas, executiva e judicial na implementação dos direitos fundamentais. Se tais direitos costumam ser enunciados por meio de normas desprovidas de aplicabilidade imediata, é necessário analisar a autonomia e a discricionariedade do Legislativo e do Executivo na efetividade desses direitos e, assim, determinar até que ponto o Judiciário pode interferir na independência e autonomia dos outros poderes. Assim, o tema deve ser analisado não apenas com base na inafastabilidade da jurisdição, mas também em função da separação dos Poderes e a repartição de competências.

Em regra, defende a doutrina[238] que o juiz deve aceitar o poder de conformação do legislador e só em casos excepcionais ou em aspectos limitados poderá concluir pela violação, que terá que ser manifesta.

Segundo decisões do Supremo Tribunal Federal quanto ao ponto, embora resida nos Poderes Legislativo e Executivo o dever primário de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente em caso de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam elas implementadas pelos órgãos omissos[239].

---

[238] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. P. 68.

[239] RE 410715 AgR Órgão julgador: Segunda Turma Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 22/11/2005 Publicação: 03/02/2006 Ementa E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE

IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a

No ponto, tem-se a análise da teoria da reserva do possível, visto que objeções de ordem fática, jurídica e econômica são válidas para justificar a impossibilidade de prestar obrigações decorrentes das normas de direito fundamental.

Em sentido amplo, a reserva do possível relaciona-se com as impossibilidades fáticas e materiais ou jurídicas que impeça, dificultem ou adiem a aplicação dos direitos fundamentais. Há doutrinadores[240] que sustentam que a reserva do possível pode ser invocada quando a prestação exigida do Estado não atender a proporcionalidade e a razoabilidade.

Com relação à concretização dos direitos, na medida em que a Constituição não oferece um comando indeclinável para o modo de alocação dos recursos orçamentários, as decisões devem ficar a cargo do órgão político, legitimado pela representação popular, competente para delinear a política financeira e social.

Ocorre que, em virtude da necessidade de manutenção do mínimo existencial, o Estado não pode denegar prestações voltadas ao atendimento de necessidades básicas, sob o fundamento de ausência de recursos, se estiver realizando despesas supérfluas. O ônus da prova quando à incidência da reserva do financeiramente possível recai sobre a entidade pública que invoca a impossibilidade econômica de cumprir o direito social.

Na análise da tensão dialética entre a reserva do financeiramente possível e o mínimo existencial, no Brasil são vários os precedentes em que a preocupação com o segundo elemento prepondera sobre o primeiro, especialmente quando

---

comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

[240] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. P. 265.

se refere a questão dos medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

Nesse diapasão, o direito à saúde refere-se ao direito fundamental à obtenção de medidas que reduzam os riscos de enfermidade e promovam, protejam ou levem à recuperação do bem-estar físico, mental e social.

Dispõe o art. 196 da Constituição Federal:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Trata-se de um direito público subjetivo, oponível contra o Estado, sendo que a prestação das medidas decorrentes do direito à saúde é da responsabilidade solidária de todos os entes federativos.

Diz-se que o direito à saúde possui aspecto duplo: no negativo refere-se ao direito de exigir do Estado e de terceiros a abstenção de práticas de atos que prejudiquem a saúde; no positivo, as medidas destinadas à prevenção e ao tratamento das doenças.

É dever de responsabilidade do Poder Público, abrangendo todos os entes federativos. Consoante o art. 23, II da CF/88, trata-se de competência comum o dever de “cuidar da saúde e assistência pública”. As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, mas podem ser executados tanto pelo Estado quando por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas (Art. 197 da CF).

Os serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (art. 198). A Constituição prevê também as diretrizes do

Sistema Único de Saúde: descentralização, com direção única em cada esfera do governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventiva, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade. Por isso se diz que a saúde tem caráter curativo e também preventivo.

Destaca-se que o direito à saúde difere da previdência social porque não exige contraprestação para o gozo das medidas oferecidas no âmbito do SUS. O direito à saúde deve ser prestado gratuitamente, sem contrapartidas diretas (§ 1º do art. 198 da CF/88).

Em que pese o caráter não contributivo, o Superior Tribunal de Justiça já uniformizou o entendimento segundo o qual o Estado só pode ser obrigado a conceder medicamento não incorporado ao Sistema Único de Saúde caso os pacientes comprovem a incapacidade financeira para arcar com os respectivos custos (REsp 1657156/RJ).

Com o mesmo fundamento, já decidiu o Supremo Tribunal Federal ser constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes (RE 581488/RS).

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, inclusive em instituições com intuito de lucro (art. 199, caput). As instituições privadas de assistência à saúde poderão participar do SUS de forma complementar, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199, § 1º).

Leciona a doutrina que o art. 196 da Constituição Federal consubstancia-se em uma norma principiológica que estabelece fins a serem buscados pelo Estado na maior medida do possível sem, no entanto, especificar os meios a serem utilizados para alcançá-los.

Por estar umbilicalmente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que inclui não apenas os direitos fundamentais sociais (art. 6º, CF), mas também no seleto grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.

Em prol da concretização deste direito, os Tribunais Superiores têm analisado demandas pleiteando a concessão de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, medicamentos em caráter experimental, não incluídos nos protocolos do Sistema Único de Saúde ou com indicação off-label, o que será objeto da análise no capítulo seguinte.

3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Tendo como base o respaldo doutrinário acima colacionado, passa-se para a análise das decisões dos Tribunais Superiores que visaram a concretização do direito à saúde, com respaldo na determinação o Poder Constituinte e, ainda, tendo como fundamento a Lei 8080/90 e 9656/98.

Inicialmente, considerando a previsão constitucional da universalização da saúde (CF/88, art. 196), o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral[241] no sentido de ser inconstitucional a possibilidade de um paciente do Sistema Único de Saúde pagar para ter acomodações superiores ou ser atendido por médico de sua preferência, o que é denominado de 'diferença de classes'.

Isso porque o SUS é baseado nos princípios da universalidade, da equidade e da integralidade. Por estes, a

[241] STF. Plenário. RE 581488/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/12/2015 (repercussão geral).

saúde deve ser prestada a toda e qualquer pessoa, em todos os níveis necessários e cada indivíduo é considerado como um todo indivisível e integrante de uma comunidade. Se um paciente tiver acesso a melhores condições ou a médicos diferentes mediante contraprestação, haverá a subversão da lógica do sistema, violando precipuamente a equidade. Outrossim, considerou-se o risco de os serviços hospitalares superdimensionarem os preços das acomodações superiores, de modo que os usuários do Sistema passassem a arcar com os custos de tratamento de forma integral.

Há possibilidade de atendimento personalizado e dividido em classes na rede privada de atendimento à saúde. Os atendimentos realizados na rede pública devem ser igualitários.

Quanto ao fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade (REsp 1657156/RJ), tendo fixado os seguintes requisitos para tanto:

(a) Comprovação, por meio de laudo médico devidamente fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como pela ineficácia, para tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

(b) Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

(c) Existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Nos fundamentos da decisão, a Corte Cidadã entendeu que a fixação dos requisitos acima não viola o princípio da separação dos poderes, porque uma das tarefas primordiais do Poder Judiciário é na concretização dos direitos fundamentais. Como o Judiciário intervém com o fim de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente quando se trata de direito à saúde, não há violação à separação dos Poderes.

Visando aplicar de forma efetiva as políticas do Sistema Único de Saúde, a lei 8080/1990 prevê como dever do Poder Público fornecer assistência integral, inclusive farmacêutica (arts. 1º e 4º).

O Superior Tribunal de Justiça entende que o fato de o medicamento não estar integrado a lista básica do SUS não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, não sendo possível admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais.

O laudo médico deve observar as diretrizes traçadas no Enunciado 15 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça: "As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica".

Ademais, o laudo não precisa ser assinado por médico vinculado ao SUS, mas sim por médico que assiste o paciente, seja ele público ou privado.

Ainda quanto ao laudo, exige-se a comprovação de duas circunstâncias: imprescindibilidade ou necessidade do medicamento pleiteado para o tratamento da doença e ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS.

Nesse sentido, o Enunciado 14 da Jornada de Direito à Saúde do CNJ: "Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde".

O segundo requisito fixado pelo STJ refere-se à incapacidade financeira de arcar com os custos do medicamento prescrito.

Por fim, exige-se o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que está expresso no art. 19-T, inciso II da Lei 8080/1990. Tal dispositivo busca proteger o cidadão de medicamentos experimentais, sem comprovação científica da eficácia, da efetividade e da segurança do medicamento, com o intuito de assegurar o direito à saúde e à vida das pessoas.

Na análise dos embargos de declaração do REsp 1657156/RJ, o Estado do Rio de Janeiro pediu para que fosse fixada a tese no sentido de não ser possível o fornecimento de remédios para uso off-label, ou seja, para tratamento de enfermidade diferente da indicada na bula e autorizada pela ANVISA. Os medicamentos off-label é aquele cujo médico prescreve para uma determinada finalidade que não consta expressamente na sua bula.

O STJ acolheu os embargos declaratórios interpostos pelo ente federativo para excluir a possibilidade de obrigar o Poder Público de fornecer medicamentos fora da prescrição. Com base no art. 19-T, incisos I e II da Lei 8080/1990, entendeu que este dispositivo consagra duas vedações distintas: proíbe o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento que foi empregado ou prescrito fora do uso autorizado pela ANVISA; e impede a dispensação (fornecimento), o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento que não tenha ainda sido registrado na ANVISA.

A exigência de registro na ANVISA e do uso dentro das especificações aprovadas pela agência reguladora é medida que visa proteger o usuário do sistema de saúde, visto que os medicamentos foram submetidos a estudos que comprovam qualidade, efetividade e segurança.

Destaca-se, contudo, que a ANVISA autoriza, de forma excepcional, o uso de medicamentos fora das prescrições aprovadas no registro. Ou seja, autoriza o uso de medicamentos off-label. Assim, excepcionalmente, é possível que o paciente exija o medicamento caso o uso fora da bula tenha sido autorizado pela própria ANVISA.

No julgamento do RE 657718/MG, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento em sede de Repercussão Geral a respeito do fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA.

Fixou a tese no sentido de que, em regra, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. Assim, a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária impede, como regra, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. Excepcionalmente, a concessão de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (após passado o prazo estabelecido na lei 13411/2016), será possível se preenchidos três requisitos:

(a) existir pedido de registro de medicamento no Brasil (salvo se se tratar de medicamentos órgãos para doenças raras e ultrarraras);

(b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;

(c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Ainda, nas demandas que busquem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, a ação deverá ser proposta em face da União. Em regra, em razão da competência comum dos entes federados, estes são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área de saúde. Diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências

e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser necessariamente propostas em face da União.

A ANVISA é uma autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, e tem por objetivo promover a saúde da população, sendo responsável pela vigilância sanitária de medicamentos (Lei 9782/1999). Há necessidade de aprovação da ANVISA para que o medicamento possa ser comercializado, sendo de fundamental importância para garantir a saúde e para o próprio sistema.

Todavia, o processo pode demorar alguns anos para ser finalizado. Assim, é comum que alguns médicos saibam que já existem, em outros países, medicamentos mais modernos e eficazes para tratar de determinadas doenças, sem que estes tenham sido registrados na ANVISA. Questionava-se, portanto, se seria possível o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na ANVISA.

Como regra, entende-se que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos que ainda não foram registrados na ANVISA, porque é uma proteção à saúde pública. Por meio do registro é que se atesta a eficácia, a segurança e a qualidade dos medicamentos, servindo também para o controle dos preços.

A Lei 6360/76 proibiu a industrialização, exposição à venda e entrega ao consumo de qualquer medicamento antes de registrado no Ministério da Saúde (art. 12, § 1º). Ainda, previu requisitos específicos para a obtenção do registro, tais como o reconhecimento, por meio de comprovação científica e de análise, de quais produtos são seguros e eficazes para o uso para o qual se destina, além de possuir identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias (art. 16, II).

Tendo em vista o motivo da exigência de registro e o bem jurídico tutelado, recomenda-se que haja uma especial deferência em relação às decisões da ANVISA e menor

intensidade de revisão jurisdicional, evitando que o Poder Judiciário se sobreponha à atuação da entidade competente.

Excepcionalmente, no entanto, é possível que seja concedido o pedido judicial e o Poder Público ser condenado a fornecer o medicamento se houver mora irrazoável da ANVISA para apreciar o pedido de registro. Além disso, exige-se três outros requisitos:

(a) se existir pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órgãos para doenças raras e ultrarraras);

(b) se existir registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;

(c) Se inexistir substituto terapêutico com registro no Brasil.

A mora irrazoável ocorre quando a agência não termina o processo de registro no prazo determinado pela Lei 13411/2016, que alterou a Lei 6360/76 e a Lei 9782/99. Prevê que os prazos máximos para a decisão final de registro serão:

I – para categoria prioritária, de 120 e de 60 dias, contados da data do respectivo protocolo de priorização;

II – para a categoria ordinária, de 365 e de 180 dias, contados da data do protocolo de registro.

Tais prazos podem ser prorrogados por até um terço do prazo original, uma única vez.

Quanto à exigência de o medicamento ter sido submetido a registro no Brasil, em regra, se o laboratório não pediu o registro, não é possível conceder o medicamento. Excepcionalmente, em se tratando de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras, será possível conceder o fármaco.

Tem-se como medicamento órgão aquele eficaz para o tratamento ou diagnóstico de doenças raras ou

ultrarraras, que afetam um número muito pequeno de pessoas. Nestes casos, há um interesse menor dos laboratórios de providenciar a aprovação na ANVISA e, por isso, o STF entendeu que seria possível concedê-los mesmo que não tenha sido pedido o registro do medicamento.

O segundo requisito específico é a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior, como a Food and Drug Administration dos EUA; European Medicina Agency, da União Europeia; e a Japonese Ministry of Health & Welfare do Japão.

Assim, é possível garantir a segurança para a saúde da população brasileira, considerando que há uma garantia mínima de que aquele determinado medicamento já foi estudado e avaliado de forma séria e criteriosa por uma agência especializada.

Por fim, como último requisito, tem-se a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. O remédio pedido judicialmente deve ser imprescindível ou necessário e aqueles que já foram registrados não podem substitui-lo.

Se o paciente tiver outra opção satisfatória para o tratamento e que possua registro sanitário, não pode compelir o Poder Público a importar o fármaco pedido pelo paciente, mesmo quando os graus de eficácia não sejam idênticos.

Se preenchidos tais requisitos e constatando-se que o medicamento aguarda prazo irrazoável de análise e de deferimento na agência reguladora, está presente a justificativa de determinação judicial de dispensação de medicamentos não registrados no Brasil.

Destaca-se que a possibilidade de concessão de medicamento, caso presentes os requisitos acima elencados, não se estende para os medicamentos experimentais, que são aqueles sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, como a pílula do câncer.

Nesse caso, a administração da substância representa riscos graves, diretos e imediatos à saúde dos pacientes. Não apenas porque, ao final dos testes, pode-se concluir que a substância é tóxica e produz graves efeitos colaterais, mas também porque pode-se verificar que o tratamento com o fármaco é ineficaz, o que pode representar o agravamento do quadro do paciente e possível diminuição das possibilidades de cura e melhoria da doença. A própria Lei 8080/90 proíbe o fornecimento de medicamentos experimentais no âmbito do SUS (art. 19-T).

Tal entendimento não acarreta a vedação do fornecimento de medicamentos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso comparativo.

A decisão proferida no RE 657718/MG do STF afeta o terceiro requisito fixado pelo STJ no REsp 1657156/RJ. O terceiro requisito permitia a concessão de medicamento não incorporado em ato normativo do SUS se existisse registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Com a decisão do STF o terceiro requisito deve ser lido com o acréscimo de uma exceção: se não registrado, houver mora irrazoável da ANVISA e se existir o pedido de registro no Brasil (salvo se medicamento órfão), já registrado em renomadas agências de regulação no exterior e se inexistir substituto terapêutico com registro no Brasil.

Se a agência tiver negado o registro do medicamento, entende-se que o Poder Judiciário não poderá concedê-lo. Isso porque há necessidade de privilegiar a análise técnica da agência reguladora nacional. Mesmo se não tiver concluído a análise, mas já tiver emitido manifestação no sentido de indeferir o registro, a decisão judicial precisa ser deferente ao exame técnico realizado, tendo como base o respeito às capacidades institucionais.

Ainda, há que se analisar a respeito da legitimidade para compor o polo passivo de uma demanda pleiteando a concessão de medicamentos.

Em regra, a Constituição Federal de 1988 prevê que a responsabilidade para prestar saúde é comum (art. 23, II). Assim, tem-se uma responsabilidade solidária dos três entes federativos. Por isso, o autor da demanda pode ajuizar a ação contra a União, somente o Estado-membro ou somente contra o Município, a sua escolha.

Na demanda, cabe ao magistrado direcionar o cumprimento e determinar o ressarcimento. Isso porque dentro da estrutura administrativa do SUS existe uma divisão de competência de cada ente, cabendo à União coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos; aos Estados coordenar sua rede de laboratórios e hemocentros, definir os hospitais de referência e gerenciar os locais de entendimento complexos da região; e aos Municípios prestar os serviços de atenção básica à saúde.

Tais competência não são facilmente identificáveis e o jurisdicionado pode ter dificuldade de saber quem é o verdadeiro competente para prestar o serviço ou conceder o medicamento.

Assim, o magistrado, depois de proposta a ação, pode direcionar o cumprimento com base nas regras de competência. Outrossim, caso um dos entes custeie a obrigação que seria de outro, o magistrado pode determinar o ressarcimento por aquele ente que tinha a obrigação.

A decisão do STF está em conformidade com o Enunciado n. 60 da II Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça:

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.

Ocorre que há uma exceção a essa regra da legitimidade para compor o polo passivo. Se o indivíduo estiver pleiteando o fornecimento de um medicamento que ainda não foi aprovado pela agência reguladora, neste caso, terá que ajuizar a ação necessariamente em face da União.

Isso porque a ANVISA integra a estrutura da Administração Pública Federal, não sendo possível permitir que Estados e Municípios (entes federativos que não são responsáveis pelo registro de medicamentos) sejam condenados a custear medicamentos ou tratamentos em casos nos quais não possuem responsabilidade pela demora na análise pela agência reguladora, e também não tem competência para sanar a mora.

Assim, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 109 da CF/88, a demanda deverá ser proposta na Justiça Federal.

CONCLUSÕES

Com as revoluções modernas, o Estado passou a ser obrigado a concretizar direitos sociais em prol da população, de modo que os direitos e garantias fundamentais previstos nas Constituições não são mais meras previsões sem força vinculante, mas sim garantias que devem ser concretizadas pelo Poder Público.

Ocorre que, por questões políticas e, muitas vezes, em virtude do mau uso de recurso ou ausência de interesse, os Poderes Legislativo e Executivo são omissos quanto aos mandamentos constitucionais, o que tem ocorrido no Estado brasileiro, notadamente em questões envolvendo o direito à saúde.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar e, alegando o cumprimento de um dever constitucional, diante da omissão dos poderes legitimamente

eleitos, tem condenado o Poder Público a fornecer medicamentos e tratamentos médicos.

Dentro dessa temática, entendeu pela possibilidade de condenar os entes federativos, de forma solidária, a fornecer medicamentos registrados pela ANVISA. Excepcionalmente, admitiu o dever de fornecer os medicamentos, ainda que sem registro, desde que a agência reguladora esteja em mora para a análise do pedido de registro; exista, de fato, pedido de registro do medicamento, salvo se for este órfão ou para doenças raras ou ultrarraras; houver registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e inexistir substituto terapêutico com registro no Brasil.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a possibilidade de fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde, entendeu pela possibilidade desde que preenchidos os seguintes requisitos: comprovação da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento; ineficácia do fármaco fornecido pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Ainda quanto ao tema, está pendente de decisão no RE 566471 (Tema 6 de Repercussão Geral), que analisará o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença mental que não possui condições financeiras para comprá-lo.

Nota-se, pelas decisões dos Tribunais Superiores, uma crescente tendência no sentido de concretizar o direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, notadamente em razão da superação do paradigma positivista e a atual jurisdição constitucional, que se deu, notadamente, após a crise da legalidade e as atrocidades dela decorrentes durante a Segunda Guerra Mundial, sendo este o marco histórico do neoconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional: **Tomo I – Teoria da Constituição**. Salvador: Editora Juspovm. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. Salvador: Ed. Juspodvm. 2020.

KOERNER, Andrei. **O Ativismo Judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica**. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/ln/a/jwHKLyLPSxZVWBKpW4vXCmr/?lang=pt#> Acesso em 24 de nov. 2022.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2019.

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

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodvm. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, histórica e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

A SÚMULA 211/STJ E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:

ORIGENS E DIVERGÊNCIAS

RESUMO

O presente artigo busca analisar como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando em relação ao conhecimento de recursos especiais desde o advento do Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que tange ao requisito do prequestionamento. Para tanto, buscar-se-á compreender, após revisão bibliográfica e jurisprudencial, a maneira pela qual a Súmula 211/STJ foi influenciada pelo art. 1.025. Ao final, pretende-se responder aos seguintes questionamentos: estaria o prequestionamento imune ao teor do CPC/15? Como o STJ vem adequando, no que se refere ao prequestionamento, a sua jurisprudência defensiva de conhecimento de recurso especial, desde a entrada em vigor do novo *Codex*?

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça, recurso especial, prequestionamento, Código de Processo Civil de 2015, Súmula 211/STJ.

ABSTRACT

The present work intends to analyze how the case law of the Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça) has been positioning itself in relation to the admissibility of Special Appeals (Recursos Especiais) since the advent of the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure, especially regarding the prequestioning (prequestionamento) requirement. For this, after the bibliographic and case law review, the work intends to undestand how the “Súmula nº 211/STJ” was influenced by the art. 1.025.

In the end, it intends to answer the following questions: Is the prequestioning immune to the CPC/15? How has the STJ been adapting its defensive case law about the prequestioning, since the advent of the new *Codex*?

Keywords: Superior Court of Justice, Special Appeal, prequestioning, 2015 Brazilian Code of Civil Procedure, Súmula 211/STJ.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a função de uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. Para tanto, criou-se a figura do recurso especial (REsp), por meio do qual o tribunal resolve as divergências de interpretação sobre determinado dispositivo de lei.

Tal mecanismo foi trazido ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei 8.038/90, que instituiu normas procedimentais para determinados processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) finalmente passou a dispor sobre os procedimentos a serem adotados para o julgamento de recursos especiais.[242]

No dia 25 de abril de 1990, cerca de um ano após o julgamento do recurso especial nº 1, o STJ editou a Súmula de

[242] Convém registrar que já havia procedimentos para o recurso extraordinário, instituto recursal cuja origem está imbricada com o advento da República. Esse ponto será tratado com mais detalhes no capítulo 2, item 2.3, desta obra.

número 1.[243] Desde então, e em conformidade com o art. 479[244] do CPC/73, diversos entendimentos foram sumulados com o intuito de uniformizar a jurisprudência nacional em matéria infraconstitucional.

Algumas dessas Súmulas, consolidando entendimentos relacionados à seara processual, introduziram regras à apreciação dos recursos no âmbito do STJ. Assim, formou-se um conjunto de óbices processuais sumulares estabelecendo determinados critérios a serem observados no âmbito dos recursos especiais. Por meio deles, foram uniformizados entendimentos oriundos, via de regra, de divergências interpretativas do próprio CPC/73 e da Constituição Federal.

Entretanto, entrou em vigor, em março de 2016, o novo Código de Processo Civil (CPC/15) – e, com ele, novas regras processuais e procedimentais abrangendo os recursos aos tribunais superiores. O Capítulo VI do Título II do Livro III da Parte Especial do CPC/2015, ao tratar dos recursos direcionados ao STF e ao STJ, inovou em diversas questões até então pacificadas.

No que se refere ao acesso da instância recursal especial, certos óbices processuais usualmente utilizados foram alvos de pretensas mudanças pelo Código de Processo Civil de 2015. Prestigiando o mérito em detrimento da forma, buscou-se afrouxar determinadas regras formais tidas como hígidas até então.

Dentre tais inovações, o presente trabalho buscará analisar, sobretudo, o novo art. 1.025, que alvejou o

[243] Súmula 1/STJ: "O foro do domicilio ou da residência do alimentando e o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos"

[244] Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

entendimento jurisprudencial até então pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça relacionado ao prequestionamento – especialmente em sua modalidade *ficta*. A matéria, que era regulada pela Súmula 211/STJ, aparenta, em uma leitura rápida do novo art. 1.025, ter sido alterada de forma a superar referido Enunciado Sumular. Assim, por óbvio, emergiram diversas dúvidas relacionadas ao próprio conhecimento dos recursos especiais, no que se refere ao prequestionamento.

Teria o prequestionamento ficto sido adotado pelo novo Código, devendo o STJ aceitá-lo, superando, assim, o seu enunciado sumular 211? Ou, em sentido oposto, a Súmula 211/STJ permanece incólume, não tendo o prequestionamento ficto sido abarcado pelo CPC/15? E os prequestionamentos explícito e implícito, estariam eles imunes à nova legislação? Como o STJ vem adequando a sua "jurisprudência defensiva" quanto ao prequestionamento à luz do novo *Codex*?

Tendo em vista a amplitude do tema, e como recorte metodológico, selecionou-se apenas o enunciado sumular oriundo do próprio STJ, qual seja, a Súmula 211/STJ. Todavia, para melhor compreensão de certo tópico, foram feitas breves menções às Súmulas 282/STF e 356/STF, também relacionadas ao prequestionamento e utilizadas por analogia no âmbito da Corte Cidadã.

Da mesma forma, o artigo do CPC/15 utilizado como referência para a compreensão da mudança jurisprudencial foi o 1.025. Apesar de haver outros dispositivos aptos a influenciar as questões postas, centrou-se a questão apenas ao 1.025, posto que outras searas demandariam análises mais extensas, fugindo ao escopo deste trabalho.

De início, serão feitas considerações a respeito do surgimento do prequestionamento no direito brasileiro e da origem da Súmula 211/STJ. Na sequência – após diferenciar as questões de fato das de direito, além de definir as três categorias de prequestionamento: explícito, implícito e ficto – passar-se-á à

compreensão da jurisprudência da Corte Cidadã no que tange ao prequestionamento à luz do CPC/1973.

No capítulo final, serão trazidas as inovações feitas pelo novo CPC que potencialmente têm o condão de modificar, ainda que parcialmente, a interpretação até então pacificada. Por fim, discutir-se-á como o STJ e a doutrina vêm debatendo os novos aspectos processuais, e se, enfim, há resposta consolidada ou sendo construída para as questões apresentadas.

Assim, espera-se, ao final, ver respondidas – obviamente sem a pretensão de esgotar as discussões ao redor do tema – as perguntas embasadoras da obra: estaria o prequestionamento imune ao teor do CPC/15? Como o STJ vem adequando, no que se refere ao prequestionamento, a sua jurisprudência defensiva de conhecimento de recurso especial, desde a entrada em vigor do novo *Codex*?

2. PREQUESTIONAMENTO: ORIGEM E SEU SIGNIFICADO NO CPC/73

2.1 Conceito e origem do prequestionamento

A função primordial dos tribunais superiores é, como já ressaltada, a uniformização da interpretação das normas jurídicas. Para tanto, referidos tribunais são chamados para analisarem como os tribunais de apelação aplicam determinado dispositivo em um caso concreto (STJ, c2019).

Assim, com base nesse raciocínio, é indispensável, em um recurso à instância superior, que a norma/tese jurídica indicada como violada na peça recursal tenha sido apreciada anteriormente pelo tribunal de origem. Afinal, não há como os Ministros indicarem falha interpretativa de uma matéria que não foi, de fato, *interpretada* pelo tribunal de origem.

À exigência de que um tema seja analisado pelo tribunal de origem antes de ser discutido em instância superior, dá-se o nome de *prequestionamento*. Nas palavras de Nelson NERY JUNIOR (2008, p. 968), implica dizer "[...] que somente a matéria que tiver sido efetivamente decidida pelos TRFs e TJs é que pode ser redecidida pelo STF e STJ no julgamento dos RE e REsp".

Ainda, TESSARI e MACEDO (2019, p. 256) definem o prequestionamento como sendo "manifestação expressa sobre a matéria objeto do recurso pela decisão recorrida da instância inferior, ao efeito de priorizar as funções judiciais das instâncias superiores que não atuam como meros órgãos revisores e sim como fiscais das Leis e da Constituição Federal de 1988". Portanto, para que um recurso especial seja conhecido, é imprescindível que a matéria esteja prequestionada.

Conforme o Ministro Buzaid afirma em seu voto no ERE 96.802 (AgRg)-RJ, o prequestionamento foi inspirado na *Judiciary Act* norte-americana de 1789, que permitia a interposição do chamado *writ of error* à Suprema Corte contra decisões da justiça estadual relativas ao direito federal. No ordenamento pátrio, o prequestionamento foi inserido pela Constituição de 1891 (MARTINS, 2016, *online*). Em seu art. 59, § 1º, referida Carta previa expressamente:

> Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
>
> § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
>
> a) quando se *questionar* sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

A palavra "questionar" prevaleceu nos textos constitucionais até 1946. Sob a égide desta última, inclusive, o

Supremo Tribunal Federal editou duas súmulas importantíssimas sobre o tema: a 282[245] e a 356.[246] Embora as Constituições posteriores a de 1946 tenham suprimido o termo "questionamento" de seus textos – o que provocou certa discussão a respeito da permanência da necessidade do prequestionamento – é certo que tal exigência se manteve (MARTINS, 2016, *online*). Assim, referidas Súmulas vigoram até hoje, conforme o entendimento sufragado pelo Ministro Alfredo Buzaid quando da decisão do ERE 96.802 (Ag. Rg.), em 1983.

Já em 05 de outubro de 2005, após diversos julgamentos proferidos ao longo dos anos de 1998-2005 – e em um contexto de alta na tendência de adoção de jurisprudências defensivas pelos tribunais superiores como forma de conter o excesso de demandas a eles dirigidas – a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça editou seu Enunciado Sumular nº 211: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*". Em apertada síntese, os motivos que levaram o STJ a adotar tal posicionamento defensivo são definidos por TESSARI e MACEDO (2019, p. 254):

> Esta súmula, editada pela Corte Especial em 05.10.2005, foi antecedida por diversos julgamentos proferidos no curso dos anos 1998/2005, quando já percebida uma forte tendência dos Tribunais superiores de adotarem julgados defensivos, movida pelo fato de que o período referido representou um excessivo acréscimo de recursos dirigidos às instâncias extravagantes, ensejando o fenômeno da multiplicidade dos recursos17, cujo movimento teve

[245] Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Jurisprudência selecionada".

[246] Súmula 356/STF: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

> na Emenda Constitucional 45/2004 a introdução da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, a sua primeira reação normativa.

Referindo entendimento sumular do STJ é o principal mote deste trabalho, em especial no que diz respeito à compreensão dada a ele à luz do novo Código de Processo Civil. Todavia, antes de entrar na discussão propriamente dita, é necessário compreender que, não obstante haja razoável consenso doutrinário no que tange à necessidade do prequestionamento das matérias levadas aos tribunais superiores, há calorosa discussão quanto aos tipos de prequestionamento aceitos. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se a existência de três categorias.

2.1.1 Os prequestionamentos explícito, implícito e ficto

Há três maneiras primordiais de ocorrer o prequestionamento de determinada matéria. No direito pátrio, em especial na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, são reconhecidos (TESSARI; MACEDO, 2019, p. 263):

> a) O prequestionamento explícito/expresso: ocorre quando determinada matéria é analisada pelo tribunal *a quo*, que traz explicitamente o dispositivo legal em discussão;
> b) O prequestionamento implícito: se dá quando, a despeito da matéria ser analisada pelo tribunal de origem, o dispositivo legal não é explicitamente citado;
> c) O prequestionamento ficto: há nos casos em que a corte de origem é instada a se manifestar sobre determinada matéria/dispositivo através de embargos de declaração, mas, mesmo assim,

> permanece silente quanto ao tema. Nesses casos, a matéria ou os dispositivos constantes na peça de embargos seriam considerados fictamente prequestionados.

Essas diferenciações são corriqueiras no âmbito do STJ. Apenas a título de ilustração, cita-se julgado elucidativo que distingue pedagogicamente os supracitados tipos de prequestionamento existentes para a Corte Cidadã:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. PERÍODO EM QUE A SERVIDORA GOZAVA LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. RECOLHIMENTO RETROATIVO DAS RESPECTIVAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRETENSÃO AFASTADA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 21, § 1º, DA LEI 10.667/2003. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF, APLICADA POR ANALOGIA, E 211/STJ. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CPC/73 A RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO/ACÓRDÃO PUBLICADOS NA SUA VIGÊNCIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. [...]
>
> II. Para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento da matéria infraconstitucional. A exigência tem, como desiderato principal, impedir a condução, a esta Corte, de questões federais não debatidas, no Tribunal a quo. Hipótese em que o Tribunal de origem não emitiu qualquer juízo de valor acerca do art. 21, § 1º, da Lei 10.667/2003. Incidência das Súmulas 282/STF, por analogia, e 211/STJ.
>
> III. Na forma da jurisprudência desta Corte, "**somente se poderá entender pelo prequestionamento implícito quando a matéria**

> **tratada no dispositivo legal for apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de forma que se possa reconhecer qual norma direcionou o decisum objurgado**" (STJ, AgRg no REsp 1.383.094/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/09/2013). Com efeito, "o Superior Tribunal de Justiça aceita o **prequestionamento explícito e implícito**, contudo, não admite o chamado **'prequestionamento ficto', que se daria com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal a quo tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas**" (STJ, AgRg no REsp 1.514.611/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/06/2016).
>
> IV. Interposto o Recurso Especial contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, aplica-se, na espécie, o entendimento segundo o qual, **"nos termos do Enunciado Administrativo nº 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016, 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça'"** (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.507.304/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/08/2016). Assim, inaplicável, no caso, o art. 1.025 do CPC/2015. [...] (AgInt no AREsp 689.034/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016. Grifo nosso.)

Assim, tem-se bem delineada a diferenciação entre as três categorias de prequestionamento, quais sejam, o explícito, o implícito e o ficto. É importante elucidar que o precedente trazido, embora tenha sido julgado sob a vigência do

CPC/15, embasou-se nos requisitos de admissibilidade do CPC/73, conforme o Enunciado Administrativo nº 2/STJ,[247] em negrito. Tal observação mostra-se pertinente para a distinção a ser feita posteriormente sobre como o STJ vem entendendo os diferentes tipos de prequestionamento.

2.2 Questão de fato e questão de direito

Conforme adiantado no capítulo inicial, aos recursos especiais apenas cabe a análise das questões de direito. Dessa forma, as questões de fato não são objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, que apenas se preocupa com a questão federal envolvida. Nos termos elucidados pelo processualista BARBOSA MOREIRA (1998, pp. 581-582):

Permitem, pois, o recurso extraordinário e o especial tão-somente a revisão in iure, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão a quo. A singeleza dessa afirmação, vale ressalvar, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura: a própria distinção entre questões de fato e questões de direto nem sempre é muito fácil de traçar com perfeita nitidez.

Nessa toada, faz-se necessário, para que haja verdadeira compreensão do entendimento do STJ a respeito do prequestionamento, tecer breves considerações a respeito dos conceitos de *questão de fato* e *questão de direito.* Tal distinção é imprescindível já que o próprio prequestionamento está imbricado a esses conceitos.

[247] Enunciado Administrativo nº 2/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

Em primeiro, cita-se clássica doutrina de Nelson Luiz PINTO (2004, p. 269):

> Nunca é demais citar o magistério de Karl Larenz a esse respeito: "A distinção entre questão de facto e de direito perpassa todo o direito processual; o princípio dispositivo pressupõe, especialmente esta distinção. O juiz julga sobre a "questão de facto" com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (jura novit curia). Só os factos, isto é, os estados e acontecimentos fácticos, são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judicial.

Longe de esgotar o assunto, por vezes calorosamente debatido pelos operadores do direito, há de se entender, por *questão de fato*, à luz do excerto supra, aquela matéria que se baseia na atividade probatória e na avaliação de provas, bem como no que é alegado pelas partes (PINTO, 2004, p. 269).

De outro lado, a *questão de direito*, por sua vez, é independente das alegações trazidas pelas partes, posto que baseada no próprio conhecimento do Direito e de suas leis. Ainda, a apreciação jurídica dos fatos – a própria qualificação jurídica deles – está na seara do direito, uma vez que não dependem dos fatos, e sim da valoração a eles atribuída pelo julgador (COSTA, 2008, p. 20).

Assim, na linha do capítulo anterior deste trabalho, a análise precípua de questões de direito está imbricada com a função do recurso especial de garantidor do interesse geral sobre os interesses dos litigantes. Isso porque, nas palavras de RIBEIRO (2000, p. 112):

> [...] o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito. Com efeito, o erro de fato, por achar-se circunscrito a determinada causa, não transcende os seus efeitos, enquanto o erro de direito contagia os demais juízes, podendo servir de antecedente judiciário

Portanto, uma vez feita a distinção entre questão de fato e questão de direito, e estando qualificados os três tipos de prequestionamento adotados pela jurisprudência, é possível passar à análise do mote principal deste trabalho, qual seja, a maneira pela qual o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo o conhecimento do recurso especial, no que tange ao prequestionamento, à luz do novo CPC. Para tanto, comparar-se-á o entendimento do STJ acerca do prequestionamento à luz do CPC/73 com seu entendimento após o advento do CPC/15. O estudo será feito sobretudo através do exame de precedentes e entendimentos jurisprudenciais da Corte Cidadã.

2.3 O prequestionamento na jurisprudência do STJ à luz do CPC/73

2.3.1 Os enunciados sumulares 211/STJ e 282/STF

Pelas considerações anteriores, é de se concluir que, para o Superior Tribunal de Justiça analisar uma determinada matéria em sede de recurso especial, faz-se imprescindível que o tribunal *a quo* tenha se pronunciado sobre ela anteriormente – ou seja, a matéria tem que ter sido prequestionada.[248] Inclusive, à luz do antigo Código processual,

[248] A necessidade do prequestionamento no âmbito do STJ é tão patente que abrange, inclusive, as questões de ordem pública – posição

havia dois enunciados sumulares referentes ao prequestionamento comumente utilizados no âmbito daquela Corte: as Súmulas 282/STF e 211/STJ.[249]

A primeira – datada, como já visto, da década de 60 – aplicada por analogia no âmbito dos recursos especiais, diz "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*". Ou seja, não pode ser admitido um recurso especial em que a matéria não foi devidamente analisada pela decisão vergastada. Trata-se de uma definição de prequestionamento, mas sobretudo o prequestionamento explícito, na linha do apresentado anteriormente neste trabalho. Todavia, tal enunciado não era

adotada pela Corte que demandaria, por si só, um trabalho próprio. Apenas a título de conhecimento, cita-se julgado exemplificativo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. POLICIAL FEDERAL. APOSENTADORIA. LEIS N. 3.313/1957 E 4.878/1965. SUPERVENIÊNCIA DA LC 51/1985. CÔMPUTO PROPORCIONAL DE 20%. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inexiste violação do art. 535, II, do CPC/1973 se a tese da prescrição, não apresentada nos embargos declaratórios opostos contra o acórdão recorrido, é apontada apenas no recurso especial.
2. Entendendo a parte pela necessidade de pronunciamento do tema em reexame necessário, deveria ter submetido a questão ao Tribunal a quo ainda que em aclaratórios, porque, mesmo as matérias de ordem pública, submetem-se ao requisito do prequestionamento. [...]
4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1383671/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 20/05/2019. Grifo nosso.)

[249] Convém ressaltar ainda a existência da Súmula 356/STF, também utilizada no âmbito do STJ, mas que, pelas questões metodológicas explicitadas na introdução deste trabalho, não será objeto de grande aprofundamento.

suficiente para sanar certas divergências. Seria o prequestionamento implícito válido? E o ficto?

No que se refere ao prequestionamento implícito, a dúvida igualmente não exige maiores digressões. O STJ, interpretando a Súmula 282/STF, entendeu ser válido o prequestionamento explícito e implícito, posto que, em ambos os casos, a questão objeto de recurso é devidamente analisada pelo tribunal *a quo*, estando apta, portanto, a ser analisada pela Corte *ad quem*. Há inúmeros precedentes nesse sentido, mas cita-se um em que a aceitação do prequestionamento implícito é patente:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BRASIL TELECOM. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. OFERTA PÚBLICA. VIOLAÇÃO ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.
>
> 1. **A jurisprudência desta Corte Superior tem admitido a ocorrência do chamado "prequestionamento implícito" quando o conteúdo normativo do dispositivo legal apontado como violado tenha sido apreciado e decidido pelo acórdão recorrido, ainda que não haja a indicação numérica do referido artigo legal**. [...]
>
> 4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.
>
> (AgRg no AREsp 385.897/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)

Todavia, no que se refere ao prequestionamento ficto, o debate é mais profundo. Em um contexto de crescente adoção de balizas ao conhecimento de recursos por parte dos tribunais superiores como forma de conter o excesso de

demandas a eles dirigidas, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça editou, em 05 de outubro de 2005, após diversos julgamentos proferidos ao longo de quase uma década, seu Enunciado Sumular nº 211 (TESSARI e MACEDO, 2019, p. 254)

Assim, frente a tal contexto, passou a vigorar, no âmbito da Corte cidadã – e à luz da problemática do prequestionamento ficto – a Súmula 211/STJ, que trouxe a seguinte redação: "*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo*". Ou seja, se, para obter o prequestionamento, a parte opuser embargos de declaração para incitar o tribunal *a quo* a apreciar determinada matéria sobre a qual permanecera silente, mas, ao decidir tais embargos, o tribunal ainda assim não se pronunciar, a matéria não estará prequestionada. Em outras palavras, a Súmula 211/STJ vetou o prequestionamento ficto no âmbito daquela Corte Superior:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 211/STJ. DECISÃO MANTIDA.
>
> 1. A jurisprudência do STJ **não admite o prequestionamento ficto, pela simples oposição de embargos de declaração**, sendo necessário o efetivo debate da questão controvertida nas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula n. 211/STJ.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 561.906/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 02/10/2014. Grifo nosso.)
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DE

> COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 128 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. A leitura atenta do acórdão combatido, integrado pelo pronunciamento da origem em embargos de declaração, revela que **o art. 128 do CPC, bem como a teses a ele vinculada não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que atrai a aplicação da Súmula n. 211 desta Corte Superior, inviabilizando o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento**.
>
> 2. **A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que para interposição de recurso especial, não se admite o chamado prequestionamento ficto, vale dizer, a mera oposição de embargos de declaração não é apta para caracterização do requisito do prequestionamento**.
>
> [...]
>
> 4. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp 1563809/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015. Grifo nosso.)

Diante de tal tese, permeou, dentre os profissionais do direito, a dúvida quanto à providência a ser tomada pela parte para prequestionar algum dispositivo que a instância de origem se recusava a analisar. Ora, se o tribunal *a quo*, mesmo instado a se manifestar, permanecesse silente, como deveria a parte proceder para que pudesse ver respeitado seu direito de levar determinada demanda aos tribunais superiores, garantindo-se, assim, o devido processo legal e os demais princípios processuais?

A própria jurisprudência da Corte Cidadã trouxe a resposta. Para solucionar a questão, passou-se a exigir que a parte interessada, em sua petição de recurso especial, apontasse como violado o art. 535 do CPC/73,[250] de forma que, desta feita, o STJ pudesse analisar se o tribunal *a quo* realmente permanecera silente sobre determinada matéria sobre a qual deveria ter se pronunciado por força de embargos de declaração. Em caso positivo, o STJ anulava o acórdão dos aclaratórios, e o processo retornava à 2ª instância para novo julgamento. Desta maneira, esquivava-se da aplicação da Súmula 211/STJ. Veja-se precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. **VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO RECONHECIDA.**
>
> 1. Se, a despeito da provocação para sua manifestação, o Tribunal de origem permanece silente a respeito de questões relevantes que demandavam pronunciamento, impõe-se **a anulação do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração** para que sejam esclarecidas referidas matérias.
>
> 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 722.229/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 04/02/2016. Grifo nosso.)
>
> PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO RELEVANTE PARA A SOLUÇÃO DA LIDE. AUSÊNCIA DE VALORAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA.
>
> 1. A ausência de valoração de tema relevante para a solução da lide configura omissão, **nos termos do art. 535 do CPC**.

[250] Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

> 2. **Na leitura do acórdão recorrido conclui-se que não houve pronunciamento quanto à análise de pontos importantes para o deslinde da controvérsia sobre os quais, mesmo instado a se manifestar por meio dos Embargos de Declaração opostos, o Tribunal local permaneceu silente**: "para as pensões adquiridos após as novas regras da EC 41/2003, não mais se aplica a antiga regra da paridade, mas sim o disposto no artigo 15 da Lei 10.887/2004 no sentido de que: 'Os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta lei serão reajustados na mesma data em que se der o reajuste dos beneficios do regime geral da previdência social.'"(fl. 661, e-STJ).
>
> 3. Correta a decisão que determinou a **devolução dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento dos Embargos de Declaração**.
>
> 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 176.684/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 11/10/2013. Grifo nosso.)

Os dois precedentes supra tratam de situações em que o tribunal *a quo*, instado a se manifestar sobre determinada matéria por meios de aclaratórios, não o fez. Assim, as partes, em recurso especial, indicaram como violado o art. 535 do CPC/73. O STJ, então, percebendo o vício, anulou o acórdão dos aclaratórios e determinou o retorno dos autos ao tribunal *a quo* para que os embargos fossem rejulgados – de forma a ser sanado o vício, com o consequente prequestionamento da matéria.

Por outro lado, conforme se depreende dos próximos precedentes, quando a parte recorrente não indicava como violado, em sua peça recursal, o art. 535 do CPC/1973, o STJ não poderia analisar qualquer equívoco por parte do tribunal de origem no que tange ao julgamento dos embargos de

declaração. Assim, a existência de vício por parte do acórdão dos aclaratórios não poderia ser objeto de análise, e, consequentemente, a Súmula 211/STJ imperava:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUMULA 211/STJ. PREQUESTIONAMENTO FICTO. INADMISSIBILIDADE. IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DE CITAÇÃO. AFASTAMENTO COM BASE NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.
>
> 1. A Corte a quo não se pronunciou sobre as matérias insertas nos dispositivos legais supostamente violados, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração, **nem houve indicação no apelo raro de afronta ao art. 535 do CPC**. Incidência da Súmula 211/STJ no ponto.
>
> 2. Esta Corte Superior não admite o chamado "prequestionamento ficto", que se daria com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal de origem tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas. Precedentes: AgRg no REsp 1240646/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/5/2011; AgRg no REsp 1.303.693/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21/5/2013; AgRg no AREsp 265.139/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/6/2013; AgRg no AREsp 180.224/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 23/10/2012. [...]
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1095391/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 21/10/2014. Grifo nosso.)
>
> AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MORAIS. TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA. LEGITIMIDADE PASSIVA

> DA AGRAVANTE E DECADÊNCIA DO DIREITO DO AUTOR. REVISÃO OBSTADA COM BASE NA SÚMULA STJ/7. TESES SUSTENTADAS NO RECURSO ESPECIAL E NÃO PREQUESTIONADAS NO TRIBUNAL ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA STJ/211.
>
> [...]
>
> 2.- Da análise dos autos verifica-se que teses levantadas no Recurso Especial não foram objeto de debate no v. Acórdão recorrido, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do Recurso Especial, nos termos da Súmula 211 desta Corte. Frise-se, por oportuno, que, **mesmo tendo sido interpostos Embargos Declaratórios, estes não tiveram o condão de suprir o devido prequestionamento, visto que o Tribunal de origem em seu julgamento permaneceu silente a respeito do tema. Dessa forma, deveria a parte, no Recurso Especial, suscitar violação do art. 535 do Código de Processo Civil e demonstrar, de forma objetiva, a imprescindibilidade da manifestação sobre a matéria impugnada e em que consistiria o vício apontado, o que, no caso, não ocorreu.**
>
> 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1380175/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 26/08/2013. Grifo nosso.)

Por fim, convém pontuar que a simples indicação de violação do art. 535 do CPC/73 na peça recursal não era suficiente. Ao recorrente cabia fundamentar e explicitar o motivo pelo qual a matéria não analisada pela corte de origem era imprescindível para o deslinde da controvérsia. Via de regra, era exigida da parte a demonstração de alguns pontos para que fosse configurada a violação ao art. 535.

Tal exigência, apesar de variar conforme o Ministro julgador, usualmente circundava três tópicos, quais sejam, a demonstração de que: a) a questão supostamente omitida foi tratada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a estes recursos, b) houve interposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanear a omissão; c) a tese omitida é fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderia levar à sua anulação ou reforma. Cita-se julgado em que o Ministro Mauro Campbell utilizou-se desses três critérios:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 458 E 535 CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DESPESAS PROCESSUAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE ADOTADO PELO TRIBUNAL A QUO. ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ. CONTROVÉRSIA DIRIMIDA COM AMPARO EM DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF 1. **O recorrente quedou-se inerte quanto a correta demonstração da violação ao 535, do CPC, bem seja, que: a) a questão supostamente omitida foi tratada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a estes recursos, b) houve interposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanear a omissão; c) a tese omitida é fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderia levar à sua anulação ou reforma**. [...]
>
> 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 896.636/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016. Grifo nosso.)

Assim, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça, à luz do antigo Código processual, admitia os prequestionamentos explícito e implícito. Todavia, por força da

Súmula 211/STJ, não era possível o prequestionamento ficto, e, em tal caso, cabia à parte interessada, para esquivar-se de referido óbice, apontar – fundamentadamente – como violado, no recurso especial, o art. 535 do CPC/73.

Somente assim o STJ poderia analisar a existência de algum erro no acórdão dos aclaratórios, e, em caso positivo, anulá-lo, com o consequente retorno dos autos à origem para que esta sanasse o vício, proferindo novo julgamento dos embargos de declaração – dessa vez, com o correto prequestionamento.

3. O CPC/15 E O PREQUESTIONAMENTO

3.1 O Código de 2015 e a inovação de seu art. 1.025

O Código de Processo Civil de 2015 apresentou uma série de novidades no que tange ao conhecimento de recursos. Em relação aos dirigidos aos tribunais superiores, houve ampla tentativa de combate à jurisprudência defensiva em diversos aspectos. Alguns exemplos são citáveis.

Os arts. 932, parágrafo único,[251] e 938, § 1º,[252] transmitem uma obrigação clara, aos tribunais, de

[251] Art. 932. Incumbe ao relator: Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

[252] Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

oportunizarem às partes a correção de feitos processuais sanáveis (CUNHA e DIDIER JR, 2016, p. 50). Na mesma linha, e especificamente na seara do recurso especial, o art. 1.032,[253] *caput* e parágrafo único, busca, por sua vez, uma flexibilização da Súmula 126/STJ,[254] na medida em que obriga que sejam oportunizadas ao recorrente a demonstração da existência de repercussão geral e a manifestação sobre a questão constitucional, caso o relator do STJ entenda que o recurso especial versa sobre questão constitucional. Ainda, o art. 1.029, § 3º,[255] possibilita ao STF e ao STJ a desconsideração de vício formal de recurso tempestivo ou a determinação de sua correção, desde que não o repute grave.

Para o escopo deste trabalho, dentre as inúmeras novidades apresentadas pelo novo *Codex*, convém destacar no que tange ao prequestionamento, o art. 1.025 – incluso no capítulo dos embargos de declaração – que dispõe: "*Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o*

[253] Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

[254] É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles sufi ciente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário

[255] Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Em outras palavras, a letra da lei diz que os elementos utilizados na peça de embargos de declaração hão de ser considerados como incluídos no acórdão para fins de prequestionamento – ainda que referidos embargos não sejam procedentes – na hipótese de o tribunal superior considerar existente alguma das hipóteses do art. 1.022 do CPC. Trata-se, assim, de uma tentativa de possibilitar o prequestionamento ficto no âmbito dos recursos aos tribunais superiores.

Conforme se observa, tal artigo não trouxe maiores inovações no que se refere aos prequestionamentos explícito e implícito, que permaneceram, como antes, sob a tutela da Súmula 282/STF. Todavia, o artigo 1.025 passou a estabelecer que, caso o tribunal *a quo* seja instado a se manifestar sobre determinada matéria através de embargos de declaração, mas, mesmo assim, o erro, a omissão, a contradição ou a obscuridade permaneçam, os elementos utilizados pelo embargante na peça dos aclaratórios são considerados prequestionados.

Convém citar a doutrina de MARINONI sobre referido dispositivo:

> Muitas vezes os embargos declaratórios são utilizados como meio de prequestionamento de questões constitucionais ou de questões federais, isto é, são utilizados como meio de provocar a pronúncia do órgão julgador a respeito da aplicação de determinadas normas constitucionais ou federais ao caso concreto. Nesses casos, os embargos são normalmente fundados na omissão (art. 1.022, II, CPC/2015).

Contudo, pode ocorrer de, mesmo existindo omissões, o órgão jurisdicional não as reconhecer, o que poderá

ocasionar a indevida inadmissão ou rejeição do recurso. A fim de evitar duplicações recursais (um primeiro recurso especial voltado a analisar a violação do art. 1.022, CPC/2015, e um segundo voltado a analisar a questão anteriormente omitida de forma indevida), o Código de 2015 [...] reconheceu a possibilidade de os embargos de declaração viabilizarem o reconhecimento direto das omissões apontadas pelo órgão responsável por julgar o recurso extraordinário ou o recurso especial que os embargos declaratórios visam a preparar, quando opostos das decisões dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça. (2016, p. 178)

Em suma, seria a normatização do prequestionamento ficto. Diante de tal quadro, restou a dúvida quanto a permanência da Súmula 211/STJ,[256] que, ao menos em primeira leitura, aparenta estar em sentido contrário ao trazido pelo Código de 2015.

3.2 O art. 1.025 do CPC/15 e a nova interpretação do prequestionamento ficto

Frente à dúvida introduzida pelo art. 1.025 do novo CPC relacionada à possibilidade ou não do prequestionamento ficto no âmbito do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça vem sendo chamado a decidir a questão. Conforme visto, não houve alterações relacionadas aos prequestionamentos explícito e implícito, que permanecem válidos para fins de conhecimento de recurso especial no âmbito do STJ.

Todavia, a grande problemática ficou a cargo do prequestionamento ficto. Teria ele sido adotado pelo novo Código, devendo o STJ aceitá-lo, superando, assim, o seu

[256] Cita-se novamente: "*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal* a quo".

enunciado sumular 211? Ou, em sentido oposto, a Súmula 211/STJ permanece incólume, não tendo o prequestionamento ficto sido abarcado pelo CPC/15?

Após as discussões iniciais quando da entrada em vigor do CPC, em 2016, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando uma posição intermediária frente a tais questões. O prequestionamento ficto é válido, todavia, há alguns critérios a serem cumpridos – assim, a Súmula 211/STJ permanece.

Antes de mais nada, a discussão ao redor do tema só é relevante nos casos em que o acórdão recorrido tenha sido publicado sob a égide do novo Código. Caso contrário, não há que se falar em prequestionamento ficto, vez que o Enunciado Administrativo 2/STJ[257] é claro ao afirmar que

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Apenas cumprido tal requisito – o primeiro de três a serem debatidos neste capítulo –, é efetivamente possível adentrar no debate:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. ART. 1.025 DO CPC/2015. PREQUESTIONAMENTO FICTO. ENUNCIADO

[257] Convém mencionar o Enunciado Administrativo 3/STJ, que disciplina a aplicação do novo CPC aos recursos contra decisões proferidas já na vigência do novo Código: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

ADMINISTRATIVO Nº 2/2016. IMPOSSIBILIDADE. DISPOSITIVO LEGAL. INDICAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 284/STF. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DUPLICATA. PROTESTO IRREGULAR. DANOS. ESPONSABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. IMPOSIÇÃO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Não há negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

3. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de declaratórios, impede seu conhecimento, a teor da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

4. **Não há falar em prequestionamento ficto, nos termos do art. 1.025 do CPC/2015, nos casos em que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/1973.**

[...]

10. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 910.981/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2018, DJe 21/09/2018. Grifo nosso.)

Estipulado o marco temporal, prossegue-se quanto à discussão propriamente dita da adoção do prequestionamento ficto pelo novo Código. A segunda exigência diz respeito à discussão iniciada no capítulo anterior referente às questões de fato e de direito.

O STJ, na análise do art. 1.025, vem estabelecendo que tal dispositivo, ao normatizar o prequestionamento ficto, o fez apenas no que tange às questões de direito. Assim, a palavra "elementos" contida no artigo se referiria tão somente às questões de direito, e não às de fato. Em outras palavras, caso a parte recorrente, em seus embargos de declaração com intuito prequestionador opostos contra o acórdão do tribunal de origem, aponte questões de direito e questões de fato, apenas podem ser consideradas fictamente prequestionadas, à luz do art. 1.025 do CPC, as do primeiro tipo.

Isso porque, conforme visto nos capítulos antecedentes, ao STJ não compete a análise de provas em sede de recurso especial. Se o art. 1.025 do CPC fosse válido para questões de fato, haveria um desvirtuamento do papel constitucional atribuído ao Tribunal de uniformizar a interpretação da lei federal, bem como supressão de instância, posto que cabe às cortes de apelação a análise das provas. Ao STJ compete apenas a análise do direito, e não dos fatos – função determinada pela Constituição (art. 105, III) e ratificada pelo Enunciado Sumular nº 7/STJ.[258]

Assim, frente a tal contexto, o Superior Tribunal de Justiça, abrangendo o prequestionamento ficto apenas às questões de direito, manteve o entendimento sumular 211/STJ para fins de questões de fato. Dessa forma, é imprescindível que o tribunal *a quo* se manifeste sobre as questões de fato. Não são consideradas válidas, para fins de prequestionamento, que referidas questões sejam apontadas em sede de embargos de

[258] Súmula 7/STJ: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

declaração, mas não sejam analisadas pela corte de piso. Veja-se acórdão da Segunda Turma:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. APELO NOBRE NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. QUESTÃO DE FATO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 1.025 DO CPC/2015.
>
> 1. Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática que não conheceu do Recurso Especial, em virtude do óbice da Súmula 211/STJ, uma vez que, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, a parte recorrente não indicou afronta do art. 1.022 do CPC/2015.
>
> 2. Na presente hipótese, **os Aclaratórios opostos na origem versam sobre discussão manifestamente fática**, qual seja, suposto equívoco relativo à aplicação da coisa julgada sobre a sentença proferida na execução da sentença e não sobre aquela proferida na ação de conhecimento.
>
> 3. Não obstante a previsão do **art. 1.025 do CPC/2015** ("consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou"), tal dispositivo legal merece interpretação conforme a Constituição Federal (art. 105, III) para que o chamado **prequestionamento ficto se limite às questões de direito, e não às questões de fato**.
>
> 4. Não há, portanto, como presumir, com base no art. 1.025 do CPC/2015, os fatos trazidos em Embargos de Declaração como ocorridos, **sob pena de extrapolação da competência constitucional do STJ de intérprete da legislação federal** infraconstitucional, fundamento esse que dá suporte ao previsto na Súmula 7/STJ ("a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial") e afasta a possibilidade

de o STJ infirmar as premissas fáticas estabelecidas na origem.

5. **O recorrente não suscitou violação do art. 1.022 do CPC/2015, o que seria essencial à eventual devolução dos autos à Corte de origem para apreciação da matéria de fato. Não sendo esse o caso dos autos, é patente a falta de prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo"**.

6. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1736563/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 27/11/2018. Grifo nosso.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. REVISÃO DE LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. **SÚMULA 211/STJ. PREQUESTIONAMENTO FICTO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.025 DO CPC/2015. ERRO DE FATO.** RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.130.545/RJ. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE NORMAS LOCAIS. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 280/STF. ALEGADA PREVALÊNCIA DE ATO DE GOVERNO LOCAL EM DETRIMENTO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF.

[...]

> 3. Os Aclaratórios opostos na origem versam sobre discussão manifestamente fática. A previsão do art. 1.025 do CPC/2015, de que "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou", merece interpretação conforme a Constituição Federal (art. 105, III) para que **o chamado prequestionamento ficto se limite às questões de direito, e não às questões de fato**.
>
> 4. Não há como presumir, com base no art. 1.025 do CPC/2015, os fatos trazidos em Embargos de Declaração como ocorridos, **sob pena de extrapolação da competência constitucional do STJ de intérprete da legislação federal infraconstitucional, fundamento esse que dá suporte ao previsto na Súmula 7/STJ ("a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial") e afasta a possibilidade de o STJ infirmar as premissas fáticas estabelecidas na origem.** [...]
>
> 13. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1809141/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019. Grifo nosso.)

Assim, na órbita do prequestionamento ficto, além de ser necessário que o acórdão recorrido tenha sido publicado sob a égide do novo CPC, faz-se imprescindível que a questão a ser fictamente prequestionada seja de direito. Caso alguma de tais características não sejam cumpridas, a Súmula 211/STJ impera.

Por fim, o último critério que o STJ vem entendendo como necessário para que seja reconhecido o prequestionamento ficto é que, na peça recursal, a parte recorrente aponte como violado, por parte da decisão recorrida, o art. 1.022 do CPC/15. Tal exigência é semelhante à existente no antigo Código, quando a parte necessitava apontar o art. 535 do CPC/73 como violado para que o STJ anulasse o acórdão

dos aclaratórios *a quo* e determinasse o retorno dos autos à origem para que fosse proferido novo acórdão devidamente prequestionando a matéria em comento (*ex vi* capítulo anterior).

A principal razão de tal condição é a parte final do disposto no art. 1.025, que condiciona o prequestionamento ficto aos casos em que "o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade". Diante de tal quadro, a análise da existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade só é possível, de acordo com o STJ, caso a parte recorrente alegue como violado o art. 1.022 do CPC. Caso contrário, a Corte estaria impossibilitada de adentrar em tal discussão.

Em resumo, caso a matéria disposta nos embargos de declaração opostos na origem não tenha sido apreciada – e seja questão de direito –, compete à parte recorrente apontar, em sua peça recursal, a violação do art. 1.022 do CPC/15. Só assim o STJ poderá analisar a existência, no acórdão dos aclaratórios, de algum vício apto a ensejar o prequestionamento ficto da matéria. Se houver esse vício, a matéria poderá ser analisada pelo STJ, não sendo necessário, ao contrário do entendimento vigente à luz do antigo Código, que os autos retornem à origem para novo julgamento prequestionando a matéria – o próprio STJ poderá julgá-la, posto que já (fictamente) prequestionada.

Caso a parte não indique como violado o art. 1.022, aplica-se a Súmula 211/STJ, uma vez que não será possível a análise de vícios no acórdão dos aclaratórios, e, consequentemente, a análise ficta de qualquer matéria fica prejudicada. Nesse sentido, encaminha-se a jurisprudência:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. SUPOSTA AFRONTA AOS ARTIGOS 104, INCISO II, 151 E 166, INCISO II, DO CC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF. PREQUESTIONAMENTO

FICTO PREVISTO NO ART. 1.025 DO CPC/2015. NECESSIDADE DE SE APONTAR VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO RECONHECIDO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. As matérias referentes aos arts. 104, inciso II, 151 e 166, inciso II, do CC, não foram objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmula n. 282/STF).

2. Ressalto que o STJ **não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC de 2015 (antigo art. 535 do Código de Processo Civil de 1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento.**

3. "**A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei**". (REsp 1639314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017). [...]

5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1347988/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019. Grifo nosso.)

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. PREQUESTIONAMENTO FICTO. MÉRITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.
>
> 1.Segundo o entendimento desta Corte Superior, "**'a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei**' (REsp 1639314/MG, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 4.4.2017, DJe 10.4.2017)" (AgInt no AREsp n. 1.346.882/PR, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 7/2/2019, DJe 14/2/2019), o que ocorreu. [...]
>
> 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 1385282/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2019, DJe 12/09/2019. Grifo nosso.)

Vale lembrar, por fim, que a indicação do art. 1.022 como violado, assim como ocorria com o art. 535 do CPC/73, tem de ser bem fundamentada, de forma a demonstrar a imprescindibilidade da questão não analisada pelo tribunal de origem para o deslinde do processo:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. OFENSA AO ART.

489, § 1º, IV, E ART. 1022, II, AMBOS DO CPC/2015. SUPOSTA OFENSA AO ART. 938 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE PRELIMINARES DE MÉRITO. INAPLICABILIDADE DOS ÓBICES INVOCADOS PARA ANÁLISE DA VIOLAÇÃO AO ART. 1022, II, DO CPC/2015. PREJUDICIALIDADE PELO RECONHECIMENTO DA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CPC/2015. MATÉRIA ENFRENTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EXCESSO DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA GAI APÓS A EDIÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 3.510/10 E NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS AO TETO CONSTITUCIONAL. MATÉRIAS OPORTUNAMENTE SUSCITADAS E NÃO ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONFIGURADA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA COMPLEMENTAÇÃO DO JULGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INTEGRATIVOS E INFRINGENTES. [...]

3. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o provimento do recurso especial por contrariedade ao **art. 1022 do CPC/2015 pressupõe que sejam demonstrados, fundamentadamente, os seguintes motivos: (a) que a questão supostamente omitida tenha sido invocada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a estes recursos, ou, ainda, que se cuide de matéria de ordem pública a ser examinada de ofício, a qualquer tempo, pelas instâncias ordinárias; (b) a oposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanar a omissão em relação ao ponto; (c) que a tese omitida seja fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderá**

> **conduzir a anulação ou reforma do julgado; (d) a inexistência de outro fundamento autônomo, suficiente para manter o acórdão.** [...]
>
> 7. Embargos de declaração acolhidos para integralização do julgado, modificando-se o acórdão ora embargado apenas para afastar a negativa de prestação jurisdicional em relação aos honorários advocatícios.
>
> (EDcl no AgInt no REsp 1688047/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 19/11/2018. Grifo nosso.)

Destarte, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça, à luz do novo Código processual, admite os prequestionamentos explícito, implícito e ficto. No que tange aos dois primeiros, a Súmula 282/STF permanece incólume.

Quanto ao último, embora o prequestionamento ficto tenha sido abarcado pelo art. 1.025 do novo CPC, a Súmula 211/STJ também o fora. Essa aparente contradição se deve ao fato de que, para que ocorra o prequestionamento ficto, é imprescindível que: 1) a publicação do acórdão recorrido tenha ocorrido sob a égide do CPC/15; 2) a questão cujo prequestionamento é perquirido seja de direito, e não de fato; 3) que o recorrente, na peça de recurso especial, aponte – de forma fundamentada – como violado o art. 1.022 do CPC/15.

Somente nos casos em que os três requisitos tenham sido cumpridos integralmente é que será possível o reconhecimento do prequestionamento ficto, podendo a matéria fictamente prequestionada ser analisada pelo STJ, sem o retorno dos autos à origem. Apenas assim ter-se-á por aplicado o art. 1.025 do CPC e por afastado o óbice sumular 211/STJ. Caso algum dos pontos não seja cumprido, a Súmula 211/STJ irá ser aplicada.

3.3 Observações finais

O Código de Processo Civil de 2015 buscou flexibilizar a denominada jurisprudência defensiva dos tribunais superiores. Um dos pontos alvejados foi justamente o prequestionamento, cujo entendimento dominante foi alvo do art. 1.025 do novo CPC. Até então, o Superior Tribunal de Justiça era avesso, nos termos da Súmula 211/STJ, ao prequestionamento ficto, mas, diante do novo art. 1.025, a discussão tornou-se calorosa.

Após os debates iniciais, firmou-se a tese de possibilidade do prequestionamento ficto, mas desde que algumas regras sejam cumpridas – caso contrário, a Súmula 211/STJ há de ser aplicada. Todavia, a posição adotada hoje pelo STJ – descrita nas páginas antecedentes – não é imune a críticas.

Ora, diante de um CPC que preza pela instrumentalidade das formas e pelo desfazimento do excesso de formalismo, seria compatível a utilização de requisitos não descritos na lei para criar balizas ao prequestionamento ficto? Teria o STJ essa competência? Estariam o acesso à justiça e o devido processo legal sendo comprometidos?

Por óbvio, há argumentos para ambos os lados. Afinal, em que pese o novo Código ter buscado alcançar determinados objetivos, é certo que ele não pode ser aplicado isoladamente, sendo imperiosa a sua interpretação conforme os princípios do direito e a Constituição de 1988. Ainda, o excesso de recursos aos tribunais superiores é uma realidade que não escapa aos olhos dos operadores do direito.

À luz dos vários argumentos possíveis, entendemos que, em uma interpretação sistêmica, o Superior Tribunal de Justiça agiu corretamente ao alterar sua jurisprudência e incorporar a possibilidade de prequestionamento ficto. Acertou, ainda, ao manter a utilização da Súmula 211/STJ quando não

cumpridas determinadas regras – todavia, não compactuamos com todas as três estabelecidas.

Dentre as três exigências estudadas neste trabalho, compactuamos com as duas primeiras, quais sejam, a de que a publicação do acórdão recorrido tenha se dado sob a égide do CPC/15 e a de que a questão cujo prequestionamento é perquirido seja de direito, e não de fato. Quanto à primeira, trata-se de uma questão lógica, uma vez que não pode ser exigido de recursos antigos regras novas, nem vice-versa. Em relação à segunda, a Constituição é bem clara ao incumbir ao STJ a análise do direito. Caso fosse possível o prequestionamento ficto de matéria fática, estar-se-ia diante de clara supressão de instância.

Entretanto, nossa divergência está em relação ao último ponto exigido pela atual jurisprudência. A necessidade de que o recorrente, na peça de recurso especial, aponte como violado o art. 1.022 do CPC/15 nos parece ser uma exigência excessivamente formal. Não há disposição constitucional nem legal que ampare, explicitamente, tal exigência.

A despeito de a parte final do art. 1.025 condicionar o prequestionamento às hipóteses em que a Corte superior entender haver algum dos vícios presentes no art. 1.022, referido artigo não faz qualquer ressalva quanto à necessidade de apontamento, por parte da parte, de referido vício. Trata-se de uma incumbência feita ao Tribunal, e não às partes. Ou seja, pela letra da lei, caso o Tribunal considerasse haver qualquer dos vícios, a ele competiria considerar "incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento". Ao se desincumbir de tal tarefa e atribuí-la às partes, o STJ acaba por não oferecer a melhor interpretação do art. 1.025, e, ainda, cria requisito não exigido por lei.

CONCLUSÃO

As cortes superiores brasileiras – assim como o Judiciário como um todo – têm um histórico de excesso de demandas a elas dirigidas. Frente a tal contexto, ao longo das décadas, diversas soluções foram pensadas e aplicadas. A criação de Enunciados Sumulares, por exemplo, auxiliou a unificar a solução de demandas repetidas, bem como a diminuir a quantidade de matérias idênticas levadas aos Tribunais.

Ainda diante de tal quadro, algumas exigências passaram a ser cobradas dos litigantes para adentrarem na seara especial. Dente elas, destacou-se, ao longo deste trabalho, o prequestionamento, adotado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça por força, principalmente, das Súmulas 282 e 356/STF e 211/STJ, as primeiras aplicadas por analogia, e a última embasada por quase uma década de precedentes.

Assim, este trabalho, após analisar os aspectos históricos relacionados às súmulas, ao Superior Tribunal de Justiça, ao recurso especial e ao próprio prequestionamento, esmiuçou alguns conceitos necessários à análise da problemática. Delimitou-se as questões de fato e as de direito, além de ter sido feita a diferenciação dos conceitos de prequestionamento explícito, implícito e ficto.

Da análise da jurisprudência do STJ à luz do Código de Processo Civil de 1973, observou-se que o STJ aceitava as modalidades explícita e implícita do prequestionamento, mas não abarcava a categoria ficta, por força da Súmula 211/STJ, não conhecendo os recursos especiais enquadrados em tal situação. Diante de tal quadro, passou-se ao cerne desta monografia: como o prequestionamento vem sendo entendido à luz do Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que tange ao conhecimento de recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça?

Adentrando na questão, analisou-se brevemente algumas inovações trazidas pelo CPC/15. Apesar de o Código ter mantido a aceitação dos prequestionamentos explícito e implícito, percebeu-se que, dentre os aspectos que ele buscou modificar, está justamente a interpretação até então dada pelo STJ ao prequestionamento ficto, alvo de seu artigo 1.025. Em uma leitura inicial, poder-se-ia concluir que referido dispositivo abarcou o prequestionamento ficto, com a consequente superação da Súmula 211/STJ.

Todavia, após cuidadosa análise jurisprudencial, pôde-se concluir que, pelo entendimento que vem sendo firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a interpretação a ser dada ao novo artigo 1.025 é intermediária. Ou seja, o dispositivo abarcou o prequestionamento ficto, todavia, manteve a Súmula 211/STJ.

Concluiu-se que essa aparente contradição se deve ao fato de que, para a ocorrência do prequestionamento ficto, é imprescindível que: 1) a publicação do acórdão recorrido tenha ocorrido sob a égide do CPC/15; 2) a questão cujo prequestionamento é perquirido seja de direito, e não de fato; 3) que o recorrente, na peça de recurso especial, aponte – de forma fundamentada – como violado o art. 1.022 do CPC/15.

Somente nos casos em que os três requisitos tenham sido cumpridos integralmente é que será possível o reconhecimento do prequestionamento ficto, podendo a matéria fictamente prequestionada ser conhecida e analisada pelo STJ. Apenas assim ter-se-á por aplicado o art. 1.025 do CPC e por afastado o óbice sumular 211/STJ. Caso algum dos pontos não seja cumprido, a Súmula 211/STJ irá ser aplicada.

Alfim, após compreender a interpretação dada pelo STJ ao prequestionamento e à Súmula 211/STJ à luz do novo CPC, compactuamos, dentre os três requisitos entendidos pelo STJ como necessários ao conhecimento do prequestionamento ficto, com os dois primeiros, quais sejam o critério temporal e a impossibilidade de análise ficta de fatos, e criticamos o último – necessidade de indicação do art. 1.022 como violado na peça de

recurso especial –, por entendemo-lo como excesso de formalismo e como uma tentativa da Corte Cidadã de atribuir às partes uma função a ela incumbida pelo novo Código.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, Parte Geral: institutos fundamentais**, vol. II [livro eletrônico]. t. II. 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973**, vol V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil:** Dos Recursos. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada em 05 de outubro de 1988. disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 out 2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Publicada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 out 2019.

_____. **Lei nº 13.105/15 – Código de Processo Civil de 2015**. Publicada em 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 out 2019.

_____. **Lei nº 5.869/73 – Código de Processo Civil de 1973.** Publicada em 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 out 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 689.034/SC**, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 896.636/RJ**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 910.981/SC**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2018, DJe 21/09/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.347.988/SP**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 1.385.282/RS**, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2019, DJe 12/09/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.736.563/RS**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 27/11/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 176.684/RJ**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 11/10/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 385.897/RS**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 561.906/SP**, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 02/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 722.229/DF**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 04/02/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.095.391/RJ**, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 21/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.380.175/MG**, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 26/08/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.563.809/AL**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgInt no REsp 1.688.047/AM**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 19/11/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.383.671/RN**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 20/05/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.809.141/SP**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 211**. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Corte Especial, em 01/07/1998. Publicada no Diário da Justiça em 03/08/1998, p. 366. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 28 out 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 282**. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Sessão Plenária de 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 28 out 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 356**. O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Sessão Plenária de 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno.

Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 154. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 28 out 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, versão digital. 2015.

CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. **O desenvolvimento dos modelos americano, alemão e brasileiro de controle de constitucionalidade e a "objetivação" processual**: com destaque para o writ of certiorari norte-americano, a Verfassungsbeschwerde alemã e a "objetivação" do recurso extraordinário brasileiro. Dissertação (Dissertação em Direito) – IDP. Brasília, 2014.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial**. *In* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CERQUEIRA, Luís Otávio de Sequeira de et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:** estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª tir. São Paulo: Ed. RT, 2008.

COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de Prova em Recurso Especial:** A Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho**. Teoria geral do novo código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil** [livro eletrônico]: artigos 976 ao 1.044. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes:** recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Renata Cristina Lopes Pinto. **Prequestionamento:** breve análise dos precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF. Revista de Processo. [online]. 2016, v. 254. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.18.PDF>. Acesso em 20 out 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3 ed. em e-book baseada na 3 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10 ed. rev. amp. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Recurso especial no novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

PIMENTEL, Bernardo Souza. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **Reflexões Jurídicas:** Palestras, Artigos e Discursos. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. v. 1, t. II. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **História**. c2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia>. Acesso em 18 set 2019.

TEIXEIRA, Luís Gustavo Gomes. **Recurso Especial:** e o controle de acesso ao Superior Tribunal de Justiça. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) - UNISUL. Brasília, 2008.

TESSARI, Cláudio; MACEDO, Elaine Harzheim. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial:** o CPC/2015 superou as Súmulas 282 e 356 do STF e 211 e 320 do STJ?. Revista de Processo. vol. 289. ano 44. p. 245-265. São Paulo: Editora RT, 2019.

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. **O Superior Tribunal de Justiça** – Competências originária e recursal. *In* Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Org. por Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1991.

PL 21/20: MARCO LEGAL PARA USO DE IA NO BRASIL:

CRÍTICA À CONFUSÃO DE PAPÉIS A SEREM EXERCIDOS PELOS AGENTES DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E IMPLICAÇÕES EM EVENTUAIS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

Pedro Henrique Vale Abdo

RESUMO

O Projeto de Lei 21/20 cria o marco legal do desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial (IA) no Brasil. O texto, em tramitação na Câmara dos Deputados, estabelece princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para a IA, contudo padece de uma impropriedade que, uma vez, confirmada no texto final, poderá consubstanciar-se em uma ferramenta apta a obstaculizar o exercício de um direito fundamental, qual seja, o direito à autodeterminação informativa. Trata-se de ausência de uma clara definição a respeito do papel dos agentes de IA e, por consequência, da legitimidade desses para ocupar o polo passivo de ações constitucionais. O presente ensaio, pautado no método dedutivo, objetiva, através do estudo dos preceitos normativos ínsitos na Lei 13.709/2018 (LGPD) – marco normativo da Sociedade de Informação no Brasil, do exame de caso julgados pelo Supremo Tribunal Federal e de doutrina especializada, apontar o problema, seus impactos no conhecimento de *habeas datas* futuros, para ao fim, propor alterações pontuais ao projeto de lei.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Direito. Processo legislativo Proteção de dados pessoais; Habeas data

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei 21/20, em trâmite na Câmara dos Deputados, foi concebido para consubstanciar-se no marco legal do desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial (IA) no Brasil. Além de estabelecer princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para o uso de IA, determina as diretrizes para atuação dos entes federativos, pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado.

Dentro os fundamentos tratados pela norma, sobreleva-se o fato de a privacidade e a proteção de dados terem sido acolhidos como um dos fundamentos para o uso de IA. Contudo padece de uma impropriedade que, uma vez, confirmada no texto final, poderá consubstanciar-se em uma ferramenta apta a obstaculizar o exercício de um direito fundamental, seja, o direito à autodeterminação informativa e acesso aos dados pessoais.

O ensaio abordará atual situação normativa da autodeterminação informativa/proteção de dados pessoais no Brasil, tanto sob os auspícios da Lei Geral de Proteção de Dados, quanto nos preceitos ínsitos na Proposta Legislativa 20/21.

A proteção dos dados pessoais via habeas data, sob a ótica atual do Supremo Tribunal Federal também será objeto de análise. Temas como o uso do remédio heroico para acesso e correção de dados pessoais e requisitos de conhecimento da referida ação serão examinados a partir de exemplos práticos julgados pelo STF. A linha de abordagem adotada vai ao encontro do método dedutivo escolhido para o desenvolvimento do trabalho, ou seja, a partir de exemplos práticos, nos quais os feitos foram conhecidos, ou não, sugerir medidas pontuais ao PL 21/20 com vista a assegurar que, futuros habeas data sejam examinados pelo Judiciário em seu mérito.

Por fim, finalizar-se-á com uma análise crítica não exaustiva da proposta regulatória. No último tópico, serão examinadas as impropriedades da PL 21/20 quanto à ausência de uma clara definição a respeito do papel dos agentes de IA e, por consequência, da legitimidade desses para ocupar o polo passivo de ações constitucionais, para, ao fim, apresentar sugestões pontuais capazes de solucionar o problema apresentado.

2. CONSIDERAÇÕES QUANTO À ATUAL SITUAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL.

O termo "Sociedade da Informação"[259] é usualmente utilizado para designar a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios eletrônicos. Sob a ótica da proteção de dados pessoais, trata-se de um conceito que compreende o uso das Tecnologias da Informação com o objetivo de extrair informações dos usuários da rede mundial de computadores e, a partir delas traçar-se um perfil comportamental desses, a ser utilizado por entes públicos e privados, para os mais variados fins.

Ocorre que, sendo os dados pessoais uma espécie de direito da personalidade sujeito a proteção constitucional em razão do princípio geral da dignidade da pessoa humana[260], é

[259] Gouveia, Luís Manuel Borges. Notas de contribuição para uma definição operacional. Página consultada a 22 de Dezembro de 2008, disponível em http://www2.ufp.pt/~lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf . Acesso em 1º/12/2020.

[260] Sobre a tutela da personalidade no ordenamento constitucional: "A tutela da personalidade – convém, então, insistir – não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do

crível admitir que seu uso pela Sociedade de Informação ocorra dentro de parâmetros objetivos. Por essa razão, a limitação e a legitimação de seu controle, bem como a tutela das liberdades individuais que lhes são correlatas, são medidas que merecem tratamento normativo, o que só veio a acontecer de forma específica com o advento da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) [261] que consolidou o marco normativo da sociedade de informação, do direito à proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa.

Os conceitos de dado pessoal e dado pessoal sensível são extraídos do art. 5º, I e II da norma. Enquanto dado

sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana". E mais: "Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da privada autonomia, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade. Nesta direção, não se trataria de anunciar hum único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (cumprimento pela Constituição e pelo legislador especial, saúde, imagem, nome, etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade." (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Disponível em: www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_ civil-constitucional_brasileiro. Acesso em: 1º/12/2020.

[261] BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2017 (Marco Civil da Internet) Brasília, DF. Ago 2018. Disponivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 1º/12/2020.

pessoal é a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, dado pessoal sensível diz respeito a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

A autodeterminação informativa (art. 2º, II, LGPD), por sua vez, foi recepcionada pela norma como um dos fundamentos do direito à proteção de dados pessoais. Tem por escopo atribuir ao titular dos dados, o controle sobre o uso e o compartilhamento das suas informações, de forma a fazer com que o controlador, na medida do possível, adote como medida de prudência, a obtenção de seu consentimento prévio, tanto na coleta, quanto no tratamento dos dados pessoais que lhe forem correlatos (art. 19, § 3º, LGPD).

Como desdobramento do exercício de referida faculdade, o art. 18 da LGPD enumera como direito do titular dos dados, dentre outros, o de obter do controlador a correção dos dados incompletos; o de efetuar a portabilidade dos dados; o de obter a anonimização dos dados sensíveis, a eliminação daqueles tratados com seu consentimento e a informação de entidades com as quais seus dados foram compartilhados[262].

[262] Sobre o direito de acesso aos dados pessoais, Ingo Sarlet enumera: "a) o direito de acesso e conhecimento dos dados pessoais existentes em registros (bancos de dados); b) direito ao não conhecimento, tratamento, utilização e difusão de determinados dados pessoais pelos Estado ou por terceiros, aqui incluído o direito de sigilo quanto aos dados pessoais; c) direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados; d) o direito ao conhecimento da finalidade da coleta e eventual utilização dos dados; e) direito a ratificação e, a depender do caso, de exclusão de dados pessoais armazenados em banco de dados", in SARLET, Ingo W; MARINONI, Luiz Guilherme: MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 433-434.

Sobre a figura do controlador, desponta-se, ao lado do operador, como um dos agentes de tratamento de dados pessoais. Enquanto ao controlador – pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado – cabe o papel de decidir sobre o tratamento de dados pessoais, ao operador – pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado – o de realizar o tratamento desses em nome do controlador, sendo, portanto, a ele subordinado. Não obstante ser sobre o controlador a quem recai a maior parte das obrigações legais, ambos dividem de forma não equivalente as responsabilidades quanto ao tratamento dos dados pessoais, sensíveis ou não. Como exemplo da responsabilidade do controlador, elenca-se a regra do art. 7º, § 3º, que lhe atribui, no tratamento de dados pessoais cujo acesso é público, o dever de considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público, antes de promover sua disponibilização.

Estão excluídos da proteção conferida pela LGPD, o tratamento de dados pessoais: a) realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, b) realizados para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos ou acadêmicos e c) os realizados para fins exclusivos de proteção segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou investigação e repressão de infrações penais. Nessa última hipótese, o tratamento será regido por legislação específica, sendo vedado, contudo, que o controlador/operador se consubstanciem em pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, cujo capital seja integralmente público.

Nota-se, pois, que o direito à proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa, não obstante gozar de proteção geral enquanto desdobramento da cláusula geral constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana, com advento da Lei 13.709/2018 e a definição, dentre outros, de seu campo de incidência, princípios e agentes de tratamento adquiriu roupagem normativa consentânea com o exercício objetivo dos direitos correlatos. Dito de outra forma, desde então, violações a esses direitos da personalidade, estão aptos as

serem reparados sem demais delongas, via impetração de remédios constitucionais, a exemplo do habeas data.

Diante da cognoscibilidade da referida ação constitucional para fins de acesso a dados pessoais, resta, pois, como desejável que todo arcabouço normativo que, ao fim e ao cabo, tutelem referidos direitos já façam clara menção quanto às autoridades aptas a responderem eventuais lides. Isso porque, dentre outras condições de admissibilidade do HD, figura a necessidade de o impetrante evidenciar a existência do interesse de agir, retratado no fato de ter a autoridade impetrada negado acesso as informações por ele pretendidas.

Feitas essas ponderações a respeito da forma como a LGPD confere tratamento aos dados pessoais no Brasil, passemos ao exame do ponto nodal do presente trabalho, qual seja, o Projeto de Lei 21/20.

Com fundamentos e princípios similares à LGPD, tramita na Câmara dos Deputados um marco legal para o uso sustentável da Inteligência Artificial no Brasil. Trata-se do já mencionado PL nº 21/20 – proposto pelo Deputado Federal Eduardo Bismarck (PDT/CE) – e fruto de um dos compromissos assumidos pelo Brasil enquanto um dos signatários do documento elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no primeiro semestre de 2019, denominado de *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*[263], e que inclui os 42 países mais ricos do mundo.

[263] "A OCDE elaborou cinco recomendações aos países membros e aqueles que aderiram ao documento. Estas são focadas nas políticas nacionais e na cooperação internacional, elaborando objetivos estratégicos que podem ser adotados pelos atores estatais: 1. Investir em pesquisa e desenvolvimento de IA: facilitar o investimento público e privado, de modo a estimular a inovação em questões técnicas desafiadoras e conjuntos de dados representativos; 2. Promover ecossistema digital para IA: organizar mecanismos de

Dentre os diversos e relevantes propósitos assumidos no acordo firmando entre os países signatários, sobressai a determinação de fixação de padrões éticos [264] internacionais para que os sistemas de IA, em todas as fases dos seus ciclos de vida, apresentem segurança e confiabilidade aos seus usuários.

Nessa linha de intelecção, a proposição legislativa, além de estabelecer princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para o uso de IA, prevê diretrizes para atuação dos entes federativos, pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado.

Dentre os princípios previstos na norma em elaboração, registra-se: i) o dever de respeito à dignidade humana, à privacidade e à proteção de dados pessoais e aos

compartilhamento seguro, justo, legal e ético de dados e conhecimento, com infraestrutura e tecnologias digitais acessíveis 3. Organizar ambiente político favorável à IA: apoiar a transição ágil do estágio de P&D para implementação e operação de sistemas de IA revisando, quando apropriado, normas, regulamentos e mecanismos para checagem de conformidade; 4. Fortalecer a capacidade humana e preparar as pessoas para a transformação do mercado de trabalho: capacitar as pessoas para o uso e a interação com sistemas de IA organizando programas de treinamento profissional; 5. Cooperação internacional para IA confiável: governos e partes interessadas devem cooperar ativamente para promover princípios, compartilhamento de conhecimento e desenvolvimento de padrões." Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/330983/inteligencia-artificial--principios-e recomendacoes-da-ocde> Acesso em : 1º/12/2020

[264] Sobre os princípios de IA que devem estar presentes em proposições legislativas HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; COUTINHO, Marina de Alencar Araripe. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E REGULAÇÃO. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 19, n.. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3129>. Acesso em: 3/12/2020.

direitos trabalhistas; (ii) a impossibilidade de uso da IA para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos; e (iii) responsabilização e prestação de contas – reproduzindo princípio contido LGPD – que obriga os agentes de IA a adotarem medidas eficazes para o regular funcionamento e a segurança dos respectivos sistemas.

No mais, sobreleva-se o fato de a privacidade, o direito a autodeterminação afirmativa e a proteção de dados terem sido acolhidos como um dos fundamentos para o uso de IA. Dessa feita, assim como na LGPD, caso a conversão do projeto de lei em lei ocorra nos termos propostos quanto ao ponto, não deixará margem de dúvida quanto ao cabimento de habeas data para reparação de eventuais violações aos direitos consagrados na norma, notadamente, quanto o acesso à informações a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados pelo sistema de inteligência artificial e o uso, pelos sistemas, de seus dados sensíveis, conforme disposto no art. 5º, II, da Lei 13.709, de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados. (art. 7, II e III da PL 21/20)

3. A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS VIA *HABEAS DATA* E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A direito fundamental à proteção de dados e à autodeterminação afirmativa pode ser examinado tanto na dimensão subjetiva, quanto na objetiva[265]. Na primeira hipótese,

[265] É nesse sentido que se pode dizer que o âmbito de proteção do direito fundamental de dados pessoais pode ser concebido em uma dupla dimensão: ele consiste, ao mesmo tempo, (i) na proteção do indivíduo contra riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação de dados pessoais e (ii) na atribuição ao indivíduo de garantia de controlar o fluxo de seus dados na sociedade. BRITZ, apud MENDES, Laura Schertel. Habeas data e autodeterminação informativa. Revista Brasileira de

representa a esfera da liberdade individual que não pode sofrer qualquer intervenção; na segunda impõe ao Estado o papel de assegurar os meios para que esses direitos sejam respeitados.

O direito à proteção dos dados pessoais foi enfrentado, sob as duas perspectivas, pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº ela n 673.707/MG[266]. No julgado, oriundo de acórdão proferido pelo TRF da 1º Região, discutiu-se o direito de determinada empresa obter acesso a informações do Sistema de Conta Corrente de Pessoa Jurídica (SINCOR), mantido pela Secretaria da Receita Federal.

O acórdão recorrido julgou improcedente o pedido por entender que ser "incabível a pretensão do impetrante de se obrigar a Fazenda Pública a apresentar informações complexas, onerosas e gerais, oriundas de cadastro que não tem caráter público." O STF deu provimento ao recurso por unanimidade, entendendo ser cabível o *habeas data* e reconhecendo o direito de o contribuinte ter acesso aos dados solicitados.

Nos termos do voto condutor, foi fixada repercussão geral à tese de que "O *habeas data* é a garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte, dos dados concernentes ao pagamento de tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos administração fazendária dos entes estatais".

A intelecção do precedente leva a duas conclusões: o primeiro que o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados foi judicialmente reconhecido antes da vigência da LGPD; o segundo que o Supremo Tribunal Federal reconhece o cabimento do *habeas data* como uma garantia processual à disposição do indivíduo não só para ter acesso aos seus dados, como para retificá-los e complementá-los.

Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 185-216, 26 mar. 2019

[266] RE 673.707, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/6/2015.

Ocorre que, não obstante o cabimento da medida encontrar, atualmente, não só expressa previsão em norma, como amparo em precedentes obrigatórios, o seu conhecimento deve seguir as regras procedimentais preconizadas na Lei 9.507/97 e convalidadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. Trata-se da necessária demonstração inequívoca do "interesse de agir" – consubstanciado em anterior indeferimento do pedido de informação dirigido a quem de direito, ou da omissão em atendê-lo – e do "esgotamento das vias ordinárias"[267] configurando uma situação prévia de pretensão resistida. Ausente quaisquer desses elementos, o feito não será cognoscível em razão da carência do direito de ação.

Em razão dessas questões de ordem procedimental, é cediço que o direito será plenamente factível quando ao seu titular tiver conhecimento, inclusive, dos meios a serem por ele perseguidos em prol da efetivação da tutela almejada. Nesse ponto, voltando os exames da PL 21/20, não basta que a norma assegura a proteção aos dados pessoais/autodeterminação informativa e a privacidade. É desejável, assim como o fez a LGPD, não só que os responsáveis pela efetivação da proteção sejam claramente delimitados, como também a forma de os acionar administrativamente.

[267] Essa interpretação da norma, pode ser percebida em diversos acórdãos do STF. Nos autos do RHD Nº 22/DF, DJe de 1º/9/1995, o feito não foi conhecido pela manifestação ausência de comprovação do interesse de agir. O Rel. Min. Marco Aurélio e o Min. Sepúlveda, vencidos, deram provimento ao recurso, por entender que, ao contrário da tese vencedora, o interesse de agir estaria manifestado no fato de a autoridade ter apresentado contrariedade em conceder acesso aos dados pessoais do impetrante.

4. DOS AGENTES DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PAPEL A ELES CONFERIDO NA PL 21/20.

A OCDE no documento assinado em 2020 denominado *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence* define os sistemas de IA como máquinas com capacidade de tomar decisões de forma a influenciar o ambiente real ou virtual, operando com níveis variáveis de autonomia. Contudo, é preciso registrar que IA vai além de mero instrumento de tecnologia, a exemplo da *machine learning*, a robótica e o processamento de linguagem natural[268].

Na busca de balizas para a criação de um modelo sustentável de transição digital, a OCDE, no já mencionado *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, desenhou os seguintes princípios[269]:

i) IA deve beneficiar o desenvolvimento sustentável e o bem-estar das pessoas e do planeta por meio da promoção de crescimento inclusivo;

ii) Sistemas de IA devem ser desenvolvidos para respeitarem o Estado de Direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade, bem como devem incluir salvaguardas – como a intervenção humana, quando necessária – que garantam uma sociedade justa;

iii) Deve haver transparência e informação sobre os sistemas de IA, garantindo que as pessoas compreendam os resultados obtidos pela IA e possam contestá-los;

[268] HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial. Curitiba: Alteridade, 2019.

[269] OECD Principles on Artificial Intelligence. Disponível em: <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>. Acesso em 3/12/2020.

iv) Durante o seu ciclo de vida, os sistemas de IA devem funcionar de forma robusta e segura, com contínua análise e gerenciamento de riscos potenciais;

v) Organizações e indivíduos envolvidos no desenvolvimento, implantação ou operação dos sistemas de IA devem ser responsabilizados pelo seu funcionamento adequado e em harmonia com os demais princípios.

O PL 21/20 visando dar cumprimento aos termos da recomendação, cria a figura dos Agentes de Inteligência Artificial que se dividem em agentes de desenvolvimento e de operação. Os agentes de desenvolvimento são aqueles que participam das fases de planejamento e design, coleta e processamento de dados e construção de modelo, de verificação e validação, ou de implantação do sistema de inteligência artificial, e os agentes de operação são aqueles que participam da fase de monitoramento e operação do sistema de IA.

Dentre outras atribuições, os agentes de IA devem elaborar o "relatório de impacto de IA", documento que contem a descrição do ciclo de vida do sistema de IA, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de gerenciamento e mitigação dos riscos relacionados a cada fase do sistema, incluindo segurança e privacidade (art. 2º, VI).

No campo dos deveres, são de responsabilidade dos agentes: i) divulgar publicamente a instituição responsável pelo estabelecimento do sistema de inteligência artificial; ii) fornecer, na a informações a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados pelo sistema de inteligência; iii) assegurar que os dados utilizados pelo sistema de inteligência artificial observem a Lei Geral de Proteção de Dados; iv) responder, na forma da lei, pelas decisões tomadas por um sistema de inteligência artificial; v) proteger continuamente os sistemas de inteligência artificial contra ameaças de segurança cibernética.

A partes interessadas, por sua vez, terão como assegurados os direitos a acesso a informações a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados pelo sistema de IA que

lhes afetem adversamente, bem como o uso, pelos sistemas, de seus dados sensíveis. Referidos direitos podem ser exercidos a qualquer momento, mediante requerimento direcionado à instituição responsável pelo sistema de inteligência artificial ou aos demais agentes de inteligência artificial, observadas as suas funções. (art. 7, § 2º). Já a defesa dos interesses e dos direitos das partes interessadas, *ex vi* do art. 8º, poderá ser exercida em juízo, na forma do disposto na legislação pertinente.

Diante dessas disposições, somadas à jurisprudência do STF examinadas em tópico anterior e aos preceitos normativos da LDGP, o cabimento do habeas datas em caso de obstáculos ao acesso/retificação dos dados parece ser questão resolvida, porquanto tanto, além da proteção à proteção de dados estar assegurada, há a previsão de um procedimento administrativo apto a evidenciar eventual pretensão resistida e o interesse de agir.

Resta, contudo, um ponto obscuro no tocante a autoridade apta a ocupar o polo passivo de futuras impetrações. Segundo previsto no art. 4º, III, a LGPD, estão excluídos da proteção da norma o tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivos de proteção segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou investigação e repressão de infrações penais. No caso, o tratamento será regido por legislação específica, sendo vedado, contudo, que o controlador/operador se consubstanciem em pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, cujo capital seja integralmente público.

O PL 21/20 poderia fazer as vezes de "legislação específica" quanto ao tema IA. Contudo, uma impropriedade da norma poderá gerar sérios embaraços relacionados à personalidade jurídica dos agentes de IA em ambientes públicos nos quais os danos sensíveis serão manipulados.

Nos termos do art. 2º, IV, poderão ser agentes de IA, pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, e entes sem personalidade jurídica. Já o art. 11 da proposição

elenca que os entes federativos poderão atuar como agentes de IA, observadas as mesmas regras previstas para os agentes privados. Ocorre que a utilização do verbo “poderão” dá margem a interpretação ser essa uma faculdade, e não uma determinação imposta a referidos entes. Tal fato, por si só, induz à uma clara contradição com o apontado art. 4º, III, a LGPD.

E, ao examinar com mais vagar, ouras contradições são extraíveis dessa interpretação. É fato que um sistema de inteligência artificial a ser adotado em um ambiente público não poderá alcançar o máximo de sua eficiência e efetividade se não for fruto de esforços conjuntos do seguimento público e privado. Contudo, mesmo que haja apoio da iniciativa privada na elaboração, planejamento e construção do modelo, o exercício da função agente de IA – notadamente do agente de operação – que irá participar da fase de monitoramento e operação de dados relacionados à segurança e defesa nacional, segurança do Estado ou investigação e repressão de infrações penais, só poderá ser ocupado por entes públicos.

Mais do que isso, estando a PL 21/20 vinculados aos preceitos de ordem geral encartados na LGPD e, tendo essa expressa disposição quanto ao fato de que no tratamento de determinados dados sensíveis o papel de controlador/operador cabe apenas à pessoa jurídica de direito público, se faz necessário que o inciso IV, letras “a” e “b”, do Art. 2º da LC 21/20 sejam alterados para deixar claro todos os papeis a serem desenvolvidos pelos agentes de IA.

A LGPD criou a figura dos agentes de tratamento, responsáveis por toda operação realizada com dados pessoais, desde a coleta até o controle, modificação, comunicação ou extração da informação. Entre eles estão, como examinado em tópico anterior, o controlador (tomador de decisões) e o operador (o executor do tratamento dos dados).

Ao comparar-se essas funções com aquelas exercidas pelos agentes de IA, percebe-se não haver um encaixe perfeito entre os papéis, porquanto, diferente da técnica

legislativa seja utilizada no PL 21/20, na LGPD o legislador valeu-se do método planejamento/execução para definir as funções dos agentes de tratamento. Para evitar questionamentos tais como os apresentados na LGPD, a exemplo da legitimidade de pessoas jurídicas de direito privado na manipulação de dados sensíveis de sigilo obrigatório, o PL 21/20 poderia, pelo mesmo método (planejamento/execução), criar a figura do agente de IA controlador e o agente de IA operador. Com a ascendência de um sobre ao outro, ficará mais claro a divisão de papéis, responsabilidades e, por consequência, da tomada de decisões finais da seara administrativa. Em assim sendo, eventuais impetrações de habeas datas terão grandes chances de serem examinados em se mérito, porquanto, além do caminho administrativo a ser perseguido pelo pretenso impetrante estar claro na norma, haverá também uma escorreita definição a respeito da autoridade apta a ocupar o polo passivo da impetração.

Por fim, a prevalecer que os papéis de agentes de IA fiquem circunscritos aos mesmos critérios adotados pela LGPD, é desejável que o legislador crie outra figura apta a ocupar as funções que, no estágio atual esses ocupam, quais sejam, o de planejamento, design, coleta e processamento de dados e construção de modelo; de verificação e validação; ou de implantação do sistema de inteligência artificial, contudo, sem designação de agentes de IA, com missão de tutelar dados pessoais.

5. CONCLUSÃO

A Inteligência Artificial é uma realidade que está transformando a vida em sociedade e os mais diversos setores da vida moderna. A criação de um marco legal para disciplinar a questão no Brasil vai ao encontro dos anseios internacionais de estabelecer preceitos éticos a serem perseguidos não só pelos agentes de IA, como por todos aqueles que, direta ou

indiretamente, se vejam envolvidos com os diversos ciclos da Inteligência Artificial, tanto sob a ótica das questões afetas aos direitos humanos, quanto aos valores democráticos e a diversidade.

A efetividade da norma futura dependerá da implantação de políticas públicas e de governança que assegurem o cumprimento do principal objetivo das aplicações de IA: criar valor para a sociedade. Contudo, esse valor dependerá de um engajamento de todos setores envolvidos. Para que isso ocorra com eficiência, cabe o legislador ordinário aprovar o melhor projeto de lei possível para o estágio atual em que se encontra a sociedade civil organizada, o setor produtivo e os poderes constituídos.

Dessa feita, não obstante a relevância da regulação da IA no país, ao longo do processo legislativo, se mostra necessário o estímulo à profícuos debates, não só no âmbito das comissões das casas legislativas, mas também em formato de audiências públicas. Não só a perspectiva tecnológica, como a ética e a procedimental que envolvam o tema Inteligência Artificial devem ser debatidas em todas as suas facetas, com o fito de se alcançar, na medida do possível, um sentimento coletivo de ser uso da ferramenta benéfico ao ser humano.

Para tanto, com o viés de uma regulação responsiva, acréscimos pontuais via novos dispositivos de lei devem ser considerados na proposta. Dentre elas, a clara definição quanto ao papel dos agentes de IA e, por consequência, dos procedimentos para promoção de reparações de danos aos direitos da personalidade previstos na LGPD são uma das medidas que se impõe.

Assim, um dos grandes obstáculos apontados aos que são contrários ao desenvolvimento da IA estará minimizado: o senso comum de que a máquina é capaz de promover uma desmedida violação aos direitos fundamentais, agravado pela ausência de ferramentas que possam evidenciar que, a caso

essa ocorra, há instrumentos procedimentais rápidos e eficazes, aptos a, de plano, promover a reparação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

BRASIL. Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, altera a Lei nº13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 20, de 2020. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL+21/2020>. Acesso em: 30/11/2020

GOUVEIA, Luís Manuel Borges, 2004, **Notas de contribuição para uma definição operacional**. Disponível em http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial. Curitiba: Alteridade, 2019.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano Hartmann; COUTINHO, Marina de Alencar Araripe. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E REGULAÇÃO. Revista em Tempo, 2020.

MENDES, Laura Shertel. Habeas data e autodeterminação informativa. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, 2019.

OCDE, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, 2020.

OCED, *Principles on Artificial Intelligence*, 2019.

SARLET, Ingo W; MARINONI, Luiz Guilherme: MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Ed. RT, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Disponível em: <ww.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_ civil constitucional_brasileiro>

AUTOMATIZAÇÃO DOS CARTÓRIOS DE REGISTROS DE IMÓVEIS NA ERA DA DEMOCRACIA DIGITAL: A ATUAÇÃO DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS COMO GARANTIDOR DE DIREITOS EM TEMPOS DE CERTIFICAÇÃO DIGITAL, METADADOS E "*BLOCKCHAIN*"

AUTOMATION OF REGISTRY´S OFFICE IN DIGITAL DEMOCRACY AGE: THE PROCEEDING OF REGISTRY OFFICER IN TIMES OF DIGITAL CERTIFICATION, METADATA AND BLOCKCHAIN

André Bruno Façanha de Negreiros
Felipe Saraiva Andrade
André Bruno Façanha de Negreiros
Maria Darlene Braga Araújo Monteiro

RESUMO

O presente estudo analisa, sob o ponto de vista da implementação de mecanismos tecnológicos nos cartórios extrajudiciais, quais as vantagens ou desvantagens da certificação digital e da tecnologia "*blockchain*" na era da democracia digital. O ponto de partida foi o questionamento se a tecnologia representaria riscos à existência dos cargos de notários e registradores. Além disso, procurou-se compreender a necessidade da implementação da tecnologia como forma de arrefecer a burocracia nas transações imobiliárias e de que modo pode ser implementada. O objetivo da pesquisa é saber das vantagens e desvantagens da implementação da tecnologia nos cartórios de registros de imóveis. Concluiu-se que a tecnologia não pode representar potencial disruptivo ao atual

sistema de registro de imóveis, mas pode amenizar problemáticas nele existentes. A pesquisa se firmou por meio de metodologia bibliográfica, com abordagem qualitativa e natureza teórica.

Palavras-chave: Cartório de Registros de Imóveis; padronização tecnológica; "*blockchain*"; certificação digital; regime jurídico virtual.

ABSTRACT

The present study analyzes, from the point of view of the implementation of technological mechanisms in extrajudicial notaries, which are the advantages or disadvantages of digital certification and "blockchain" technology in the era of digital democracy. The starting point was the questioning whether the technology would pose risks to the existence of the positions of Notaries and Registrars. In addition, we sought to understand the need to implement technology as a way to reduce bureaucracy in real estate transactions and how it can be implemented. The objective of the research is to know the advantages and disadvantages of implementing the technology in the land registry offices. It was concluded that technology cannot represent a disruptive potential to the current property registration system, but it can alleviate existing problems. The research was established through bibliographic methodology, with a qualitative approach and theoretical nature.

Keywords: *Registry Office. Technological standardization. Blockchain. Digital certification.*

INTRODUÇÃO

O histórico dos registros públicos no Brasil, especialmente o registro imobiliário, é bem antigo, transposto da

era portuguesa, e foi tendo poucas modificações procedimentais, pois tudo era feito no meio físico e com pouca referência, até a chegada da tecnologia. Isso foi gerando expectativas de maiores mudanças no registro dos imóveis no Brasil, porquanto muitos procedimentos estão sendo virtualizados e a tendência mercadológica é continuar nesse desenvolvimento tecnológico, tornando os atos cartorários eletrônicos.

Em verdade, a necessidade de virtualização de alguns atos estatais decorre da inimaginável perpetuação da contradição anacrônica: não se pode adotar procedimentos do início do século XX quando se vive o século XXI, esse último marcado pela tentativa de a tecnologia reduzir custos e tornar mais eficiente a confiança do cidadão no Estado.

O reducionismo do papel do cidadão ao ato de votar é elemento que justifica a crise do sistema da democracia representativa, isto é, a crise da relação de confiança entre a Administração e o administrado, justamente pelo fato de a vontade popular ser representada por terceiros. Para além da simplificação dos atos da vida privada, a tecnologia vem ampliando a interação sociedade-Estado, abrindo margem à discussão acerca da possibilidade de a democracia digital promover maior atuação do indivíduo na condução do processo democrático. (GOLDSCHMIDT; REIS, 2019).

A título de exemplo, para que o cidadão tenha emitida sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), não se exige mais que o trabalhador recolha seus documentos, dirija-se a uma agência, retire uma ficha, aguarde ser chamado e, a partir daí, venha a ser atendido para, ao final, ainda ter de aguardar dias para receber um documento que torne seu trabalho formalizado. Na atualidade, advinda uma proposta de emprego e não dispondo de CTPS, o ingressante no mercado de trabalho não precisa se desestimular com a antiga burocracia de emissão do documento nem partir para a informalidade: basta acessar o site oficial do Governo Federal, preencher seus dados

e receber, no mesmo ato, a CTPS digital, com mesma validade jurídica que a física.

Raciocínio semelhante pode ser estendido a outros atos da vida particular, a exemplo da compra e venda de um imóvel. A burocracia deve ser a mínima, necessária apenas para garantir o "*jus imperium*" das leis e o controle da legalidade dos atos praticados. Os mecanismos burocráticos jamais podem, em vias de século XXI, representar mora procrastinatória capaz de retardar as transações imobiliárias e findar, em última análise, por desestimular o desenvolvimento econômico.

Parece que é nesse diapasão que o novel legislador se orienta. Gradualmente, o legislador incentiva o uso dos meios tecnológicos a favor do estímulo ao desenvolvimento econômico e em reproche à burocratização de procedimentos simples que fazem parte dos atos de uma transação imobiliária. Tanto é verdade que a Plataforma gov.br passou a disponibilizar possibilidade de assinatura digital (art. 6º do Decreto nº 10.543/2020), que dispensa reconhecimento de firma em cartório.

Essa corrente de mudanças culminou, recentemente, na Lei n. 14.382/2022, que trata com maior precisão sobre os registros públicos eletrônicos, oportunidade que trouxe inovações importantes relacionados aos registros imobiliários.

Dentre essas inovações tecnológicas, temos a "*tokenização*" e o "*blockchain*", que foram estudadas nesta pesquisa sob a ótica da aplicação nos cartórios de registros de imóveis brasileiros.

Apesar da virtualização do Poder Judiciário e de outras instituições do Estado, questionam-se as razões pelas quais os cartórios brasileiros ainda utilizam predominantemente recursos físicos, quando os aparatos tecnológicos garantem mais segurança ao armazenamento de dados e maior agilidade à prestação de serviços.

Diante disso, o objetivo geral da pesquisa foi analisar a possibilidade de manejo da tecnologia nos Cartórios de Registros de Imóveis brasileiros, com destaque à atuação dos profissionais do setor registral. Apontam-se, como objetivos específicos, compreender se o implemento das novas tecnologias representa, ou não, tendência à extinção do cargo de Oficial de Registros e analisar a forma como o aparato tecnológico pode ampliar a participação do cidadão na persecução de seus direitos.

A pesquisa foi desempenhada sob procedimento bibliográfico, com revolvimento do material científico já publicado, e sob abordagem do método qualitativo e da natureza metodológica exploratória.

A virtualização dos requerimentos administrativos parece não representar potencial disruptivo ao já consagrado sistema bifásico; o intento da tecnologia é reduzir trabalhos mecânicos e ratificar a importância do profissional da área jurídica para gerir as demandas dos cartórios, a exemplo de análise da extensão patrimonial que deve recair um mandado de penhora ou da interpretação de um contrato mais complexo e que demanda mais tempo para análise dos requisitos de legalidade.

1 PERSPECTIVAS DA TECNOLOGIA COMO FORMA DE DINAMIZAR O SISTEMA CARTORÁRIO REGISTRAL BRASILEIRO E DE GARANTIR OS DIREITOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO

Se os modelos alternativos de inserção do cidadão nos contornos da vida pública forem aliados ao atual regime democrático (representativo), a confiança da sociedade na política estaria potencialmente resgatada, mormente com o planejamento do uso da tecnologia a favor do exercício e da fiscalização dos direitos. Ademais, estariam superados antigos

debates entre o modelo democrático mais inclusivo (democracia representativa ou democracia direta).

Nessa perspectiva, atualmente fala-se na chamada tecnologia *Blockchain* como forma promissora de retomar a confiança da sociedade na política. Esta tecnologia funciona através de complexos processos matemáticos e criptográficos, permitindo a criação de redes que registram transações financeiras 100% à prova de fraudes. Todavia, tais redes de *blockchain* não se limitam a garantir a integridade de transações financeiras, **podendo também ser utilizadas para outras finalidades, como votos, registros em cartório, contratos, criando sistemas mais eficientes.** (GOLDSCHMIDT; REIS, 2019, p. 185 – 186, grifos nossos).

De acordo com Goldschmidt e Reis (2019), exemplo maior da potencialidade dos aparatos tecnológicos a favor do regime democrático foi a Primavera Árabe. Esse movimento social, que contou com ampla adesão a recursos tecnológicos de informação e comunicação por parte dos interessados em pôr fim ao regime ditatorial, fez com que os Estados ditatoriais reconhecessem a ameaça em potencial da tecnologia e, por isso, cortassem acesso às redes sociais.

Diante da realidade jurídica brasileira, no início do século XXI, recursos tecnológicos modificaram a forma com que profissionais do Direito trabalhavam com processos judiciais. Antes, era preciso levar a petição impressa ao cartório judicial para autuá-la num processo, e o juiz tinha de inserir selo de autenticidade junto à assinatura, quando, *v.g.*, prolatava um mandado. Hoje, o advogado pode peticionar com assinatura digital e pode, inclusive, extrair recibo do protocolo da petição e acessar os autos do processo a partir de seu próprio aparelho celular; e o juiz não precisa mais provar a autenticidade de sua assinatura, máxime pela segurança que representa a certificação digital.

No começo, esse paradigma judiciário necessitava de regulamentação, e a legislação que regula a informatização

do processo judicial foi publicada no final do ano de 2006 (Lei nº 11.419/2006). A implementação da tecnologia, como ferramenta auxiliar no ramo jurídico, chegou tardiamente no Brasil e, por via de efeito, ainda não é realidade em todas as esferas do universo jurídico.

Apesar dos graduais esforços quanto à adesão das ferramentas digitais, o sistema registral imobiliário brasileiro ainda é predominantemente físico. Impõe-se dizer que os sistemas notarial e registral brasileiros estão intrinsecamente relacionados com o Poder Judiciário, este último já informatizado. Nisso reside um descompasso: se a Constituição Federal de 1988 preceitua que a atividade registral é exercida em caráter privado, por delegação do Poder Público e sob fiscalização do Poder Judiciário (art. 236, "caput" e §1º, da CRFB/88), e o registro dos atos do Poder Público, inclusive do Poder Judiciário, ocorre predominantemente por meio eletrônico, razão não haveria para que a atividade cartorária registral ficasse encartada em meio físico.

Digno ponderar que a proposta de automatização dos serviços públicos prestados nos cartórios de registros de imóveis brasileiros não é recente. De igual modo, também não é recente a produção legislativa nesse sentido, apesar de ser evidente a dissonância tecnológica entre as serventias extrajudiciais. A título de exemplo, desde 2007, a cidade de São Paulo utiliza a Certidão Digital do Registro de Imóveis, que é um serviço "*online*", desenvolvido pela Associação de Registradores Imobiliários de São Paulo (Arisp), que visa à emissão de matrícula e de certidão de imóvel de forma eletrônica.

Desde 2007, a entidade oferece, além da certidão digital, serviços como matrícula online e a consulta eletrônica, que **reduzem em até 30% o movimento nos cartórios de registros imobiliários da capital paulista, uma vez que essas solicitações podem ser feitas totalmente pela internet**. A certidão digital pode ser utilizada para lavratura de escrituras públicas, contratos de financiamento imobiliário, documentos públicos e particulares em geral. De acordo com o presidente da

Arisp, Flauzilino Araújo dos Santos, membro do Conselho Consultivo da camara-e.net, dentre as várias vantagens do serviço encontram-se a agilidade no processo e a segurança, uma vez que a certidão é imune a fraudes. 'Para a certidão digital nós utilizamos a **certificação digital, que é extremamente segura e garante que aquela assinatura eletrônica é de fato da pessoa que assinou**', explicou durante o encontro de registradores de imóveis, realizado em São Paulo. (CARTÓRIOS [...], 2011, p.3, grifos nossos).

Segundo Assad (2016), o marco legal para o registro eletrônico de imóveis foi a Medida Provisória nº 459/2009, posteriormente convertida na Lei nº 11.977/2009, que instituiu o programa Minha Casa Minha Vida. Perfilham dessa mesma linha de entendimento os pesquisadores Andrade e Barbosa (2016), ao considerarem referida lei como instituidora do sistema de registro eletrônico para os registros públicos. Por essa lei, todas as serventias extrajudiciais brasileiras restaram obrigadas a adotar um sistema de registro eletrônico, com dupla finalidade: recepção de títulos e fornecimento de certidões em meio eletrônico, em tudo observando as diretrizes lançadas pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Tempos depois, o Decreto nº 8.764/2016 instituiu o Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (Sinter), idealizado para integrar dados produzidos nos cartórios de registro de imóveis com os dados fiscais dos entes federativos.

2 APLICAÇÃO DE SISTEMAS DE COMPUTAÇÃO COGNITIVA NOS CARTÓRIOS DE REGISTROS DE IMÓVEIS

No dia 1º de novembro de 2021, a Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande

do Sul lançou o Provimento nº 38/2021[270], disciplinando as condições pelas quais os Tabeliães de Notas poderiam lavrar escrituras públicas tendo como objeto permuta de bens imóveis com a utilização de "*tokens*". Essa é a primeira evidência, no Brasil, do reconhecimento da "*tokenização*" nas transações imobiliárias.

À vista desse panorama, é perceptível a heterogeneidade na forma de condução do serviço administrativo registral no Brasil. De um lado, há cartórios que já implementaram a "*tokenização*" nos negócios jurídicos imobiliários, a exemplo do caso paradigmático do Rio Grande do Sul; de outro, há aqueles que pouco utilizam recursos tecnológicos para prestação do serviço. Apesar das discrepâncias operacionais existentes entre cartórios, o Provimento nº 89/2019 do Conselho Nacional de Justiça estimula que as atividades cartorárias passem a se utilizar do meio eletrônico, senão vejamos:

> Art. 8º O Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis - SREI tem como objetivo a **universalização** das atividades de registro público imobiliário, a adoção de governança corporativa das serventias de registros de imóveis e a **instituição do sistema de registro eletrônico de imóveis** previsto no art. 37 da Lei n. 11.977/2009.
>
> § 1º O SREI deve garantir a segurança da informação e a continuidade da prestação do serviço público de registro de imóveis, observando os padrões técnicos, critérios legais e regulamentares, promovendo a **interconexão das serventias**.
>
> § 2º Na interconexão de todas as unidades do serviço de registro de imóveis, o SREI deve prever

[270] Íntegra da Provimento nº 38/2021/TJRS: https://www.tjrs.jus.br/static/2021/11/Provimento-038-2021-CGJ.pdf

> a **interoperabilidade das bases de dados**, permanecendo tais dados nas serventias de registro de imóveis sob a guarda e conservação dos respectivos oficiais. (BRASIL. CNJ, 2019, grifos inovados).

Segundo Miranda (2017), há três estágios de informatização dos Cartórios de Registros de Imóveis: cartórios não informatizados, que são aqueles cujo sistema de informática pode até existir, mas não é utilizado de forma relevante; cartórios parcialmente informatizados, em que as matrículas são digitalizadas e os índices são armazenados de forma eletrônica, por exemplo; e cartórios plenamente informatizados. Estes últimos são aqueles que dispõem de escrituração tanto em meio eletrônico quanto em meio físico e que o sistema de informática possui compreensão das situações registrais, isto é, o algoritmo auxilia o registrador na realização de trabalhos manuais.

Segundo a lição do mencionado autor, o sistema informacional cognitivo pode desempenhar quatro funções para o registro imobiliário: qualificação híbrida, publicidade, pesquisas e migração.

Pode-se dizer que a qualificação é o conjunto de etapas pelo qual o sistema informático analisa o estado do título que se pretende registrar ou averbar e, ao final, emite relatório ao oficial de registro, indicando pormenorizadamente, em relatório específico, se aquele título encontra aptidão a ser registrado ou averbado.

A primeira etapa da qualificação híbrida é compreender o título e o ato registral a ser praticado.

Um sistema de computação cognitiva tem capacidade de compreender a linguagem natural utilizada nos atos registrais do cartório (matrículas, transcrições, registros auxiliares etc.) e nos títulos apresentados (mandados, cartas de sentença, formais de partilha, escrituras etc.). Dessa forma, o sistema consegue compreender quais potenciais modificações

jurídico-registrais o título intenta realizar (sejam negócios jurídicos, sejam atos constritivos ou qualquer outro ato inscritível) e, após identificar os atos registrais potencialmente afetados, consegue também realizar a sua leitura e análise, de forma a compreender a situação atual do objeto dos atos registrais. (MIRANDA, 2017, p. 86).

A segunda etapa da qualificação híbrida funda-se em tríplice análise que a computação cognitiva exerce após compreender o título e seu correspondente ato registral: verificação dos requisitos do título; apuração do atendimento aos requisitos e, por fim, verificações rotineiras quanto à autenticidade dos documentos e certidões.

A última etapa da qualificação é a emissão de relatório da verificação dos requisitos, "indicando não só se o requisito foi ou não encontrado, mas também em que local do documento encontra-se a informação." (MIRANDA, 2017, p. 91). A ideia é arrefecer tarefa desgastante por parte de um profissional do Direito e auxiliar que ele administre seu tempo de serviço com atividades que demandem maior análise jurídica.

Percebe-se que esse modelo de qualificação diminui o trabalho mecânico (e de diminuto esforço intelectual) dos escreventes e registradores, mas é híbrido porque não exclui a interferência humana, porque a conferência da qualificação continua a cargo do usuário do sistema, isto é, do profissional do Direito que fiscaliza os atos automatizados.

3 MODELOS DE AUTOMATIZAÇÃO DOS CARTÓRIOS: NECESSIDADE DE PADRONIZAÇÃO E EFEITOS ALMEJADOS

Didaticamente, podem-se estabelecer três razões da necessidade de padronizar a informatização entre os Cartórios de Registros de Imóveis: 1) segurança das informações

digitalizadas; 2) índices de satisfação do público atendido; 3) integração do serviço extrajudicial com a Corregedoria do respectivo Tribunal de Justiça e com o banco de dados da Fazenda Pública.

3.1 Segurança das informações digitalizadas

Em se tratando de matéria imobiliária (mas não restrita apenas a ela), a expressão da vontade de uma pessoa capaz corresponde à sua assinatura válida. E válida porque não basta o usuário do serviço apor sua firma no documento particular que pretende publicizar; a assinatura precisa ser reconhecida, e o Estado delega ao notário (tradicionalmente conhecido por “tabelião”) o ofício de declarar o reconhecimento da assinatura. É por essa razão que o reconhecimento de firmas é um dos serviços dos Ofícios de Notas mais utilizados.

Dentre as várias modalidades de reconhecimento de firma elencadas por Duarte (2018), duas merecem destaque: o reconhecimento de firma por autenticidade e por semelhança. Efetivamente, o reconhecimento da assinatura pode ocorrer tanto por autenticidade, quando a assinatura é realizada na presença do tabelião, quanto por semelhança, quando o notário compara a assinatura das fichas, armazenadas na serventia, e declara corresponder àquela contida no título que lhe é apresentado.

Apesar das exigências impostas ao notário para reconhecimento de firma, é inegável a possibilidade de fraude, daí porque a digitalização aumenta a segurança do procedimento administrativo. É dizer, com a certificação digital, as chances de terceira pessoa fraudar um contrato e, nessa extensão, eivar de nulidade a escritura pública são mínimas. A propósito, o uso de metadados é o princípio da segurança almejada pela certificação digital. Elucidando o conceito de metadados:

> (...) é possível utilizar a metáfora de uma carta ordinária. Assim, enquanto os dados seriam o conteúdo da correspondência, os metadados seriam informações sobre aquela carta: o tipo do papel utilizado, o tamanho do envelope, os dados do remetente e destinatário, a data e o local de postagem, os traços de DNA e impressões digitais encontrados na carta, o tipo e a cor da tinta utilizada para escrever a carta, o tamanho e o peso da correspondência, o número de letras e palavras, os traços de substâncias impregnadas no papel, as informações sobre quaisquer outras correspondências similares no sistema postal, nome do carteiro que fez a entrega etc.
>
> Os metadados não são uma novidade da era digital — afinal, fichas catalográficas dos livros em uma biblioteca também são metadados —, mas a quantidade, tipo e capacidade de análise deles só adquiriram a relevância atual em virtude dos avanços na tecnologia da informação. E, com essa maior quantidade e poder de análise, **os metadados tornaram-se capazes de informar mais que os dados propriamente ditos**. (NETO; MORAIS; BEZERRA, 2017, p. 191, grifos nossos).

Quando se fala em certificação digital, a primeira ideia que se depreende é a assinatura eletrônica, já amplamente utilizada nos processos judiciais brasileiros. Alguns contratos já são firmados com assinatura eletrônica. Há diferença, contudo, entre os termos “assinatura eletrônica” e “assinatura digital”, inclusive no que diz respeito à autenticidade.

Segundo Andrade e Barbosa (2016), a assinatura eletrônica é gênero, ao passo que assinatura digital é uma das espécies de assinatura eletrônica. Os referidos pesquisadores esclarecem que uma assinatura digitalizada (reprodução escaneada da assinatura a punho), quando inserida num documento, é espécie de assinatura eletrônica, mas não é

assinatura digital. Sustentam, ainda, que a jurisprudência censura a garantia de autenticidade de uma assinatura digitalizada.

Das assinaturas eletrônicas mais seguras, a assinatura digital é, atualmente, aquela mais rápida e prática, apesar de utilizar elementos criptográficos altamente complexos, que garantem a identidade da pessoa que assina. Por isso, a assinatura digital é dotada de autenticidade, confiabilidade e não repúdio. Não precisa apenas de senha para se assinar digitalmente um documento, pois a assinatura digital apenas é validada pelos certificados digitais ("*smart card*" ou "*token*").

A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) é a autoridade certificadora central, com competência administrativa para emissão dos certificados digitais e identificação do cidadão e de seus atos no meio digital. A ICP-Brasil foi instituída pela Medida Provisória nº 2.200-2/01 e recebeu diversas críticas.

Andrade e Barbosa (2016) aduzem que a primeira crítica recebida foi o fato de a ICP-Brasil ter sido editada por Medida Provisória, que é ato do Chefe do Executivo, posteriormente submetido ao Congresso Nacional, reservado apenas para matérias de relevância e urgência. Ainda segundo esses pesquisadores, à época da edição da norma, tramitavam dois projetos, um inclusive da OAB, cuja proposta contemplava apresentação de estudos e discussões sobre a certificação pública e privada por cerca de dois anos. Outra crítica apontava duvidosa constitucionalidade da norma e, por via de efeito, a ilegitimidade dessa autoridade nuclear de reconhecimento de identidade digital.

É que, ao desempenhar ontologicamente a mesma função dos serviços notariais quanto à presunção de legitimidade em relação à autoria, haveria clara violação à competência privativa material para os serviços notariais (art. 236 da Constituição Federal/1988).

Nas palavras de Andrade e Barbosa (2016, p. 97), “assim como um tabelião garante a autenticidade de um documento, o certificado digital é gerado e assinado por uma terceira parte confiável, ligando uma pessoa, física ou jurídica, um processo ou uma máquina a um par de chaves criptográficas.”.

Apesar das críticas, a assinatura digital já é utilizada, ainda de forma gradual, pelas serventias extrajudiciais, sem prejuízo aos emolumentos recolhidos e ao trabalho técnico do notário.

Para fazer o reconhecimento de assinatura de forma eletrônica, o usuário precisa ter um certificado digital notarizado, que pode ser emitido gratuitamente pela plataforma e-notariado.

No procedimento, o tabelião fará a identificação do cidadão, que será vinculado ao certificado. O documento tem validade de três anos.

Com a posse do certificado, por meio da mesma plataforma será necessário enviar o documento que precisa ter a assinatura reconhecida, indicar quais são as pessoas que precisam assiná-lo e, então, enviar a assinatura eletrônica.

O último passo é remeter o documento ao destinatário final. O serviço leva poucos minutos e terá o mesmo preço do ato físico, feito no balcão dos cartórios. O valor é tabelado por lei estadual em cada um dos estados do país. (CARTÓRIOS [...], 2022, p. 2).

A automatização dos cartórios não tem o condão de transformar o procedimento bisáfico em uma única etapa. Ao revés, o sistema bifásico continua a existir, mas com potencial celeridade dos atos praticados.

3.2 Índices de satisfação do público atendido

A redução de filas e do tempo de espera para regularização de questões registrais é o que os usuários dos serviços registrais mais precisam diante do procedimento burocrático, típico do sistema bifásico do registro imobiliário brasileiro.

Em geral, a transferência de propriedade imóvel, no Brasil, exige das partes envolvidas a lavratura de uma escritura pública perante um Tabelionato de Notas e, depois de as firmas serem reconhecidas e todo o trâmite ser formalizado, esse título é levado a outro cartório, que é o Cartório de Registro de Imóveis, para que o procedimento seja finalizado.

Sobre os benefícios da mecanização para a satisfação do usuário do serviço, melhor esclarecem SANTOS; LEHMANN; GRETTER, 2013, p. 242: “uma simples certidão de matrícula de imóvel pode levar vários dias para ser entregue, enquanto um sistema informatizado pode gerá-la no ato do pedido”.

Quando se apresenta um título a um Oficial de Registros, algumas providências são adotadas por esse representante do Estado. É como leciona Aghiarian (2015, p. 129):

> [...] apresentado o título para registro, o mesmo será prenotado, ocasião em que se atribuirá eficácia provisória de direitos reais, enquanto o oficial conferente, na linguagem dos Registros de Imóveis –, analisa a regularidade formal do documento apresentado, a fim de certificar-se de que o mesmo atenda às exigências de tipificação do artigo 221 da LRP, elaborado na forma do que determina a Lei no 7.433/85 e seu decreto regulamentador; ou ainda, se a construção jurídica atende aos diversos detalhes de certeza quanto às pessoas do negócio, sentido coerente entre a

> vontade declarada e a tipificação do negócio, assim como individuação do bem ou do ônus (Lei no 4.591/64 ou Lei no 6.766/79, entre outras).

Segundo a linha de raciocínio da certificação digital, as ferramentas tecnológicas revelam-se promissoras para negócios imobiliários, uma vez que garantem confiabilidade aos contratantes e reduzem a burocracia. Isso porque a automatização das serventias imobiliárias pode tornar mais rápido o procedimento de verificação dos requisitos do título apresentado.

3.3 Integração do serviço extrajudicial com a Corregedoria do respectivo Tribunal de Justiça e com o banco de dados da Fazenda Pública

A atividade registral é exercida em caráter privado, por delegação do Poder Público e sob fiscalização do Poder Judiciário. Essa fiscalização fica a cargo da Corregedoria do respectivo Tribunal de Justiça em que se circunscreve a serventia. Por isso, “a padronização dos serviços nas serventias extrajudiciais facilita o contato com a Corregedoria, o que torna mais ágil a correção de eventuais distorções ou falhas no cumprimento das obrigações dos cartórios.”. (SANTOS; LEHMANN; GRETTER, 2013, p. 246).

Em relação ao direito público, tanto notários quanto registradores têm o dever de fiscalizar a legalidade dos atos praticados, e o regular recolhimento de tributos é um deles. Inegavelmente, o serviço registral relaciona-se com o desenvolvimento econômico, diante da especulação imobiliária e modificação do valor venal dos imóveis. Diante do considerável valor das transações financeiras que são apresentadas nas serventias extrajudiciais, é dever dos notários e registradores a fiscalização do correto recolhimento da exação pública, sob pena, inclusive, de responsabilidade solidária.

Diante do dever de prestação de contas à Fazenda Pública, Miranda (2017, p.95) propõe a seguinte reflexão:

Imaginemos que a Receita Federal, com a intenção de verificar possíveis fraudes ocorridas em declarações de valores abaixo do valor real em escrituras públicas, solicite aos Registros de Imóveis que informem todas as transferências de imóveis nas quais o preço de transferência seja inferior ao preço de eventual transferência anterior do mesmo imóvel ou inferior ao valor de R$ X por metros quadrados, se urbano, ou de R$ Y por hectare, se rural.

A conclusão extraída pelo retromencionado pesquisador é que esse tipo de solicitação é simples e rápido em ser atendido, se o acerva estiver adequadamente estruturado. Do contrário, seria inexequível numa razoável análise de custo-benefício. Esse é mais um elemento que ratifica a necessidade do uso de sistema de computação cognitiva.

4 "*BLOCKCHAIN*" E "*TOKENIZAÇÃO*" DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS IMOBILIÁRIOS: A REVELÂNCIA DA ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO NO NOVO PARADIGMA INFORMACIONAL

Aghiarian (2015) explica que o princípio da continuidade representa a cadeia de títulos e registros, que torna segura a aquisição dos direitos e sua regular inscrição, a cada transmissão ou constituição e extinção de ônus reais, acessórios ao bem.

Essa definição em muito se assemelha à lógica da "*blockchain*". "*Blockchain*" é uma tecnologia do gênero DTL ("*distributed ledger technology*"), que arranja em blocos sequência de transações, garantindo segurança ao usuário desse sistema. A aplicação mais conhecida dessa ferramenta são as criptomoedas, especialmente o "*bitcoin*"

Daí se extrai a convicção de que, num futuro não tão distante, os registros realizados em cartório serão virtualizados sob essa perspectiva.

Pela terminologia, "*blockchain*" é a junção de duas palavras inglesas: "*block*" ("bloco") e "*chain*" ("corrente"). São, pois, blocos virtuais unidos entre si. Se um deixa de existir, toda a corrente é comprometida. Todas as movimentações ocorrem de forma virtual e é quase impossível a ocorrência de fraude.

Segundo Lamana Issler (2017), o registro que é feito, quando validado, não pode mais ser apagado. A validação ocorre por membros participantes da rede, chamados "*peers*" ("nós"). Havendo consenso entre todos ou alguns nós previamente determinados, o registro será feito e nunca mais poderá ser apagado. Toda operação é protegida por tecnologias criptográficas de assinatura digital, permitindo identificar os nós que emitem (emissores) e recebem (receptores) as transações.

Justamente por essa razão, a "*blockchain*" tem sido anunciada como inovação tecnológica capaz de reduzir fraudes, corrupção, erros e custos decorrentes de processos intensivos em papel. No campo público, tem potencial de reformular a relação entre o governo e os cidadãos quanto ao compartilhamento de dados, transparência e confiança. (NETO; BRANDELLI, 2019).

Com a tecnologia "*blockchain*", não há necessidade de trâmites tão demorados: a chave privada, que é uma espécie de "*token*", as partes firmam a avença, de modo que se mostra desnecessário ocupar filas nos cartórios para que seja reconhecida a expressão da vontade.

As transações usando essa tecnologia são verificáveis por meio de um uso de criptografia de chave pública. Cada usuário possui duas "chaves", uma privada, secreta, como uma senha pessoal e intransferível, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos e identifica as transações realizadas por esse determinado usuário. Além disso, nas chaves públicas, qualquer um pode verificar que a transação foi

de fato assinada com uma chave privada, sendo, portanto, uma troca autêntica que passa a ser registrada de forma perene, identificada com data e hora e divulgada no banco de dados que arquiva todos os registros de transações feitas, como se fosse um grande um livro-razão, chamado de blockchain. (DENNY; PAULO; CASTRO, 2017, p. 131).

Acrescentando ao debate, Nalini (2021) chega a refletir na possibilidade de o registro eletrônico realizado na "*blockchain*", caracterizado por ser imutável e criptografado, fariam com que os "*smart contracts*" substituíssem a segurança atribuída à figura de um registrador.

No entanto, a posição que nos parece mais acertada é a de Vecchi (2021, p. 94), que disserta sobre a importância do papel dos notários e registradores, uma vez que não há de se aceitar que a documentação nos serviços notariais e registrais se resuma apenas a "peças indestrutíveis, mas que sejam dotados de importantes efeitos jurídicos obtidos pela qualificação prévia desses títulos".

Em seus estudos, o mencionado autor descreve o exemplo da Geórgia:

> A medida de implantação do blockchain veio trazer um alento para o sistema de registro de títulos de propriedade da Geórgia, que vem de um histórico de conflitos de terras e grande corrupção dentro do sistema. Observamos que **o projeto não veio substituir o Registro, gerenciado pelo órgão estatal daquele país, mas se configurou como um instrumento para adicionar a segurança ao sistema existente**, atormentado pela falsificação de documentos relativos à propriedade da terra.
>
> O cidadão pode iniciar o processo de upload de uma transação para a rede **perante a autoridade administrativa correspondente ou perante qualquer notário**, que a envia para o blockchain privado denominado Exonum. Observamos que aqui, ao fazer o transporte da transação para o

> blockchain privado, **a autoridade estatal analisa a documentação fazendo uma qualificação jurídica**. (VECCHI, 2021, p. 110, grifos inovados).

A sistemática dos cartórios brasileiros pode ser classificada em: sistema de registro de documentos e sistema de registro de direitos. No primeiro, a declaração de nulidade de um ato prejudica todos os demais, em "efeito dominó" ("*nemo dat quod non habet*"). Já no segundo, os títulos registrados são independentes, de modo que a correção ou nulidade de um ato em nada afeta os demais, em "efeito guilhotina". Diante da possibilidade de retificação dos atos registrais, o uso da "blockchain" realmente parece não ter guarida, porque essa tecnologia, prezando pela segurança dos eventos, apenas existe se todos os atos permanecerem devidamente encadeados.

Peiró e Garcia (2019) compreendem que a tecnologia não deve ser mais que uma ferramenta, e a adoção da "*blockchain*" representaria efeito disruptivo ao modo como têm funcionado os Registros Imobiliários. Sustentam esse ponto de vista pela própria arquitetura "*blockchain*", que é infensa ao princípio da prioridade: se a lógica do sistema de registro imobiliário acompanha a máxima "primeiro no registro, primeiro no direito", a "*blockchain*" se discrepa dessa lógica.

De fato, a ordem de inserção dos novos blocos na cadeia ocorre a partir da solução de um problema matemático, e não da efetiva apresentação do título extrajudicial. Nessa ferramenta tecnológica, "a ordem não é baseada na cronologia das apresentações, mas nas diferentes velocidades dos nós que procuram a solução do problema (o tempo médio de validação é de 10 minutos)." (PEIRÓ; GARCIA, 2019, p. 327).

Somando às críticas, o entendimento de Neto e Brandeli (2019) aponta que o direito de propriedade imóvel é refratário ao uso da "*blockchain*". Segundo sustentam esses pesquisadores, a solução por essa sistemática, além de não ter

o condão de substituir o sistema de propriedade oficial, sequer pode a ele se alinhar.

Em que pese manifestarem entendimento contrário à aplicação da "blockchain" ao sistema de registro de direitos, os aludidos pesquisadores reconhecem as benesses dessa tecnologia ao sistema de registro de documentos, senão vejamos:

> Por um lado, o blockchain, pelas características vistas anteriormente, pode funcionar como um redutor dos custos de transação em relação à guarda e conservação dos documentos.

Nesse sentido, pode ser utilizado pelos registros públicos como tecnologia apta a melhorar a sua eficiência de conservação das informações registrais.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, onde há um sistema registral imobiliário de títulos, e, em razão disso há a quase obrigatoriedade prática da contratação de um seguro para garantir a transação, apesar do registro, especula-se que a tecnologia blockchain pode melhorar a estrutura legal existente e economizar custos reduzindo os prêmios de seguro de títulos pagos nos Estados Unidos às *title insurances*. Como explicado, os seguros de títulos são usados para proteger os compradores de imóveis contra danos provocados por defeitos em títulos imobiliários. O banco Goldman Sachs avalia que, graças à maior eficiência advinda da menor utilização de registros capengas feitos em papel por múltiplos usuários do sistema e à redução do risco derivado de sua maior rede de segurança, registros imobiliários efetuados em *distributed ledgers* poderiam gerar uma economia da ordem de US$ 2 a 4 bilhões por ano (NETO; BRANDELLI, 2019, p. 77, itálicos constantes no original).

Conforme dito linhas antes, em novembro de 2021, na cidade de Porto Alegre/RS, efetivou-se o registro da matrícula de um imóvel tendo como permuta um "*token*", sob intermediação da empresa Netspaces. Em pesquisa sobre o

caso, Diniz e Ferreira (2021, p. 5) elucidam como funciona o procedimento:

O modelo de tokenização imobiliária proposto pela empresa Netspaces, permutante no ato originário do processo, é o seguinte: 1) O proprietário acessa o site da empresa e solicita a digitalização do imóvel de sua propriedade; 2) O proprietário e a empresa assinam uma escritura de permuta, pela qual a empresa recebe a propriedade do imóvel que se transformará em propriedade digital; 3) Neste ato, o proprietário paga o ITBI devido ao município e os custos da escritura; 4) A seguir, o proprietário paga também os custos do registro da escritura no cartório de imóveis. Feito o registro, a mencionada empresa adquire a propriedade efetiva do imóvel; 5) Uma vez "digitalizado" o imóvel, a empresa registra a transação e a propriedade digital na blockchain em nome do antigo proprietário, o qual terá apenas a propriedade digital, representada por um token.

É preciso esclarecer que o "*token*", instrumento da avença, não é o certificado digital. Nesse caso, o "*token*" é um objeto que representa a propriedade imobiliária, que existe fora do mundo digital. Os bens transacionados na própria cadeia são ativos digitais, a exemplo das criptomoedas. À semelhança da "*blockchain*", a "tokenização" de imóveis recebe críticas:

> Portanto, a tokenização dos negócios imobiliários e, diga-se, não da propriedade de bens imóvel, dos Direitos Reais imobiliários, embora possa ser utilizada, serve para a realização de negócios no plano obrigacional, contratual, a quem conscientemente pretenda assumir os bônus e os ônus decorrentes de ativos virtuais, sabendo-se que não restará por haver vínculo de direito real com qualquer imóvel, o que, aliás, restou elucidado pelo entendimento da Corregedoria Geral da Justiça por meio do Provimento n.º 38/2021.

Ou seja, esse é o ponto fulcral, de distinção, no que diz respeito à tokenização e aos negócios imobiliários: o que se vislumbra possível é a tokenização de direitos contratuais, como, por exemplo, do crédito e mesmo de eventuais dívidas, tudo isso no plano obrigacional, que, aliás, pode ser objeto de cessão de direitos justamente por meio da lógica da tokenização; mas não dos direitos reais sobre imóveis, que dependem de um ato complexo e solene, ou seja, tanto da realização de escritura pública quanto da efetivação do respectivo registro junto à matrícula do imóvel para que haja transferência da titularidade (diferentemente do que ocorre com bens móveis, que se transferem pela simples tradição). (BURLET; TRINDADE; VECCHIO, 2021, p. 167).

Percebe-se, pois, que nem mesmo um aparato de elevada tecnologia, que é a "*blockchain*", teve o condão de afastar profissionais do Direito da área imobiliária, mas apenas de trazer mais segurança às relações jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, infere-se que a automatização não é ideia recente para alguns cartórios brasileiros e necessita ser padronizada em relação aos demais, sobretudo em razão do Provimento nº 89/2019 do Conselho Nacional de Justiça. Referido provimento é anverso à heterogeneidade dos serviços registrais e visa à instituição do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis como forma de universalização, interconexão das serventias e interoperabilidade das bases de dados.

Segundo se apurou, em relação aos sistemas de computação cognitiva, os cartórios podem ser classificados em três categorias: cartórios não informatizados, cartórios parcialmente informatizados e cartórios plenamente informatizados. A característica de destaque dessa última modalidade de cartório é o emprego de algoritmo como auxílio

ao registrador na realização de trabalhos manuais e, principalmente, no manejo de qualificação híbrida. A qualificação é híbrida em razão de os meios computacionais auxiliarem na compreensão das situações registrais (averbação ou registro) e na emissão de relatório informativo ao registrador (se o título pode ser averbado ou registrado), mas serem incapazes de excluir a análise jurídica do registrador quanto às informações prestadas pela máquina.

Apesar do receio que causa a uma parcela dos profissionais registrais, o implemento da informatização no setor de registros imobiliários atende à necessidade de dinamismo que pautam as relações negociais, de modo que a adoção do sistema computacional informativo representa elemento coadjuvante ao desempenho eficaz do trabalho dos Oficiais de Registro, sem que venha a substituir essa profissão.

Na Era da Informação, o progresso da evolução tecnológica é encarado como coadjuvante ao profissional do Direito. Conforme se evidenciou, a atuação humana não é tolhida, e a função do registrador passa a ser mais reservada à análise jurídica do que à análise mecânica do preenchimento de formalidades.

Em relação à "*blockchain*", conclui-se que essas ferramentas tecnológicas têm vantagens ao sistema de registro de documentos, isto é, aos serviços notariais. Ainda nesses casos, constata-se que a mecanização serve de instrumento para aumentar segurança, mas não substitui o sistema registral. Prova maior dessa afirmação é o caso da Geórgia, em que o cidadão pode enviar dados no bloco virtual para serem lavrados, mas isso não dispensa a intervenção da autoridade pública para analisar a documentação e dela fazer qualificação jurídica.

Ao contrário dos Estados Unidos da América, em que a "*blockchain*" serve como redução de custos de contratação de seguros para garantir a preservação do sistema imobiliário, esse recurso aparenta desvantagens ao sistema registral brasileiro. Como essa ferramenta preza pela segurança dos atos

encadeados, impossível é a retificação de algum ato registral sem que se comprometa o bloco virtual. Além disso, essa tecnologia ofende o princípio da prioridade, porque pouco importa a ordem de apresentação dos títulos a serem registrados, mas sim a solução matemática que o sistema atribui para juntar a informação à cadeia. Reconhece-se, todavia, a possibilidade de essa ferramenta ser utilizada para proteger e organizar o sistema notarial.

Em relação à "*tokenização*", conclui-se que, a despeito de seu uso em transação imobiliária ocorrida no Rio Grande do Sul, não há amparo a qualquer direito real, pois a transferência da titularidade ainda se condiciona à lavratura de escritura pública e efetivação do registro junto à matrícula do imóvel. Inobstante a isso, conclui-se que essa ferramenta tecnológica pode ser utilizada para cessão de direitos obrigacionais, a exemplo do crédito.

Por fim, as vantagens da utilização da certificação digital nos Ofícios Registrais resumem-se na segurança das informações registradas, garantia prestada pelos metadados; celeridade na confecção de atos intermediários, o que aumenta a satisfação dos usuários do serviço; e integração das serventias extrajudiciais com a Corregedoria do respectivo Tribunal de Justiça e banco de dados da Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ANDRADE, Henrique dos Santos; BARBOSA, Marco Antonio. Cartório Digital na Sociedade da Informação. **Revista do Direito Público**. Londrina, v.11, n.1, p.85-112, jan/abr.2016. Disponível em: https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/issue/view/1139. Acesso em: 01 ago. 2022.

ASSAD, Frederico Jorge Vaz de Figueiredo. Registro de imóveis eletrônico e governança fundiária. **II Seminário Governança de Terras e Desenvolvimento Econômico**, Campinas, p. 122 – 140, 2016. Disponível em: http://governancadeterras.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Anais-2016.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 89, de 18 de dezembro de 2019**. Regulamenta o Código Nacional de Matrículas - CNM, o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis - SREI, o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado – SAEC, o acesso da Administração Pública Federal às informações do SREI e estabelece diretrizes para o estatuto do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico – ONR. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/provimento-89-cnj.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

BURLET, Tiago Machado; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VECCHIO, Fabrizio Bom. Considerações quanto à possibilidade da tokenização da propriedade imobiliária no Brasil: ficção ou realidade? **Revista de Direito Notarial**, São Paulo, v.3, n.2, p. 143-171, jul./dez. 2021. Disponível em: http://rdn.cnbsp.org.br/index.php/direitonotarial/article/view/40. Acesso em: 01 ago. 2022.

CARTÓRIOS de imóveis já fornecem certidões digitais das matrículas imobiliárias. **Câmara Brasileira de Direito Digital**, São Paulo, 28 jun. 2011. Disponível em: https://www.camara-e.net/2011/06/28/cartorios-de-imoveis-ja-fornecem-certidoes-digitais-das-matriculas-imobiliarias/. Acesso em: 30 jul. 2022.

CARTÓRIOS de notas aderem ao reconhecimento de firma digital no país. **Revista Consultor Jurídico**, [*S.l*], 9 jul. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jun-

09/cartorios-notas-aderem-reconhecimento-firma-digital. Acesso em: 30 jul. 2022.

DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e agenda 2030. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v.7, n.3, p. 122-141, dez./2017. Disponível em: https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/5070. Acesso em: 01 ago. 2022.

DINIZ, Nathaly; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **Tokenização imobiliária e o impacto da blockchain na atividade notarial e registral**, [*S.l.*], 15 dez. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/356570/tokenizacao-e-impacto-da-blockchain-na-atividade-notarial-e-registral. Acesso em: 30 jul. 2022.

DUARTE, Melissa de Freitas. Atos notariais e registrais: fé pública, autenticidade e segurança. *In*: DUARTE, Melissa de Freitas; VALGOI, Gabriele. **Sistema registral e notarial brasileiro**. Porto Alegre: Sagah, 2018, p. 107-121.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; REIS, Beatriz de Felippe. Democracia digital: o papel da tecnologia no restabelecimento dos vínculos sociedade-estado. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 18, n. 01, p. 177 - 200, dec. 2019. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3211>. Acesso em: 01 ago. 2022.

LAMANA ISSLER, Pedro Augusto; LAMANA ISSLER, Paulo Vinícius. Discussões sobre o uso da tecnologia blockchain aliada ao registro público brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 4., 2017, Santa Maria. **Anais** [...]. Santa Maria: 2017, p.1-14. Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/?page_id=295. Acesso em: 01 ago. 2022.

MIRANDA, Caleb Matheus Ribeiro de. A computação cognitiva e o Registro de Imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v.83, ano 40, p. 79 – 100, jul./dez. 2017. Disponível em: https://irib.org.br/publicacoes/rdi83/pdf.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

NALINI, José Renato de Freitas. O registro de imóveis e o registro em blockchain. *In*: GALHARDO, Flaviano; PARO, João Pedro; NALINI, José Renato; BRANDELLI, Leonardo (org.). **Direito registral e novas tecnologias**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NETO, Celso Maziteli; BRANDELLI, Leonardo. Blockchain e o registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, [*S.l.*], v. 87, p.63-65, jul./dez. 2019. Disponível em: https://academia.irib.org.br/xmlui/handle/123456789/24105. Acesso em: 01 ago. 2022.

NETO, Elias Jacob de Menezes; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v.7, n.3, p. 185-198, dez./2017. Disponível em: https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/5070. Acesso em: 01 ago. 2022.

PEIRÓ, Nicolás Nogueroles; GARCÍA, Eduardo J. Martinez. Blockchain e os sistemas de registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, [*S.l.*], v. 86, p.321-349, jul./dez. 2019. Disponível em: https://academia.irib.org.br/xmlui/handle/123456789/24105. Acesso em: 01 ago. 2022.

SANTOS, Anderson Silveira dos; LEHMANN Wagner Walter; GRETTER, Elton Giovani. A gestão da tecnologia da informação nas serventias extrajudiciais. **Maiêutica – Cursos de Gestão**, [*S.l.*], 2013, p. 241-254. Disponível em: https://core.ac.uk/display/228916257?utm_source=pdf&utm_

medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1. Acesso em: 01 ago. 2022.

VECCHI, Leonardo Garcia. O uso da tecnologia blockchain no serviço notarial e registral e seus reflexos nos custos da propriedade privada: um estudo da sua viabilidade técnica, jurídica e econômica. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional Econômico) – Centro Universitário Alves Faria, Fortaleza, 2021. Disponível em: http://tede.unialfa.com.br/jspui/handle/tede/384. Acesso em: 30 jul. 2022.

O PODER DE LEGITIMIDADE CONFERIDO PELO *BLOCKCHAIN* NA CRIAÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS.

A influência do sistema democrático nos certificados por *Blockchain*.

THE LEGITIMITY POWER CONFERRED BY BLOCKCHAIN IN THE CREATION OF EXTRAJUDICIAL EXECUTIVE TITLES. The influence of the democratic system on Blockchain certificates.

Cássio Arrais Bezerra[271]
André Bruno Façanha de Negreiros[272]
Maria Darlene Braga Araújo Monteiro[273]

Sumário: **1** Introdução;**2** Visão geral sobre o *blockchain;***3** Sistema *blockchain* judiciário; **4** Processo de execução e o *blockchain;***5** Ação monitória e *blockchain;***6** Direito ao esquecimento e impossibilidade de retificação dos atos;**7** Conclusão;**8** Referências.

[271] Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), monitor da matéria de direito da tecnologia e da informação, pesquisador.

[272] Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, professor de Operações Imobiliárias do CETREDE, advogado; Telefone: (85) 99984-8392 / andrenegreirosadv@gmail.com.

[273] Doutora em Direito Constitucional e professora titular de Direito Imobiliário da Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Telefone: (85) 99982-0888; darlenebraga@terra.com.br.

RESUMO

O artigo convida o leitor a entender e refletir sobre um novo método de certificar e dar fé a documentos e atos jurídicos de forma mais ampla, isso com base em um sistema chamado *blockchain*, uma ferramenta digital com grandes expectativas encima de sua vasta possibilidade de aplicações. Com isso o artigo busca mostrar ao leitor a partir da perspectiva do direito digital de que forma o referido sistema pode legitimar atos jurídicos capazes de gerar direito de ação conferido aos títulos extrajudiciais e como o sistema democrático de direito confere a esse sistema um poder certificador capaz de dar "fé" sem que passe necessariamente pelo poder público. Por fim o artigo utiliza uma metodologia bibliográfica em livros, com suporte em documentários e vídeos, para garantir a segurança da resolução da problemática central, qual seja, como seria um sistema judiciário adepto ao *blockchain* e quais as dimensões do poder conferido a esse sistema.

Palavras-chave: *blockcheain*. Fé. Legitimar. Títulos. Democrático.

Abstract

The article invites the reader to understand and reflect on a new method of certifying and giving faith to documents and legal acts more broadly, based on a system called blockchain, a digital tool with great expectations over its vast possibility of applications. With this, the article seeks to show the reader from the perspective of digital law how the aforementioned system can legitimize legal acts capable of generating the right of action conferred on extrajudicial titles and how the democratic system of law gives this system a certifying power capable of to give "faith" without necessarily passing through the public authorities. Finally, the article uses a bibliographic methodology in books, supported by documentaries and videos, to guarantee the security of the resolution of the central problem, that is, what a

blockchain-enabled judicial system would be like and what are the dimensions of the power conferred on this system.

Keywords: blockcheain. Faith. Legitimize. titles. Democratic.

1 INTRODUÇÃO

É fundamental entender que o artigo trata de uma problemática muito pertinente nos tempos modernos, pois com o avanço do direito digital também deve haver um avanço no sistema público para acompanhar as demandas presentes no ambiente de rede e aumentar a segurança dos dados.

Nessa linha de orientação, o artigo busca tratar de um sistema complexo de armazenamento de informações de caráter descentralizado chamado *blockchain*, de forma a sugerir formas de implanta-lo no sistema operacional do poder judiciário, similar ao que ocorre nos cartórios de registros.

Entrementes o artigo busca expor uma perspectiva acerca de como seria um sistema judiciário adepto do *blockchain* e qual seria sua contribuição para a sociedade e como possibilita o avanço das atividades judiciárias e confere mais segurança mais segurança aos dados presentes dentro do sistema.

Com isso, será analisado como o direito de ação é resguardado e como os atos jurídicos podem ser legitimados e gerar efeitos do mundo do direito, como a possibilidade de criar títulos extrajudiciais e títulos capazes de justificar ação monitória, dentro de um sistema jurisdicional adepto das novas tecnologias.

Acresça-se que o artigo pretende tratar da implantação do sistema de *blockchain* nos cartórios, de modo a conferir maior segurança aos atos jurídicos praticados e registrados nos estabelecimentos cartorários em todo o pais,

criando um sistema ainda mais complexo e integrado para realizar o registro das informações registradas nos blocos.

Por fim, faz-se necessário uma metodologia quanto aos fins dos objetivos, explicativa, já que traz sistemas onde o *blockchain* é aplicado nos meios digitais; quanto às fontes, cuida de um estudo bibliográfico em livros, periódicos e sítios eletrônicos; quanto à técnica de coleta de dados é baseada na observação; quanto a abordagem é qualitativa e quanto a natureza é teórica.

2 VISÃO GERAL SOBRE O *BLOCKCHAIN*

lockchain é uma espécie de sistema operacional de registro descentralizado que trabalha com a validação de blocos de informação, que são concatenados uns aos outros e validados sucessivamente, de forma a tornar impossível a alteração de um bloco já validado, pois a validação do último depende da validação de todos os blocos anteriores desde o primeiro bloco criado dentro do sistema, ou seja, não há como fraudar blocos anteriores sem que seja identificado a alteração pelo último bloco em processo de validação. Esse sistema, mal comparando é um grande livro de registros ao qual todos os integrantes do sistema têm acesso ao arquivo digital sempre atualizado, sendo assim um arquivo único, público e universal, ou seja, é todos os usuários do sistema tem um arquivo cem por cento igual ao de todos os outros, é de caráter público pois não há restrições em seu acesso de acordo com a ideia original, e universal porque não há limites territoriais ou jurisdicionais na forma pura desse sistema.

2.1 Origem histórica e aplicabilidade do *blockchain*

É importante destacar que o sistema em foco nasceu junto a moeda digital chamada bitcoin, foi um modo criado a fim de descartar que alguém conseguisse tomar o controle da moeda, levando em conta que a moeda foi criada em meio à crise econômica americana de 2008, o que se buscava era o descarte total de instituições econômicas nas relações econômicas, a solução para isso foi criar uma moeda veiculada pelos usuários, que, inicialmente mineravam os blocos em troca de moedas, minerar nesse contexto significa validar os blocos, o computador capaz de resolver o algoritmo gerado nos blocos era recompensado com unidades da moeda, assim gerava-se incentivo para que a rede do *blockchain* se tornasse cada vez maior, pois quanto maior a rede de computadores ligados ao sistema maior a segurança.

Diante dessa logística, é possível visualizar que o sistema de *blockchain* surgiu como um meio de democratização da confiança, pois, a partir da criação do sistema não há mais uma unidade central responsável por validar as operações, sendo elas de natureza financeira ou não, pois, desse momento em diante a informação será validada por um número indeterminado ou indeterminável de testemunhas virtuais, logo, não será mais necessário à validação de um único órgão central, visto que o sistema é completamente descentralizado e integrado.

Nesse diapasão, é notório que o *blockchain* surgiu com o condão de viabilizar operações financeiras baseadas apenas na confiança entre os usuários que compõem os blocos, entretanto, há inúmeras aplicações para as funcionalidades do sistema, representando um grande avanço, endossando o sistema democrático de direito adotado pelo Brasil, pelo que o poder e confiança de fato emanam do povo, tornado dispensável a atuação governamental por meio de seus agentes para conferir credibilidade aos atos praticados no contexto da administração

pública quando se fala em existência, ficando a cargo dos agentes a fiscalização e produção de validade e eficácia dos atos praticados.

Por fim, é importante destacar que o sistema de *blockchain* não implica apenas na legitimidade e credibilidade dos atos, tornando dispensável a atuação dos agentes públicos, mas possibilita também um sistema "infalível" de fiscalização dos atos praticados pelos agentes públicos, que por sua natureza já são dotados de verdade relativa, pelo que são ratificados pelo *blockchain* quanto a sua existência, mas não quanto a sua validade e eficácia, pelo que cabe aos agentes públicos realizar a conferência do conteúdo e requisitos para a prática dos atos.

2.2 É possível fraudar o *blockchain?*

Em tese sim, é possível fraudar o sistema em questão, entretanto, seria necessário invadir simultaneamente 51% de todos os computadores ligados a rede do *blockchain,* ou seja, imaginando que há milhões de computadores ligados à rede, espalhados pelo mundo inteiro, logo, é algo materialmente e tecnologicamente impossível até então.

Essa necessidade de invadir 51% no mínimo dos computadores é necessária para que a informação fraudada colocada no bloco seja aceita a validada pela maior parte de computadores conectados, obrigado o restante a validar de acordo com a maioria, pois não podem haver informações incompatíveis dentro dos blocos, uma vez que o sistema funciona como um livro atualizado periodicamente em cada usuário conectado, assim, conforme leciona Galhardo, Paro, Nalini, Brandelli(2021, p.336):

> A distribuição do livro-razão também possibilita que as transações registradas na *blockchain* se tornem irreversíveis. Uma vez lançada a informação, esta ficará armazenada em todos os computadores da

> rede. Para se reverter um registro, seria necessário consenso de mais da metade da rede, o que é praticamente impossível. Por isso, para se corrigir ou modificar um registro, deve-se inscrever uma nova informação. Mas ambos – o registro original e o retificado – permanecerão visíveis.

Porem essa invasão tem um tempo muito limitado de atuação, variando de 10 a 30 minutos para ser detectada, esse tempo é definido no momento de criação do bloco, pois consiste no tempo que será gerado novo código, ou nova criptografia, também há um limite de alcance, não é possível fraudar blocos muito antigos, há uma pequena margem de possibilidades para a escolha do bloco, dessa forma o bloco mais suscetível a fraude é o que está sendo validado contemporaneamente com o ato fraudulento.

Logo, ligando essa logística operacional aos atos praticados em cartório, ou seja, aqueles atos que se busca dar publicidade, segurança, autenticidade ficariam extremamente mais seguros no sistema de *blockchain,* visto que o papel é infinitamente mais suscetível de ser fraudado do que um sistema com tal logística, unido ainda ao fato de que não seria apenas o notário ou registrador que da fé ao ato, mas todos os mineradores ligados aos blocos, pois estes são testemunhas do conteúdo, tempo, titularidade do ato praticado e registrado dentro do bloco, unido ainda a validações simultâneas dos blocos que vierem posteriores ao ato registrado na rede, uma vez que, como já mencionado, os blocos são validados desde o primeiro criado.

3 SISTEMA *BLOCKCHAIN* NO JUDICIÁRIO

Levando em conta o percurso teórico traçado até o momento, é possível imaginar como o sistema poderia ser

implantado no sistema judiciário. É importante destacar que o que se propõe aqui não é o *blockchain* em sua forma pura, dispensando aqui a publicidade absoluta do bloco, uma vez quem nem todo processo pode ser disponibilizado ao conhecimento do povo.

Então imagine aqui todo o judiciário brasileiro interligado em uma grande rede descentralizada, onde todos os órgãos do poder judiciário têm todas as informações do que acontece em todo o território nacional, sem precisar passar por um servidor, assim, o judiciário não ficaria impedido de acessar informações por quedas de energia, falha no servidor, esperas por informações que apenas outra comarca tem acesso, assim poderá haver uma fiscalização mutua entre todos os órgãos, uma espécie de freios e contrapesos dentro do próprio judiciário, um juiz ou servidor não poderiam fazer atos as escondidas, pois, todo ato seria registrado automaticamente no sistema, logo, uma vez registrado no bloco a informação ficará lá de forma perpétua.

Logo, a informação apenas poderia ser "alterada" por meio de retificação, ou seja, a correção da operação em um bloco posterior, de modo que havendo fraude no ato, este não poderá ser apagado do bloco.

O principal benefício com a implantação desse sistema no judiciário seria a desburocratização dos atos da justiça no que diz respeito a um sistema cooperativo, pois não haverá mais necessidade de pedir acesso aos atos, uma vez que este está registrado no "livro razão" *blockcheain*, a impossibilidade de fraude, e fiscalização ostensiva de todo o poder judiciário, de maneira que atos como cartas precatórias seriam consideravelmente menos utilizados, visto que a informação já está disponível a nível nacional, logo, se limitaria a atos de ordem, dispensando a coleta de informações em outras comarcas.

3.1 Publicidade reduzida

É fato que não é permitido a todos ter acesso ao conteúdo dos atos praticados no judiciário, logo não há como haver um sistema puro de *blockchain* no sistema judiciário, uma vez que o acesso as informações devem ser cadenciadas, entre os integrantes da administração pública judiciária, ministério público, defensoria, advogados e particulares que não tenham interesse direto no judiciário, ou sem outras palavras, particulares que não estejam exercendo direito de ação ou defesa, claro sem que se prejudique a publicidade dos atos sempre que possível.

Contudo o acesso proposto pelo *blockchain* não revela dados sensíveis, como o conteúdo dos atos, analogicamente ao sistema financeiro do bitcoin, o que constaria de informação para acesso ao público seria o número do processo, possivelmente o nome das partes, em caso de segredo de justiça, o número atribuído as partes, logo, é possível três conclusões, a primeira é que houve um ato praticado, a segunda é que foi naquele processo e a terceira é que será referente aqueles indivíduos. Com isso, não haveria como revelar informações sensíveis ao público, uma vez que só as partes podem ter acesso ao processo e o conteúdo dos atos.

O principal benefício desse sistema seria o upgrade diante do princípio da publicidade presente no artigo 5°, XIV da Constituição Federal, conciliando-o simultaneamente com o inciso LX também do artigo 5º da CF/88, tornando as informações cada vez mais acessíveis.

4 PROCESSO DE EXECUÇÃO E O *BLOCKCHAIN*

Quando se fala a respeito de processo de execução, o que está em questão são principalmente os títulos executivos

extrajudiciais feitos por documento particular entre as partes e assinado por duas testemunhas, ou o ato escriturado em cartório, constante do artigo 784, II e III do NCPC.

Pois bem, o que se propõe aqui é a aceitação do sistema do *blockchain* para que possa "substituir" as testemunhas, pois as testemunhas nessa modalidade de formação de título são necessárias primeiramente para garantir a existência do negócio jurídico, e certificar seu plano de validade, ainda que o sistema em foco não possa sanar vícios presentes no plano de validade, será considerado valido, pois é o próprio título não exige que as testemunhas estejam cientes do conteúdo do negócio, uma vez que, não é necessária a presença das testemunhas no momento de assinatura do contrato. Diante do entendimento de Alexandre Câmara (2017, p.291) conforme se lê:

> As testemunhas são meramente instrumentárias, não sendo necessário que aponham suas assinaturas no documento no momento da prática do ato de confissão da dívida. É perfeitamente possível que o assinem depois, e nem mesmo é preciso que suas assinaturas sejam lançadas no documento na presença do devedor para que se constitua o título executivo extrajudicial.

Logo, o que pode ser extraído é que basta que o documento em síntese tem que ser válido, ou seja, basta que seja devidamente assinado pelo devedor e pelo credor, para que seja validado o ato jurídico.

Acresça-se que, logo de cara o *blockchain* descarta a possibilidade dessas testemunhas serem impedidas ou suspeitas, pois não se trata apenas de duas testemunhas, há milhares de usuários confirmando a existência daquele negócio, tornando inegável que o negócio ocorreu, contudo, é importante destacar que esse sistema não é capaz de sanar possíveis vícios de vontade como regra, pois estes dizem respeito a

condições humanas, portanto, o que se discute em síntese é a eficácia do título, considerando que o mesmo está regular em seu campo de existência e validade, conforme a teoria da "escada ponteana" criada pelo jurista Pontes de Miranda.

Assim como os títulos não estariam fundados apenas na fé pública conferida aos notários e registradores, mas também estará amparada por um número a priori indeterminado de testemunhas que visualizaram a informação jogada no sistema, validando os blocos de operação e perpetuando a informação dentro do sistema registral.

Atendendo também as disposições do artigo 4º da lei 8.935/94 no seguinte teor:

> Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo **eficiente** e **adequado**, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça **segurança** para o arquivamento de livros e documentos. (grifou-se)

Logo, quanto aos princípios que regem com mais especificidade as atividades cartorárias pertinentes a eficiência, adequação e segurança, há de se convir que o sistema de *blockchain* atende a todos os requisitos, adequando-se ainda aos princípios que regem a administração pública, quanto a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de modo que o serviço poderia ser prestado com notória celeridade.

4.1 Sistema democrático de direito como atestador de aceitabilidade

É fato que em um sistema democrático de direito a aceitação de algo se dá pela quantidade de pessoas qualificadas

a expressar suas vontades, logo, quanto mais pessoas aceitarem e validarem algo, mais legítimo esse será, principalmente para o direito, exemplo disso são as eleições, onde o candidato com a maior quantidade de votos, ou seja, manifestação de vontade das pessoas qualificadas em face dele, então este será o legitimo ocupante do cargo.

É necessário lembrar que um estado democrático de direito as leis são criadas pelo povo e para o povo, logo, é imprescindível que os atos a serem validados estejam em acordo com a lei.

O *blockchain* aqui age nesse mesmo sentido, quem lhe confere legitimidade não é a lei e sim as pessoas, aqui há um grande vulto de pessoa ratificando que aquele ato está sendo manifestado no plano de existência da vida, mas o que lhe confere efeitos no direito não apenas é a lei, aqui o povo tem participação direta na validação do ato, pelo que a lei será considerada no que diz respeito as formalidades do objeto sujeito ao registro, ou seja, confere legitimidade diante do conteúdo e formalidades do ato jurídico sujeito a registro nos blocos.

Acresça-se que o sistema do *blockchain* no contexto dos cartórios poderá ser criado para "rodar" as informações apenas pelos cartórios de todo país e seus notários, pelo que não deixa de ser democrático, tendo em vista que o testemunho do ato também será um fator de autenticação das operações, ainda que tenha sido praticado exclusivamente por notários, como é o exemplo do sistema *notarchain* criado como um projeto piloto para a implantação do *blockchain* nos sistemas cartorários do Brasil, instituído pelo Colégio Notarial do Brasil.

4.2 Criação de título extrajudicial na hipótese do 784, II do NCPC.

Aqui neste tópico já estamos diante de uma realidade, pois já há cartórios no Brasil que utilizam o sistema do *blockchain* para fins de registro, como por exemplo a empresa "originalmy" que surgiu no ano de 2015 como uma "start-up" possibilitando entre outros serviços a inserção da informação representada por documento no sistema proposto, contudo, a empresa tem convenio com um determinado cartório chamado Azevedo Bastos, localizado em João Pessoa, na Paraíba, também conforme leciona Peck (2021, p.311):

> [...]já estão disponíveis meios mais econômicos e tecnicamente mais confiáveis, como a tecnologia blockchain, para a aferição da integridade da conversa. Cita-se como exemplo a aferição feita através do sítio originalmy.com, que atesta a validade da conversa através da verificação dos metadados, ou seja, através de informações como dia e horário em que a mensagem foi enviada registradas no sistema do aplicativo. Para tanto, basta que a validação seja feita através do serviço "PacWeb" do referido sítio, mediante o acesso à conversa pelo "WhatsApp Web". Salienta-se, tal meio de prova enquadra-se na hipótese do inc. II do art. 411 NCPC.

Em linhas gerais, o procedimento a ser feito é o upload[274] do arquivo, seguido do pagamento, logo após ocorrerá a certificação dos documentos em *blockchain* e a autenticação na sede do cartório. Assim que o pagamento for confirmado, seu documento será certificado em *blockchain* e logo em seguida

[274]Upload: Em redes de computadores, fazer upload é enviar dados para um sistema remoto, para que o sistema remoto possa armazenar uma cópia.

será enviado para o Cartório para fazer a autenticação em sua sede, e por fim, será enviado um e-mail com todas as informações para baixar os documentos autenticados assim que todo o processo estiver concluído.

Conferindo fé pública a informação contida, tornando-o assim um documento público assinado pelo devedor, logo, será título qualificado para dar início ao processo de execução. Diante do entendimento de Alexandre Câmara (2017, P.291) conforme se lê:

> Pode acontecer de o devedor reconhecer sua dívida através de ato praticado por documento público (de que a escritura pública é o exemplo mais conhecido). Assim, por exemplo, imagine-se o caso de um devedor que, perante o notário, lavre escritura declaratória de confissão de dívida. Pois esta confissão de dívida (desde que relativa a obrigação certa, líquida e exigível, evidentemente) por escritura pública é título executivo extrajudicial.

Com isso, é evidente que, para ser aceito basta que seja documento valido assinado pelo devedor, e recaia sobre esse documento a fé pública, não sendo necessário ser uma declaração de confissão, basta ser capaz de reconhecer a existência do negócio firmado.

5 AÇÃO MONITÓRIA E O *BLOCKCHAIN*

A ação monitoria aqui se encaixa em uma possibilidade subsidiária da aplicação do sistema, uma vez que, se questionada a legitimidade do bloco em face das testemunhas, então será possível propor ação monitória caso não seja conferido lhe seja conferido força executiva. Aqui não haveria controvérsia quanto a existência do documento registrado nos blocos, pois deve ser escrito, ainda que

digitalmente, e quem tem sua força de título executivo descartada, sempre mantendo os requisitos de cabimento do artigo 700 do NCPC.

Imagine uma situação onde foi firmado um contrato de compra e venda escrito e registrado no bloco, onde o alienante e o adquirente assinam de forma válida o contrato, o alienante de pronto já registra o documento no *blockchain*, porém, o devedor na figura do adquirente não paga o alienante e registra recibo falso sem a assinatura do alienante no bloco. Logo surge o questionamento, certo agora os dois fatos estão registrados, então os dois geram efeitos, certo?

Não, como apresentado o *blockchain* certifica a existência de atos válidos, o ato pode ter sido manifestado no mundo, mas não quer dizer que foi manifestado no direito, pois não atende aos requisitos de um recibo válido para o direito, contudo o alienante poderá utilizar tanto o contrato para propor ação monitória e para provar a má-fé do devedor, pois o ato que antes não gerava efeitos no mundo do direito agora gera no que diz respeito a má-fé e não como o devedor negar que falsificou o documento, uma vez que ele estará lá registrado para sempre.

Logo é possível mais uma vez destacar que a finalidade do *blockchain* é registral, não há como haver juízo de valor diante das informações prestadas, o que é registrado é o objeto representado aqui pelo documento e quem está registrando, a legitimidade aqui é no que diz respeito a existência do ato e se de alguma forma esse ato se manifesta no mundo do direito, seja para pleitear direito ou para finalidades probatórias.

6 DIREITO AO ESQUECIMENTO E IMPOSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DOS ATOS

Talvez o grande problema acerca desse sistema dentro do contexto judiciário seria a impossibilidade de conceder o direito ao esquecimento, pois, uma vez registrada estará eternamente no “livro razão” do judiciário.

Contudo, não impede que possam ser editados mais tarde atos que se contraponham aos já registrados, a finalidade do sistema é evitar fraudes e ilegalidades, nada impede que outro ato totalmente legal seja protocolado, com a finalidade de documentar os atos praticados, assim há um maior controle do que está sendo feito, pois, é possível visualizar tanto o ato anterior e seu conteúdo quanto o ato novo constatando o que foi modificado entre eles, diminuindo consideravelmente as fraudes.

Diante desse contexto é visível que o direito de esquecimento de forma plena não poderá ser concedido, porém há a possibilidade de praticar atos ativamente no sentido de retificar os atos eivados de vícios, erros, ilegalidades, entre outros problemas que podem afetar os atos, de modo que a edição de certidões constatando o que se busca com o direito ao esquecimento ainda podem ser conferidas.

6.1 Retificação

É importante destacar que os atos também não podem ser diretamente retificados, pois, uma vez validado o bloco, não será possível modifica-lo, pois qualquer divergência será expelida e acusada pelo sistema de validação, assim será necessário um outro ato retificando as informações contidas no ato defeituoso, ou seja, um novo ato com remissão ao que se busca retificar.

Apesar de ser um protocolo mais longo, este recurso confere mais segurança aos dados registrados no judiciário, pois não há como fraudar o sistema de validação, ou seja, se alguém quiser mudar o conteúdo de um ato por ele conter ilegalidades, isso não será possível após a validação do bloco, logo será necessário que edite um ato retificador, ou seja, ao fiscalizar os atos é de fácil constatação que há uma tentativa de fraude nas decisões em havendo divergência entre os blocos.

7 CONCLUSÃO

Diante do percurso teórico traçado ao decorrer deste artigo, é possível vislumbrar como seria um sistema judiciário adepto do *blockchain*, e o benefício que o sistema traria para o controle e transparência dos atos praticando dentro do sistema judiciário brasileiro, tornando a fiscalização mais hábil para os responsáveis pelo controle judiciário, fortalecendo o sistema de freios e contrapesos entre os poderes.

É possível concluir também que há uma clara viabilidade de utilizar o *blockchain* para dar validade aos títulos extrajudiciais propostos no artigo, pois, ainda que o judiciário internamente não seja adepto do *blockchain* é fator que o sistema confere validade ao título, pois atende aos requisitos legais, uma vez que não é permitida a interpretação para suprimir direitos. Assim como também pode fundar a propositura de ação monitória caso o sistema judiciário negue a aceitar que o *blockchain* confere validade aos títulos, o que por si só já é questionável.

Por fim, é possível concluir que apesar de não ser um sistema perfeito seus benefícios são muito maiores que seus defeitos, proporcionando avanços significativos a justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Nº 8.935, de novembro de 1994**. Regula o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 02 de abril. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.**Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 27 de set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: Acesso em: 27 set. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

GALHARDO, Flaviano; PARO, João P.; NALINI, José R.; AL, et. Direito Registral e Novas Tecnologias. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9786559641130. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641130/. Acesso em: 04 abr. 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin:** a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwing Von Mises Brasil, 2014.

_____, Fernando**. As possibilidades do Blockchain - Campus Party Brasil 2018**. Disponível em: <**https://www.youtube.com/watch?v=QaTusT7g10w**>. Acesso em: 10 de abril de 19.

_____, Fernando. **Blockchain:** O potencial além do dinheiro. Disponível em: <**https://www.youtube.com/watch?v=XEtTlOrYMis**>. Acesso em: 10 de abril de 19.

A DESCONFIGURAÇÃO DAS DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E A AUTOPRESERVAÇÃO

Luciano Oliveira dos Santos

RESUMO

O presente trabalho traz à discussão as 10 medidas contra a corrupção, um projeto de lei (4850/16) de iniciativa do Ministério Público Federal que alcançou a marca histórica de 2 milhões de assinaturas. O referido projeto endurecia o combate e a punição para os crimes cometidos por agentes públicos e políticos que ocupam os altos escalões dos governos e, consequentemente, seriam fortemente impactados. O contexto em que se deu a sua votação demonstra a completa desconfiguração, bem como o desvirtuamento do que inicialmente fora proposto. O projeto de lei 4850/16 contextualizou os primeiros movimentos imprescindíveis a sua formação, e o seu processo de votação no Congresso Nacional apresentou a operação Lava a Jato como o instrumento que demonstra a força que os implicados possuíam, assim como as ações que desenvolveram para manter as regras frouxas enquanto estavam no controle. Exemplo disso, é a criação da Lei de Abuso de Autoridade no mesmo contexto, a proibição da condução coercitiva, bem como o fim da prisão em segunda instância. Desse modo, abre-se a possibilidade de análise sobre a perspectiva de autopreservação entre os membros das casas legislativas, uma vez que mais de 60% dos votantes seriam diretamente impactados com as mudanças propostas na lei, resultando em responsabilização penal, administrativa e na esfera cível. Nesse contexto, uma pequena classe sobrepuseram os seus interesses em detrimento dos princípios basilares da supremacia do interesse público sobre o particular, bem como da indisponibilidade do interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Desconfiguração, Lava Jato, dez medidas, corrupção, autopreservação.

ABSTRACT

The present work brings to the discussion the 10 measures against corruption, a bill (4850/16) initiated by the Federal Public Ministry that reached the historic mark of 2 million signatures. The aforementioned project toughened the fight and punishment for crimes committed by public and political agents who occupy the highest levels of governments and, consequently, would be heavily impacted. The context in which its vote took place demonstrates the complete deconfiguration, as well as the distortion of what was initially proposed. Bill 4850/16 contextualizes the first movements essential to its formation, and its voting process in the National Congress presents the Lava a Jato operation as the instrument that demonstrates the strength that those involved have, as well as the actions they develop to keep the rules loose while they are in control. An example of this is the creation of the Abuse of Authority Law in the same context, the prohibition of coercive driving, as well as the end of imprisonment in the second instance. This opens up the possibility of analyzing the perspective of self-preservation among the members of the legislative houses, since more than 60% of the voters would be directly impacted by the changes proposed in the law, resulting in severe criminal, administrative and civil sphere. In this context, a small class overlaps its interests to the detriment of the basic principles of the supremacy of the public interest over the private, as well as the unavailability of the public interest.

KEYWORDS: Deconfiguration, Lava Jato, ten measures, corruption, self-preservation.

1 INTRODUÇÃO

O combate à corrupção e aos crimes de colarinho branco exigem uma grande e organizada união entre os poderes, bem como a atuação da sociedade civil. Ocorre que o órgão responsável pela criação, edição e votação das leis, o poder legislativo, pode ter em sua composição membros que atuem em defesa própria ao elaborar ou participar da votação de projetos, criando, desse modo, um ciclo de autopreservação.

Esse é um problema que afeta toda a sociedade, porquanto aqueles que cometem crimes de “colarinho branco” - os quais impactam diretamente a comunidade como um todo, pois os desvios e práticas com vantagem pessoal ou para o interesse de uma minoria impedem que os recursos cheguem aos que mais precisam de saúde, educação, assistência social, infraestrutura, entre outros - saem impunes, enquanto o ciclo de punição mais severa se dirige somente aos crimes violentos cometidos pelos socialmente mais vulneráveis e estes, amargam mais nas prisões.

Frente a esse contexto, o objetivo geral consiste em demonstrar que essa prática foi novamente utilizada quando o objetivo proposto pelo projeto de lei das dez medidas contra a corrupção foi desviado, já que houve a desconfiguração completa de seis das dez propostas e modificação abissal nas outras quatro. As mudanças foram realizadas por um grupo de parlamentares com diversas pendências judiciais, os quais compreendiam que a aprovação do projeto em sua originalidade poderia prejudicá-los, assim, transformou-o em um documento completamente inofensivo. Essa prática demonstra um grupo de parlamentares legislando em causa própria, visando a autopreservação e a manutenção do ciclo prejudicial a toda a sociedade.

É necessário, portanto, a sociedade reconhecer que existe um ciclo de autopreservação, para que seja possível criar mecanismos que minimizem essa atuação ou impeçam a atuação destes parlamentares em projetos que a supremacia do interesse público, e o bem geral do povo não sejam o foco ou sejam comprometidas.

2 A DESCONFIGURAÇÃO DAS DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E A AUTOPRESERVAÇÃO

2.1 Contexto histórico

Em junho de 2013, um pequeno grupo de estudantes, encabeçados pelo Movimento Passe Livre (MPL) protestava contra um aumento de vinte centavos no preço dos transportes coletivos. Inicialmente, um movimento pequeno, que fazia isso todos os anos, mas que, posteriormente, alçou grandes proporções. Em virtude da violência com que a Polícia Militar de São Paulo reprimiu o movimento, ascendeu os ânimos de diversas pessoas, e, no dia 20 de junho daquele ano, 1,2 milhões de pessoas foram às ruas. Entretanto, a pauta já havia mudado – "não é pelos vinte centavos", diziam as placas e os coros.

Milhões de indivíduos, oriundos de 388 cidades por todo o Brasil, estavam nas ruas. A pauta, que inicialmente era contra o aumento de vinte centavos no valor dos transportes coletivos, acabou resultando na insatisfação contra diversas questões sociais. Os cidadãos exigiam melhor qualidade de vida, acesso à saúde, educação, transporte público de qualidade, questionavam os gastos com as construções para a copa de 2014, posicionavam-se contra políticos e a chamada velha política, contra a corrupção, dentre outras pautas.

Chama a atenção, nesse contexto histórico, estar em curso a votação da PEC 37, a qual limitava o poder de atuação do Ministério Público, que estava atuando incisivamente contra a corrupção, lavagem de capitais, peculato, improbidade administrativa. Apenas crimes cometidos por pessoas influentes e que atuam direta ou indiretamente na administração pública.

É sabido também, que havia fortes discussões sobre o foro por prerrogativa de função. Políticos investiam nos cargos políticos para se isentar das investigações na primeira instância, encontrando no foro o lugar ideal para fugir da justiça, teoricamente mais célere. Outro assunto em questão referia-se ao voto secreto, por meio do qual os integrantes do congresso poderiam cassar ou não políticos investigados. Essa votação secreta permitia maior corporativismo, assim, os políticos não eram cassados. Esta virou pauta das ruas: o fim do voto secreto para cassação de políticos investigados.

Eventuais ações pautadas nesses movimentos surtiram efeito. O Governo e o Legislativo, frente ao clamor popular, criaram naquele ano, por exemplo, a Lei 12.850/13 que visa ao combate ao crime organizado e definiu organização criminosa e o instituto da delação premiada, bem como a Lei 12.846/13, também conhecida como a Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa. Esses dispositivos foram utilizados na operação que se iniciaria no ano seguinte, conhecida como a maior operação contra o crime de colarinho branco no Brasil, a operação Lava Jato.

2.2 A Operação Lava Jato

Operação Lava Jato, capitaneada pela Polícia Federal (PF), transformou-se numa força tarefa com participação de diversos órgãos, tais como o Ministério Público Federal, a Receita Federal e a Unidade de Inteligência Financeira (UIF), antigo COAF. Inicialmente, o objetivo da ação

consistia em investigar lavagem de capitais e evasão de divisas em um posto de combustíveis que possuía um lava jato na cidade Brasília - DF.

A partir do seu principal investigado, o doleiro e empresário brasileiro Alberto Youssef, chegou-se a um complexo esquema de corrupção que envolvia a estatal brasileira Petrobras - empresa de economia mista exploradora da atividade econômica, petróleo, gás natural entre outros. A investigação do esquema de corrupção movimentou bilhões de reais e permitiu a operação expandir para diversos outros crimes, entre eles: corrupção ativa, passiva, gestão fraudulenta, organização criminosa, obstrução de justiça, fraude no câmbio, evasão de divisas etc. Após seis anos, permanece em andamento com mais de 70 fases e a cada dia surgem novas denúncias.

> A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro, em São Paulo e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função. Ainda há equipes da operação atuando nos Tribunais Regionais Federais das 2ª (RJ/ES) e 4ª (RS/ SC/PR) Regiões. Diante do clamor popular e sofrendo ataque por parte de políticos poderosos, o Ministério Público Federal, propos um pacote de medidas conhecidas como medidas anticorrupção (MARTINELLI, 2016, pag.1).

A operação atingiu diversas personalidades, dentre os quais estão agentes políticos, agentes públicos, doleiros, empresários e ao longo de seis anos os números espantam, já que são 285 condenações, mais de 600 réus e 300 inquéritos instaurados somente no Supremo Tribunal Federal (STF), 183 acordos de colaboração premiada, 12 acordos de leniência, um termo de conduta, recuperação de mais de 13 bilhões de reais e operações transacionadas em mais de oito trilhões de reais. Além da expansão das fronteiras, com investigação em andamento em mais de 49 países, como Chile, Cuba, Guatemala, Equador, Panamá, El Salvador e diversos outros.

2.3 Os investigados

A operação em comento alterou a estrutura dos poderes da República. A empresa estatal Petrobras está no centro da complexa estrutura que há mais de 30 anos alimenta, enriquece e dá as cartas no jogo político, financeiro e social do país.

Não por acaso, pelo nível técnico, político e de influência dos investigados, a empresa estatal de petróleo foi a grande abastecedora financeira dos criminosos, já que seus executivos, diretores e gerentes estabelecem relacionamento direto com empreiteiras – algumas delas reconhecidas internacionalmente. No rol de investigados, e citados, estão políticos influentes, caciques políticos, deputados, senadores, ministros de estado, governadores, ex-presidente da República, juízes, promotores e, dentre eles, alguns estão presos, cumprem penas e outros, condenados.

Diante da exposição trazida a partir da investigação, pode-se considerar que executivos, diretores e gerentes da estatal eram nomeados aos cargos, não exclusivamente por competência profissional ou técnica, mas por seu viés político e

pela capacidade que detinham de atender aos desejos de seus padrinhos políticos. Estavam a serviço de alguém. A organização ocorreu de modo tão bem estruturado que os cargos eram distribuídos de acordo com o interesse dos governantes e com os partidos que compunham a base do governo, com poderes para atender a agenda de votação do executivo.

Essas diretorias irrigavam os partidos políticos, e seus agentes, com recursos provenientes das propinas negociadas entre a estatal e as empresas terceirizadas que prestavam os serviços. Resultavam das aquisições de empresas superfaturadas, mesmo que inviáveis financeiramente, bem como da realização de obras de grande magnitude, com o fito de retirar dinheiro da empresa de economia mista.

> Além do ex-deputado, estavam envolvidos nos crimes os doleiros Alberto Youssef e Carlos Habib Chater, entre os 4 doleiros, operadores do mercado paralelo de câmbio, que comandavam 4 organizações criminosas que trocavam informações e práticas ilícitas entre si. Depois, o MPF (Ministério Público Federal) recolheu provas de 1 imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.
>
> Nesse esquema, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio dos operadores financeiros do esquema, incluindo os 4 doleiros citados no início da investigação (FREIRE, 2019, pag. 01).

Nesse contexto, executivos, diretores e gerentes da estatal se tornaram réus e delatores. Diversas empreiteiras de

renome internacional e grandes empregadoras foram levadas ao centro das denúncias, entre elas a Odebreacht, a Carmargo Correa, OAS, além dessas, mais de 20 empresas são investigadas no esquema de corrupção.

Diversos partidos políticos, pelo menos 33, presenciaram seus filiados, tesoureiros, secretários e presidentes também envolvidos no escândalo. O que demonstra a força e a amplitude da organização, não por acaso, são mais de 330 denunciados.

> Um extensivo levantamento feito ao longo de um mês pelo Truco nos Estados – projeto de checagem da Agência Pública – identificou que duas siglas não possuem nenhum dos seus filiados citados, investigados, denunciados ou condenados em nenhum momento da Lava Jato. Dentre todos os 33 partidos que foram implicados de alguma forma na força-tarefa, apenas cinco tiveram pelo menos um filiado já condenado pela Justiça. PCO e PSTU passaram totalmente ilesos. Na outra ponta, apenas MDB, PP, PT, PTB e Solidariedade (SD) tiveram filiados já condenados na Lava Jato. Quanto aos demais, o fato de terem sido investigados, denunciados ou citados não significa que tenham praticado ato de corrupção confirmados por condenação na Justiça (BELISÁRIO, 2018, p. 1).

Conforme apresentado, verifica-se o grau de organização do grupo responsável por causar desvios de ordem bilionária no país. Esses partidos são também os que ocupam um grande quantitativo de cadeiras no Congresso Nacional, o que lhes dá poder para conceder as cartas legislativas. Enviando projetos de lei, votando, engavetando, colocando em pauta, retirando e direcionando a casa do povo, muitas vezes, para os seus interesses e conveniências.

> Outros 13 partidos já tiveram pelo menos um de seus membros presos temporariamente, denunciados ou investigados na história da Lava Jato. São eles: Avante (antigo PTdoB), DEM, PCdoB, PDT, PMN, PPS, PR, PRB, PSB, PSD, PSDB, PSL e PTC. Apesar de entrarem na mira da Operação, as denúncias envolvendo estes partidos não foram confirmadas por sentença judicial (BELISÁRIO, 2018, p. 1).

Contraditoriamente, esses mesmos partidos também são os responsáveis por analisar, pautar e votar projetos anticorrupção, a exemplo do proposto pelo MPF com dez medidas contra a corrupção. Além desse, podem ser citados os projetos de lei 8151/2017 e 10.171/2018, que versam sobre a criminalização do enriquecimento ilícito.

2.4 As dez medidas contra a corrupção

O Ministério Público Federal, atento aos clientes que agora estavam sob ataque - as classes sociais mais altas do país - tomou a dianteira e em 2015, aproveitando-se do apoio popular, lançou uma série de medidas com o objetivo ulterior de transforma-las em leis, as quais intentavam melhorar, garantir e ampliar a qualidade das leis no combate aos crimes de colarinho branco. Tais ações ficaram conhecidas como “dez medidas contra a corrupção”. Instituiu-se uma forte campanha no país e em pouco mais de oito meses, alcançou mais de 2 milhões de assinaturas, quantidade suficiente para transformar em projeto de lei – 4850/16 - a ser apresentado e debatido no Congresso Nacional. Assim, no dia 29 de março de 2016, o Ministério Público e a sociedade civil, entregaram no Congresso Nacional as propostas.

> São dez medidas que atualizam a legislação e permitem que, após o cometimento dos atos ilícitos, os ativos desviados do patrimonio público sejam recuperados mais rapidamente e os responsáveis pelos desvios sejam processados e condenados pela Justiça com maior celeridade e eficiencia (THAEME, 2016, p.1).

Em julho de 2016, foi criada uma comissão especial na Câmara dos deputados com o propósito de analisar o referido projeto. Esta foi composta por 30 membros e em seu entorno havia expectativa quanto a celeridade e efetiva votação.

> A Presidência da Câmara dos Deputados decidiu, nessa quinta-feira, 7 de julho, instituir Comissão Especial, composta por 30 membros titulares e 30 suplentes, destinada a emitir parecer ao Projeto de Lei (PL) 4850/2016, que reúne as 10 Medidas contra a Corrupção do Ministério Público Federal (MPF). O ato de convocação para instalação da comissão especial do PL foi lido em plenário. A instalação está prevista para 13 de julho, às 14 horas, no Plenário I do Anexo II (MARTINELLI, 2016, p.1).

Diversas ações da comunidade foram realizadas visando manter aberto o debate para o projeto de lei. Houve manifestações com o intuito de despertar a atenção do Congresso Nacional a fim de manter o debate, porém, não foram suficientes para que os legisladores atuassem a favor do projeto do povo. A comissão que votaria não teve quórum, o que motivou a insatisfação dos deputados, já que foi incluída uma nova proposta, a de abuso de autoridade, e esta não foi aceita pelo relator.

As lideranças começaram o movimento das cadeiras, retirando parlamentares *pro societa* e colocando parlamentares pro autopreservação. A essa altura já buscava anistia ao caixa dois, que era um dos principais anseios da sociedade civil. Esta foi apoiada por partidos que possuíam seus parlamentares envolvidos em crimes dessa natureza e eram investigados.

> Os signatários afirmam que a inciativa da Câmara, além de proteger políticos que tenham praticado o crime de caixa dois, que está previsto no artigo 350 do Código Eleitoral, também tem como objetivo enfraquecer a Operação Lava Jato. Segundo o manifesto constitui um tapa na cara da sofrida população brasileira pretenderem os parlamentares legislar em causa própria, para se autobeneficiar e escapar da Justiça penal pela porta dos fundos por via de anistia que concedem a si mesmos.
>
> Com o apoio dos líderes de partidos, a Câmara gesta nos bastidores um texto com o objetivo de deixar claro que os alvos da Lava Jato estarão libres da regra que criminaliza o caixa dois eleitoral, já que a lei penal não pode retroagir para atingir o réu (FERREIRA, 2016, p.1).

Não fora apenas essa a derrota do projeto, uma vez que dentre as dez medidas enviadas, seis foram desconfiguradas e as quatro restantes sofreram alteração. A câmara dos deputados atuou na perspectiva da realização de ajustes conforme a sua necessidade.

> O texto original do pacote anticorrupção tinha dez medidas e foi apresentado pelo Ministério Público Federal. Na comissão especial da Câmara que analisou o tema, uma parte das sugestões dos procuradores

> da República foi desmembrada e outras, incorporadas ao parecer do relator Onyx Lorenzoni (DEM-RS). As discussões foram acompanhadas pelo Ministério Público, que deu o seu aval ao texto construído. Segundo o relator, do texto original, só permaneceram as medidas de transparência a serem adotadas por tribunais, a criminalização do caixa 2, o agravamento de penas para corrupção e a limitação do uso de recursos com o fim de atrasar processos (CALGARO, 2016, p.1).

O sentimento apresentado, na época, pelo relator do projeto, era o já previsto pela sociedade civil. Os parlamentares legislavam em causa própria, é o que se deduz da fala do Deputado Lorenzoni.

> O parecer não era meu, era da sociedade brasileira que tinha depositado as suas esperanças na Câmara dos Deputados. Lamentavelmente, o que a gente viu aqui foi uma desconfiguração completa do relatório, ficando de pé, objetivamente, apenas as medidas de estatísticas e a criminalização do caixa 2 (LORENZONI, 2016, p.1).

Além da derrocada do projeto que buscava melhorar, segundo o Ministério Público Federal, os mecanismos de investigação e prejudicar a prática de crimes cometida por classes sociais mais altas e influentes, diversas outras ações foram executadas buscando obstar a continuidade da operação lava-jato.

2.5 As ações contra a operação

A operação acima mencionada alcançou grande magnitude e ficou exposta a atenção da classe política, uma vez que impactou, sobremaneira, o modelo político do país, o impacto no caixa paralelo dos partidos e as negociatas para votação de projetos. Assim, a defesa de interesses próprios já não podia ser feita de maneira tão simples; desse modo, pode-se compreender que o temor em Brasília afeta os políticos e empresários que dão as cartas e direcionam a política.

Nesse contexto, diversas ações precisaram ser efetuadas visando a proteção e a a redução na força das operações. Mas, a tarefa se tornou mais árdua diante da popularidade da operação – a qual misturou ampla divulgação pela imprensa, pressão da opinião pública, e o instrumento da delação premiada.

A opinião pública esteve atenta e pressionando, ainda assim o establishment precisava reagir. A operação começou a sofrer diversos ataques e o seu objetivo passou a ser questionado, sendo difundida a informação de que a atuação se dirigia à perseguição de determinado partido político por questões ideológicas, também como meio de evitar que determinado político ganhasse as eleições por ter sido preso, situação que foi levada a órgãos internacionais como denúncia. Por ofertar equilíbrio às classes mais pobres, mais inclusão, esta cometia excessos, desrespeitava o estado democrático de direito, o que causou recessão econômica e causou desemprego. Estas informações, amplamente difundidas por outros políticos, foram tentativas de levar a operação ao campo político e assim retirar o foco dos crimes cometidos, tentando enquadrá-la enquanto perseguição política.

2.6 A Lei de Abuso de Autoridade

A lei de abuso de autoridade, também é percebida como um dos entraves para a continuidade da eficácia da operação. A lei começou a ser gestada em 2016 e foi apresentada por um dos investigados pela operação - o Senador Renan Calheiros, alvo de diversas investigações. O dispositivo legal foi visto, à época, como uma medida de retaliação aos que os investigava e possui, inclusive, pontos que buscam intimidar juízes e membros do ministério público, e investigadores em geral.

> O senador Renan Calheiros (PMDB/AL) se tornou alvo de mais um inquérito no Supremo Tribunal Federal STF. Essa já é a 18º investigação contra o peemedebista em tramitação na corte, sendo que ele já é réu em uma delas – que apura recebimento de propina em troca da apresentação de emendas parlamentares em favor da empreiteira Mendes Júnior. Renan é suspeito de atuar para o recebimento de doações do PMDB, via caixa dois, a partir da propina advinda de empresas de fachada que recebiam repasses milionários dos fundos Postalis. As investigações tiveram como embrião depoimentos prestados pelo lobista Alberto Youssef e o ex-senador Delcidio do Amaral – ambos delatores da Operação Lava Jato (OLIVEIRA, 2017, p.1).

O projeto submetido à consulta pública recebeu quase 277 mil votos contrários e apenas 4 mil votos favoráveis, o que deixa explicito a quem realmente interessava o referido. Não obstante os dados da votação, foi aprovado sem dificuldades pelo Senado Federal, com 54 votos favoráveis e 19 contrários. Importante ressaltar que dos 54 votantes, diversos eram investigados em crimes na justiça.

2.7 Condução coercitiva

Outro tipo de atuação bastante utilizada pela Operação Lava Jato e que produziu grandes resultados foi o instituto da condução coercitiva. Medida cautelar diversa da prisão que impunha ao investigado, após a investigação, com a construção de um lastro mínimo probatório de autoria e provas de materialidade, a condução, via mandado judicial, até o local de interrogatório para a sua oitiva.

O fator presente na ação era o da surpresa, pois normalmente o réu não sabia do que se tratavam os fatos investigados e o mandado atingia outros investigados e testemunhas. O ganho para a operação era o fato de o réu, com a surpresa, falar dos fatos como eram, sem a construção e sem o casamento de informações. Os objetos, documentos e provas colhidas durante a busca e apreensão também eram utilizados, além de evitar o contato com demais investigados, pelo menos naquele momento. Importante registrar que a presença do advogado de defesa é preservada, bem como a garantia ao amplo direito, ao silêncio.

> […] a fase oculta da investigação passa para uma fase ostensiva, em um momento conhecido como “deflagração” – no qual são executadas, simultaneamente, as medidas probatórias e cautelares que não podem ser escondidas dos investigados, como buscas e apreensões, prisões e interrogatórios. O objetivo da autoridade policial é que todas essas medidas sejam cumpridas em um só dia, com o objetivo de surpreender os investigados evitando que destruam “provas” e combinem entre si uma mesma versão dos fatos (CAVALCANTE, 2018, p.1).

Com fulcro no artigo 260 do Código de Processo Penal - CPP/41 - os magistrados se valiam desse instituto para conduzir investigados a serem ouvidos. Estava vigente, portanto, há mais de 77 anos, sendo um recurso amplamente utilizado. Em 04 de março de 2016, o Juiz Federal Sérgio Moro expediu o mandado de condução coercitiva em desfavor do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, investigado por corrupção e lavagem de dinheiro. Até então, o instituto da condução já havia sido utilizado por 227 vezes ao longo da operação.

O instituto foi questionado via Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) pelo Partido dos Trabalhadores e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Vale ressaltar que, em comum, as duas entidades apresentam: o partido, o presidente de honra, o ex-presidente da República, Lula; e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), possui como presidente Felipe Santa Cruz - filiado ao PT e outrora candidato a vereador pelo partido. O STF, em votação acirrada - seis votos contra cinco - entendeu que o instituto violava a presunção de inocência, bem como a dignidade da pessoa humana.

> Resta indubitável na conduta de nossos magistrados uma clara violação da presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana (MENDES, 2018, p.1);
>
> É inadmissível sob perspectiva da Constituição a possibilidade de condução coercitiva do investigado, suspeito, indiciado ou do réu, especialmente se se analisar a questão sob a égide do processo penal (MELLO, 2018, p.1).

O entendimento doutrinário e a divergência imposta na própria Corte, demonstram que o caso foi de extrema discussão e ainda continua. Interessante registrar que um voto decisivo para que fosse decretada a inconstitucionalidade foi o

do Ministro Dias Toffoli, o qual deveria ter se declarado impedido por questão de foro íntimo, uma vez que foi advogado do Partido dos Trabalhadores por cinco anos, além de advogado da campanha do ex-presidente Lula ao longo dos anos 1998, 2002, e 2006.

> O presidente Luiz Inácio Lula da Silva indicou nesta quinta-feira (17) o ministro chefe da Advocacia Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, para a vaga de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) […]
>
> […]Toffoli foi o escolhido do presidente da República para substituir o ministro Carlos Alberto Menezes Direito, falecido no último dia 1º, vítima de complicações no pâncreas. Direito havia sido o último dos ministros do Supremo indicado por Lula, em setembro de 2007. Toffoli é o oitavo ministro escolhido por Lula para ocupar a função no STF, Corte composta por 11 magistrados. Desde 2003, o presidente da República nomeou Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e o próprio Menezes Direito. Em 1995, Toffoli ingressou na Câmara como assessor parlamentar da liderança do PT, cargo que exerceu até 2000. Antes de ser nomeado advogado-geral da União, em 2007, ele exerceu a função de advogado do PT nas campanhas de Lula em 1998, 2002 e 2006 e ocupou o cargo de subchefe para assuntos jurídicos da Casa Civil, de 2003 a 2005 (RIBEIRO; ABREU, 2009, p.1).

Os membros da justiça, através de notas, apresentaram diversas vezes seus descontentamentos. Principalmente os promotores, procuradores e delegados, além desse ser o entendimento da maioria da comunidade que apoiava a operação.

> Um instrumento que está presente há décadas no processo penal brasileiro agora é considerado inconstitucional, justamente quando atingiu as classes sociais mais elevadas (TRISTOTTO, 2018, p.1).
>
> A decisão de hoje me causa um pouco de preocupação, no sentido de que isso pode ser uma abertura para que, em pouco tempo, comecem a questionar outras questões relativas aos procedimentos da Lava Jato (Mattos, 2018, p.1).
>
> De repente, do nada, quando se começou a atacar réus de maior poder aquisitivo no, houve um surto de garantismo no Brasil (BARROSO, 2018, p.1).

A inconstitucionalidade da condução coercitiva declarada pelo STF é vista pela comunidade como a segunda maior derrota da Operação Lava Jato, pois embora gere muita controvérsia, a força tarefa muito se utilizou do instituto para conseguir êxito nas operações. A primeira grande derrota é a derrubada da prisão em segunda instância.

2.8 Prisão em segunda instância

A derrubada da prisão em segunda instância é considerada a maior derrota da Operação Lava Jato. A prisão era comum no Brasil após a condenação em segunda instância - quando um réu condenado por um juiz de primeiro grau, após o devido recurso para um tribunal de segundo grau, ou seja, um órgão colegiado, mantém o entendimento da condenação para o réu e permite a execução provisória da pena.

Até fevereiro de 2009 não existia nenhum questionamento sobre a possibilidade de execução provisória da pena ratificada por um órgão de segundo grau, mas, naquele ano, um paciente, por meio do HC 84.078, condenado por tentativa de homicídio, conseguiu evitar a sua prisão para cumprir a pena de sete anos e seis meses. Esse debate trouxe calorosa discussão no Supremo, permitindo pela primeira vez a mudança de entendimento da Suprema Corte, consentindo ao réu responder em liberdade, embora condenado por um órgão colegiado.

Em fevereiro de 2016 o tema voltou à discussão em plenário. Nesta feita, os ministros entenderam que não havia nenhum prejuízo para o condenado o cumprimento da pena após decisão de órgão recursal de segundo grau.

Recentemente, em novembro de 2019, novamente o STF mudou o entendimento e passou a compreender que o cumprimento provisório da pena viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Embora seja um tema com acalorada discussão, acabou sendo o entendimento prevalente, apesar de permanecer alvo de intensos debates entre os mais diversos juristas.

2.9 A autopreservação

É de conhecimento geral que, os seres humanos nascem, crescem, se reproduzem, vivem e sobrevivem a uma luta humana diária e incessante. É o labor ou a sua falta, a saúde ou a doença, a morte, o medo, a dor, esse mix de sensações a que o ser humano é submetido a todo tempo que o faz com que sempre lute, via de regra, pela vida, pela sobrevivência. Esse sentimento pode ser considerado tão nobre que, em situações excepcionais, existe permissividade para a preservação da vida. Sendo possível, inclusive, que outra vida termine, considerado pelo ordenamento jurídico pátrio, legítima defesa.

Esse sentimento de luta não existe apenas no campo físico, mas também no campo ético e moral. A defesa incansável e até mortal pelo que se acredita, já permitiu que vidas fossem ceifadas, famílias destruídas e ideias mortas por respeito, ou não, a autopreservação. Conforme o dicionário Michaeles aduz, a autopreservação é "preservação, proteção de si mesmo (contra perigos, agressões, ataques morais etc); instinto natural de sobrevivência".

Soa paradoxal permitir a luta pela vida e a morte em defesa da autopreservação. No campo filosófico, o ser humano abriu mão da vida material pela preservação de uma ideia, preservando-a assim. Exemplo clássico de Jesus Cristo, que morreu, mas não negou ser o rei dos judeus. Também na mesma toada, Giordiano Bruno, um padre filósofo, teve o mesmo fim.

> O padre, filósofo, místico, poeta, autor de peças de teatro, nascido Filippo Bruno em 1548 em Nola, no reino de Nápoles, pagava com a vida pela ousadia de ter desafiado a Igreja e discordado das ideias então vigentes, entre as quais a de que a Terra era o centro do universo. A sentença havia sido proferida oito dias antes pelo papa Clemente 8 depois de sete anos de julgamento, durante os quais Bruno negou-se diversas vezes a renunciar às suas ideias e arrepender-se. Fez mais. Conta-se que, enquanto ardia na fogueira, ainda teve forças para virar o rosto a um crucifixo que alguém lhe havia mostrado (SILVEIRA, 2018, p.1).

A autopreservação não é observada apenas nestes eventos, mas também quando agentes que descumprem preceitos morais, éticos, violam tipos penais e, mesmo assim, se utilizam de todos os subterfúgios para se as escusas da lei. Este exemplo é observado no caso do ladrão que, para garantir o proveito da *rés furtiva*, executa a vítima, mesmo ela já tendo entregado o patrimônio. Uma pessoa que mente para se manter

impune de algo que seja considerado vergonhoso, ilegal, imoral, e especificamente, quando o agente é capaz de alterar todo um sistema para garantir e tirar proveito de alguma ilegalidade cometida que, eventualmente, corra o risco de ser descoberto.

2.10 Autopreservação dos agentes políticos

Nesta toada, é possível observar a luta dos agentes políticos para desconfigurar o projeto de lei 4850/16. Conforme já mencionado neste documento, o foco do combate é aos crimes que são considerados como "crimes de colarinho branco", cometidos por pessoas de elevada classe social e com igual influência entre a classe política, aptos assim, a alterar o curso de projetos de lei, bem como a sua votação e implementação.

> O primeiro criminólogo a cunhar a expressão "crime do colarinho branco" (*white collar crime*) – o norte-americano EDWIN SUTHERLAND (1985, p. 30) – partiu de uma avaliação pessimista do que estampava o mundo dos negócios nos Estados Unidos: ao passo que as infrações comuns (homicídio, lesão corporal, roubo) eram intituladas "*crimes*", aquelas condutas praticadas dentro de corporações, tais como violação de leis comerciais, financeiras, concorrenciais, de patentes, fraude contábil, emissão ilegítima de papéis empresariais etc. eram intitulados apenas como "*ilegalidades*" (MUNDIM, 2019, p.1).

Outro estudioso importante do "White Collar Crime" foi David O. Friedrichs, que também diferenciou os criminosos do colarinho branco dos outros criminosos, quanto aos seus perfis. Características de um criminoso do colarinho branco, em

regra, são de um indivíduo que não é jovem, tem anos de experiência no ambiente que viola, não é pobre (pois faz parte da classe média ou classe alta) e tem influência social. Características como as acima citadas facilitam a prática do delito (SILVEIRA, 2017, p.5).

Na votação do projeto na Câmara dos Deputados, dentre o universo dos 513 aptos a votar, mais de 60%, ou seja, mais de 307 deputados respondiam a algum processo ou inquérito policial. Sendo que os atos ilícitos imputados a maioria estão inseridos no rol de crimes considerados de "colarinho branco", qual sejam: corrupção, lavagem de capitais, peculato, corrupção eleitoral, abuso de poder econômico além de improbidade administrativa que é julgado na esfera cível, entre diversos outros.

> Dos 513 deputados com direito a votar na madrugada desta quarta-feira, 312 têm ocorrências judiciais. Isso quer dizer que respondem a pelo menos um inquérito ou ação na Justiça comum, eleitoral e/ou nos Tribunais de Contas.
>
> Dos 513, apenas 201, não respondem a qualquer processo ou inquérito o que torna no mínimo em cheque a real independência para qualquer decisão. Um fato notável é que haviam na Casa Legislativa 21 citados na Operação Lava Jato entre os votantes.
>
> A Câmara tem 21 citados na Operação Lava Jato. Além deles, há 11 parlamentares que respondem inquéritos por corrupção passiva e quatro que já viraram réus por esse crime – José Reinaldo (PSB-MA), Nílton Capixaba (PTB-RO), Paulo Feijó (PR-RJ) e Rôney Nemer (PP-DF). Outros dois são investigados por corrupção ativa – Érika Kokay (PT-DF) e Vicente Cândido (PT-SP) e mais quatro por corrupção eleitoral. Este crime, aliás, já transformou dois deputados federais em exercício em réus: Fernando

> Jordão e Marquinhos Mendes, ambos do PMDB do Rio (TARDAGUILA; KAPA, 2016, p.1-2).

2.11 Das medidas que minimizam

Perante a problemática, algumas medidas poderiam servir de parâmetro para regular a atividade legislativa, a exemplo das que já regulam a atuação dos juízes e membros do ministério público no decreto lei 3689/41, que é o Código de Processo Penal (CPP), quais sejam, a exceção de suspeição e a declaração de impedimento,

A exceção de suspeição declarada pelo próprio parlamentar quando da discussão da causa ou apresentação de projeto que o beneficie direta ou indiretamente, violando princípios éticos e morais vigentes ao tempo da atuação.

Noutra toada, a oposição de suspeição, que poderia ser suscitada por qualquer parlamentar, de maneira fundamentada, considerando critérios já presentes no CPP, bem como outros já consolidados na doutrina e jurisprudência. Não há impedimentos para a inclusão de outros requisitos a serem discutidos pelos próprios parlamentares, por ser atividade que dispõe de diversas peculiaridades.

2.12 Das críticas

Em sentido contrário, os parlamentares desassociam qualquer vínculo entre a atuação legislativa e possíveis pendências na justiça. Alegam defender o interesse do povo após análise técnica e sem qualquer viés ideológico ou de possível autopreservação.

Por representarem o povo por mandato parlamentar garantem ter o aval dos seus eleitores para desempenhar o melhor papel na defesa dos interesses da casa ora suscitados.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão apresentada evidencia que o projeto de lei em análise foi desconfigurado, o que prejudica o alcance do objetivo inicial, ao considerar que eram apenas 10 medidas, alterando-se completamente seis delas, enquanto as quatro restantes foram duramente modificadas. Os parlamentares que poderiam ser prejudicados diante de sua aprovação na íntegra, atuaram na perspectiva da autopreservação, uma vez que seriam eles próprios atingidos pelas medidas. Além disso, é possível perceber a inadequação de o parlamento ter colocado em pauta, com a quantidade de interessados no resultado daquele projeto (aproximadamente 60%) com pendências judiciais.

O anseio da sociedade, embora possa ser questionado, não foi considerado nem respeitado. Portanto, faz-se necessário desenvolver mecanismos que permitam ao cidadão maior controle sobre os seus interesses, já que não existe o sistema de freios e contrapesos no poder legislativo.

O poder judiciário é regulado pelo próprio judiciário, mas de forma objetiva, existe uma lei que pune os excessos, um código de ética a ser observado. Quanto ao poder executivo, este encontra no legislativo e no judiciário um sistema de controle, não permitindo que o administrador faça aquilo que quer, mas somente o que a lei permite.

Noutra direção, o poder legislativo é o único que não encontra qualquer regulamentação efetiva, tudo é muito esparso e subjetivo. É preciso, portanto, critérios objetivos para definir a sua atuação, apresentando a possibilidade de permitir a exceção de suspeição, bem como a declaração de impedimento para

parlamentares que não gozam de independência para atuar, bem como votar em determinados projetos. Esse representaria um passo inicial para modificar a qualidade dos projetos e procedimentos adotados pelas casas legislativas.

Em síntese, a pauta deve ser sempre pró sociedade, a supremacia do interesse público e o bem coletivo sobre o individual, conforme preconizado no arcabouço jurídico, o qual aponta como sendo este o fundamento para a criação de leis e propósito da discussão das casas.

4 REFERÊNCIAS

Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/06/17/O-que-foram-afinal-as-Jornadas-de-Junho-de-2013.-E-no-que-elas-deram. Acesso em: 20.03.2020.

Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2018/06/manifestacoes-de-junho-de-2013-completam-cinco-anos-o-que-mudou.html. Acesso em: 20.03.2020.

Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44353703. Acesso em: 20.03.2020.

Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/20/em-dia-de-maior-mobilizacao-protestos-levam-centenas-de-milhares-as-ruas-no-brasil.htm. Acesso em: 20.03.2020.

Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/13/politica/1434152520_547352.html. Acesso em: 20.03.2020.

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1390207-

manifestacoes-nao-foram-pelos-20-centavos.shtml. Acesso em: 20.03.2020.

Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/todas-as-noticias Renata Santiago Moreira Martinelli, 2016. Secretária de Comunicação da PGR. Acesso em: 23.03.2020.

Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos. Acesso em: 23.03.2020.

Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-11/saiba-o-que-e-o-projeto-que-cria-dez-medidas-de-combate-corrupcao. Acesso em: 23.03.2020.

Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos-deputados-conclui-votacao-de-medidas-contra-corrupcao.html. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/mp-apresenta-dez-propostas-para-reforcar-combate-corrupcao-no-pais.html. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <https://www.poder360.com.br/lava-jato/5-anos-de-lava-jato-285-condenacoes-600-reus-e-3-000-anos-de-penas/ Sabrina Freire, Poder 360, 17.03.2019. Acesso em: 20.03.2020.

Disponível em: <https://apublica.org/truco2018/2018/09/26/lava-jato-atingiu-membros-de-33-partidos-duas-siglas-nao-foram-implicadas/ Adriano Belisário, Thays Lavor, Rômulo Costa, Carolina Campelo, 26.09.2018. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/colunistas/2020/Depois-da-M%C3%A3os-Limpas-a-Lava-Jato-chega-%C3%A0-It%C3%A1lia. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/economia-e-politica-direto-ao-ponto/relembre-toda-a-ofensiva-contra-a-lava-jato/ Alan Ghani, Infomoney, 27.09.2019. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2017-08-26/renan-calheiros.html. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1308645-5601,00-LULA+INDICA+TOFFOLI+PARA+VAGA+DE+MINISTRO+DO+SUPREMO+TRIBUNAL+FEDERAL.html Jeferson Ribeiro, Diego Abreu, 17.09.2009. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/para-lava-jato-conducao-coercitiva-so-foi-ao-stf-porque-atingiu-os-poderosos-6r2rsy69qqcz054iehzlc6c84/ Fernanda Tristotto, João Frey, 15/06/2018. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/maioria-do-stf-proibe-definitivamente-a-realizacao-de-conducoes-coercitivas.ghtml Renan Ramalho, 14.06.2018. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1834136-proposta-de-anistia-a-caixa-dois-e-tapa-na-cara-da-populacao-dizem-entidades.shtml Flávio }Ferreira, 21.11.2016. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos-deputados-conclui-votacao-de-medidas-contra-

corrupcao.html Fernanda Calgaro, 30.11.2016. Acesso em: 25.03.2020.

Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43081130 Evanildo da Silveira, 16.02.2018. Acesso em: 27.03.2020.

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298302/punicao-aos-crimes-do-colarinho-branco-o-que-falta-fazer Leonardo Mundim, 18.03.2019. Acesso em: 27.03.2020.

Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/11/30/camara-deputados-pacote-corrupcao/ Cristina Tardáguila e Raphael Kapa, 30.11.2016. Acesso em: 27.03.2020.

Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-pratica-do-crime-do-colarinho-branco-no-brasil-uma-analise-segundo-a-visao-de-sutherland-e-friedrichs/ Marina de Campos Pinheiro da Silveira, 01.05.2017. Acesso em: 27.03.2020.

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604. Acesso em 20.02.2020.

Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/veja-como-votaram-os-deputados-na-analise-do-pacote-anticorrupcao.html. Acesso em: 27.03.2020.

ANDRÉ, M. E. D. A.; LÜDKE, M.. Pesquisa em educação: abordagem qualitativa. São Paulo: E. P. U, 1986.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: POR UMA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Cesar Augusto Popinhak[275]

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo a análise dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do nível hierárquico dos tratados/convenções internacionais em matéria tributária em face das demais normas de cunho tributário vigentes no âmbito do direito interno. Constatou-se que a legislação brasileira não é suficientemente clara quanto ao ponto, não indicando qual norma deve prevalecer em caso de conflitos normaticos (antinomias), relegando tal tarefa à doutrina e à jurisprudência. O texto busca detectar as consequências de uma posição nacionalista (treaty override) e as potenciais sanções internacionais daí decorrentes, realiza um breve estudo comparado com outras Constituições quanto ao tema e, por último, propõe uma possível solução com base no modelo denominado Estado Constitucional Cooperativo (proposto por Jürgen Häbermas) como forma de prestigiar o estágio de integração regional (tratados bilaterais) e mundial (tratados multilaterais) no qual a República Federativa do Brasil ratificou ou aderiu no âmbito de suas relações internacionais.

[275] Especialista em Direito Constitucional e Direito Tributário (Universidade Anhanguera-Uniderp). Graduado em Administração Pública pela Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC/ESAG e Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado e autor. E-mail: cesar@fialhoaguiar.com.br

Palavras-chave: 1. Tratados internacionais. 2. Antinomia. 3. Hierarquia

INTRODUÇÃO

Primeiramente, apenas a título ilustrativo, analisar-se-á brevemente o conflito de normas ou antinomias entre as normas de direito internacional e direito interno sob a ótica da teoria e monista e da teoria dualista.

Em seguida, verificar-se-á a interpretação doutrinária acerca do artigo 98 do Código Tributário Nacional, trazendo à discussão as viradas jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, far-se-á uma análise sobre o mesmo tema em Constituições estrangeiras, identificando as possíveis consequências do fenômeno treaty override (prevalência do direito interno em detrimento do direito internacional) apontados pela doutrina internacionalista.

Por último, far-se-á considerações acerca da necessidade de uma prevalência dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, com base em um Direito Constitucional Cooperativo.

Um estudo aprofundado sobre o tema mostra-se relevante quando se nota o elevado grau de integração entre o Brasil e os principais atores no âmbito das relações internacionais, sobretudo a necessidade de evitar-se a bitributação.

1. TEORIAS EM CONFRONTO

O tema relativo a relação entre direito internacional e direito interno é objeto de inúmeras controvérsias tanto na doutrina como na jurisprudência, mostrando que o tema não está imune a polemizações.

Indubitavelmente, todo ordenamento jurídico está sujeito a incorporar normas que podem entrar em choque umas com outras já existentes, disciplinando de maneira dissonante uma mesma situação, exsurgindo daí as chamadas antinomias.

Heleno Torres ao analisar o tema, afirma que “existe antinomia quando duas normas válidas no sistema, no que concerne a certos critérios (material, pessoal, espacial ou temporal), conflitam entre si, quanto aos modais deônticos”, e, dizendo em outras palavras, o autor arremata afirmando que “uma obriga e a outra proíbe, ou uma permite e a outra obriga, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento” (TORRES, 2001, p. 575).

Maria Helena Diniz, de forma mais singela, define antinomia como a "presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular" (DINIZ, 1987, p. 23).

Em sede doutrinária internacionalista, a celeuma tende a ser analisada sob a ótica de duas teorias: a monista e a dualista.

1.1 Dualistas e monistas

A temática afeta ao conflito entre as normas internacionais e a ordem interna divide-se em duas correntes doutrinárias que concorrem para a melhor solução da questão: a monista e a dualista.

Heleno Torres (2001, p. 557-558) aborda o tema com admirável proficiência, admitindo que o monismo assume diferentes vertentes.

De um lado, o monismo nacionalista prega a supremacia do Direito interno de cada Estado - assentado em uma soberania absoluta estatal - o Estado somente se vincula àquelas normas da qual manifestou consentimento nos termos estabelecidos na ordem interna.

De outro lado, o monismo internacionalista - com representação em Hans Kelsen - defende que o ordenamento jurídico é uno, sendo o direito internacional que prevalece ao direito interno. Assim, a norma interna que contrarie a internacional deve ser declarada inválida.

Há, ainda, o chamado monismo moderado, *admitindo a equivalência das normas internas e internacionais, recomendando o princípio da lei posterior para solucionar os conflitos entre elas.*

Em contrapartida aos monistas e suas variações encontram-se os dualistas*. Estes reconhecem que o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente distintos e independentes de tal maneira que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua conformidade com a ordem internacional (REZEK, 2008, p. 04).*

Em que pese a discussão ter proporcionado longos debates na doutrina, a diferenciação começa a perder força atualmente. Em interessante passagem, no julgamento da medida cautelar ADI nº 1.480-3/DF, o Ministro Celso de Mello destacou em seu voto:

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

Tribunal Pleno, ADI-MC 1480/DF. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 04. set. 97, DJ de 18.05.2001, p. 429).

Trata-se de um posicionamento atento à realidade das relações internacionais, pois alguns países optam pela manutenção da soberania, escolhendo livremente em seus ordenamentos jurídicos a forma incorporação dos tratados internacionais e suas respectivas hierarquias

Assim, passemos para análise do artigo 98 do CTN e um breve histórico jurisprudencial sobre o tema da hierarquia dos tratados internacionais em relação ao direito interno.

2. OUTRAS CONSTITUIÇÕES E O *TREATY OVERRIDE*

É consenso na doutrina pátria e internacional de que quando os particulares celebram contratos entre si, devem pautar suas condutas ao longo da relação contratual por uma gama de princípios e valores fundamentais – boa-fé, lealdade, proteção da confiança, etc. –, sob pena de sofrerem as cominações em lei ou sujeitarem-se às convicções do magistrado no caso concreto.

Igualmente, o direito internacional segue, *mutatis mutandis*, a mesma lógica no que concerne aos "contratos" entre os Estados, uma vez que os tratados internacionais são orientados pelo princípio da *pacta sunt servanda.* É imperativo para boa-fé e a proteção da confiança que os Estados pactuantes cumpram seus compromissos assumidos.

Nesta senda, as relações internacionais têm sido estabelecidas, cada vez mais, sob a égide jurídico-institucionais, onde arranjos internacionais exercem novas esferas de influência, delimitando novas estruturas de poder na ordem internacional. Por isso, há uma preocupação em saber em que medida os tratados internacionais possuem condições de serem cumpridos, atuando como elementos de integração, ou, ao

contrário, de constrangimento nas relações internacionais (ARIOSI, 2000, p. 01).

Cumpre lembrar que a supremacia do Direito Internacional foi proclamada desde 1930, nos moldes do entendimento da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) substituída pela Corte Internacional de Justiça de que "é princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potencias contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado" (SILVA; ACCIOLY; CASELLA, 2008, p. 211).

Sendo esta a recomendação edificada desde os idos de 1930, alguns países, com o fito de evitar controvérsias, estabeleceram em suas cartas constitucionais de forma explícita a supremacia dos tratados internacionais em relação às legislações de origem interna.

Nesta perspectiva, em leitura comparada às Constituições de outros países - como na França, na Espanha e na Grécia - tal orientação ganhou assento constitucional explícito, senão notemos, respectivamente, *in verbis:*

> *''Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. (Article 55º. Constitution de la République Française 1958)''.*[276]

> *''Los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en*

[276] Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior às leis, sob a condição de, para cada acordo ou tratado, a sua aplicação pela outra parte. (Artigo 55 da Constituição da República Francesa de 1958). Tradução livre dor autor.

los proprios tratados o de acuerdo com las normas generales del Derecho internacional." (Artículo 96, Apartado 1 – Constitución del Reino de España 1978).[277]

''The generally recognised rules of international law, as well as international conventions as of the time they are ratified by statute and become operative according to their respective conditions, shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision of the law. The rules of international law and of international conventions shall be applicable to aliens only under the condition of reciprocity. (Article 28. 1 – Constitution of Greece 1975).''[278]

[277] Os tratados internacionais validamente celebrados, depois de oficialmente publicados na Espanha, tornar-se-ão parte do direito interno. As suas disposições só poderão ser revogadas, alteradas ou suspensas, conforme previsão dos próprios tratados ou de acordo com normas gerais de direito internacional. (Artigo 96, § 1º - Constituição do Reino da Espanha, 1978). Tradução livre dor autor.

[278] As regras gerais reconhecidas pelo direito internacional, bem como as convenções internacionais a partir do momento em que são ratificadas por lei entram em vigor de acordo com as respectivas condições, sendo parte integrante do direito grego doméstico e prevalecem sobre qualquer disposição em contrário da lei. As regras do direito internacional e das convenções internacionais são aplicáveis aos estrangeiros apenas sob a condição de reciprocidade. (Artigo 28. 1 - Constituição da Grécia 1975).

A tradução para a língua inglesa do excerto é de autoria do Parlamento Helenístico. Disponível em: <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf>. Acesso em: 11.08.2022.

No entanto, a constituição que mais chama atenção em estudo comparado para o tema deste artigo, é, sem dúvida, as disposições estabelecidas na Constituição Política do Peru.

Nunca é demasiado recordar que o Peru renovou mais de uma vez sua Constituição nos últimos trinca e cinco anos (Constituições de 1979 e 1993). Ambas trouxeram expressamente a autoridade dos tratados internacionais em relação ao direito interno.

A Constituição de 1979, em seu artigo 101 previa "*Los tratados internacionales celebrados por el Peru com otros Estados, forman parte del derecho nacional. Em caso de conflito entre el tratado y la ley, prevalece el primeiro".*

Porém, mais impressionante ainda foi a *Constitución Política del Peru de 1993*, que em seu artigo 56 estabeleceu expressamente a necessidade de aprovação pelo Congresso peruano os tratados que criam, modificam ou suprimem *tributos*, bem como os que exigem modificação ou derrogação de alguma lei e os que requerem medidas legislativa para sua execução.

Esta disposição constitucional da Constituição peruana de 1993 parece ser uma das mais sintonizadas com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969[279], mormente em seu artigo 27 ao estabelecer que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". E assim agindo, o Estado incorre no *treaty override.*

É de conhecimento geral de que o descumprimento dos termos de um tratado internacional com fundamento em legislação doméstica, o Estado violador submete-se-á a uma

[279] Firmada em 23 de maio de 1969, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro em 17/07/2009 (Decreto Legislativo 496/09), tendo o Presidente da República ratificado (Decreto Executivo 7.030/09) e publicado no Diário Oficial da União em 15/12/2009.

série de consequências que, via de regra, traduz-se em impactos econômicos extremamente negativos.

Marcelo Dias Varella (2009), explica que no âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC), a pretensão de Estado-membro em pleitear compensações valida-se tanto com a violação a um acordo comercial, quanto da frustração de expectativas legítimas de ganhos comerciais derivados dos tratados firmados, mesmo sem uma violação do tratado *damnum sine injuria*.

Destarte, no âmbito da OMC - após todo o processo de consultas, de painéis, da apelação e da implementação da decisão -, pode o Estado vencedor solicitar a imposição de sanções comerciais, igualmente intituladas de medidas compensatórias ou suspensão de concessões comerciais.

É sabido que no direito privado a sanção busca restituir o equilíbrio que vigorava antes da ocorrência do dano. No direito internacional, a situação não é diferente: além da pena e da multa, a reparação dos danos é, igualmente, uma forma de sanção a recompor o *status quo ante* (AMARAL, 2008, p. 273).

Destarte, nestas circunstâncias, surge no plano externo a possibilidade de sanção internacional. Esta pode materializar-se de diversas formas [280], desencadeando em alguns casos os meios coercitivos de sanção. Cite-se, à título exemplificativo, a retorsão, a represália, o embargo, o bloqueio pacífico e o rompimento das relações diplomáticas (SILVA; ACCIOLY; CASELLA, 2008, p. 804).

Os aludidos meios coercitivos em que um Estado pode adotar em detrimento de outro traz consequências negativas irreparáveis dependendo do setor objeto de sanção,

[280] Há, ainda, a possibilidade de solução das controvérsias internacionais através dos meios políticos, diplomáticos e judicias, conforme art. 33.1 da Carta da ONU.

redundando em perdas dificilmente revitalizadas pelo o Estado prejudicado e seus nacionais.

Tendo isto em mente, passemos à análise de possíveis soluções com base em um pensamento integracionista entre as nações, com o fito de demonstrar os benefícios do cumprimento dos pactos de origem externa, evitando as sanções internacionais, prestigiando o princípio do desenvolvimento nacional e à integração no plano externo.

3. O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Cumpre ressaltar que as considerações que se seguem configuram uma singela síntese - por motivos de corte metodológico, que se encaixa, neste momento, com os fins limitados deste texto –, de uma de tantas e inegáveis contribuições do professor Peter Häberle.

O eminente constitucionalista Peter Häberle leciona que o Estado constitucional cooperativo estaria inserido em uma comunidade universal de Estados constitucionais, ou seja, em um contexto em que os Estados constitucionais não existem mais tendo como fins a si mesmos, mas, sim, como referências para os outros Estados constitucionais membros de uma comunidade. (HABËRLE, 2003, p. 75-77).

Gilmar Mendes discorrendo acerca de um estado constitucional comum iberocamericano, em homenagem ao professor Habërle, assevera que o modelo de cooperação aceita que os Estados constitucionais preservassem suas características constitucionais, todavia com uma alta e crescente tendência para o intercâmbio no plano internacional. (MENDES, 2009, p. 04).

Deste modo, criar-se-ia um ambiente constitucional em que a “ordem internacional influenciaria de forma direta a soberania do Estado nacional, o qual, por essa influência, deixa

de ser soberano, nos moldes clássicos, para ser cooperativo" (MENDES, 2009, p. 4-5).

Atualmente, este parece ser o entendimento mais acertado em um mundo globalizado, altamente integrado e com países vinculados por meio de ratificações de tratados internacionais, seja de ordem bilateral ou multilateral.

Betina Grupenmacher (1999, p. 118) nos recorda que no caso brasileiro a solução de conflitos entre lei interna e tratado internacional é matéria que deve ser veiculada pela Constituição, único instrumento normativo idôneo para dirimir a tais conflitos. No entanto, como abordado, a Constituição Federal brasileira não contém regramento acerca dos eventuais conflitos entre tratado internacional e a matéria tributária.

Por isso, com base em um Estado Constitucional Cooperativo, como defendido pelo professor Peter Häbermas, uma solução juridcamente adequada é a constitucionalização de um dispositivo expresso que confera um grau de supralegalidade aos tratados internacionais em matéria tributária, vale dizer, acima da legislação infraconconstitucional e abaixo do texto constitucional.

A solução ora proposta prestigia, inclusive, o qunato disposto no parágrafo único do art. 4º, da Constituição Federal, segundo o qual a "*República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*"; a evidenciar que o dispositivo constitucional veicula uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em entes supranacionais (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 466).

Assim, o risco de sanções internacionais de ordem econômica por violação do *pacta sunt servanda*, dificulta o Estado brasileiro a alcançar as normas programáticas que o constituinte de 1988 positivou através dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3, II, CRFB/88), mormente o desenvolvimento nacional. Além disso, não adotar uma posição

de prevalência dos tratados em matéria tributária em relação ao direito interno, viola os princípios que regem as relações internacionais do Brasil, sobretudo o estatuído no parágrafo único do art. 4º, CRFB/88, que visa a integração regional do Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

Como visto alhures, se um Estado descumpre o pactuado em tratado internacional, submeter-se-á as possíveis sanções previstas no âmbito das relações internacionais. Quando um Estado é objeto de retaliação, boicotagem, ruptura das relações diplomáticas, condenado a pagar indenizações, etc; estas, muitas vezes, provocam efeitos econômicos negativos consideráveis ao Estado e, por via oblíqua, a seus nacionais. Diante do exposto, e com os fundamentos discorridos, propõe-se a incorporação ao texto constitucional de uma regra que confira supralegalidade aos tratados em matéria tributária, trazendo segurança jurídica, criando um ambiente propício ao desenvolvimento nacional, prevenindo a ocorrência de bitributações, respeitando os compromissos externos, além de fomentar a integração e fortalecimento do Estado brasileiro nas relações econômicas.

REFERÊNCIAS

1. ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
2. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Introdução ao direito internacional público. São Paulo: Atlas, 2008.

3. ARIOSI, Mariângela. Conflitos entre tratados internacionais e leis internas - O judiciário brasileiro e a nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

4. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988.

5. DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. São Paulo: Saraiva, 1987.

5. GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna. São Paulo: Dialética, 1999.

6. HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

7. MENDES, Gilmar. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil.Disponível:<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle__Pronunciamento__3_1.pdf>. Acesso em: 11 de abr. 2020.

8. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 6ª ed. Salvador: Juspodvm, 2014

9. REZEK. José Franciso. Direito internacional público: curso elementar. 11ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

10. SABBAG. Eduardo. Manual de direito tributário. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

11. TORRES, Heleno. Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

12. VARELLA, Marcelo Dias. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 52, n. 2, Dec. 2009. Acesso em: 11 de abr. 2020.

ISBN 978-65-7872-668-7
DOI 10.29327/574485

Editora DIN.CE